

ISSN 2674-6263



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

Vol. 4, 2020

**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

## **EDITOR-CHEFE**

Grégore Moreira de Moura

## **VICE-EDITOR**

Marcelo Kokke Gomes

## **ASSISTENTES EDITORIAIS**

Gláucia Maria Alves Pereira

Maria Rejane Beserra Evaristo Lisboa

Roberta Mrad Maciel

## **DIAGRAMAÇÃO/CAPA**

Renan Cerqueira Nunes

## **REVISÃO**

Rodrigo Barros Soares Walladares

341.05 Revista da Advocacia Pública Federal / Associação Nacional dos  
R454 Advogados Públicos Federais. – Vol. 4, n. 4 (2020) – Brasília:  
ANAFE, 2020-

Anual

ISSN 2674-6263

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

## **COLEGIADO DA ANAFE - GESTÃO 2018 - 2020**

### **DIRETORIA**

**Presidente**

Marcelino Rodrigues Mendes Filho

**Vice-Presidente**

Rogério Filomeno Machado

**Diretor Financeiro**

Ronald Ferreira Serra

**Diretor de Assuntos Parlamentares**

José Júlio Cavalcanti de Albuquerque Avelino

**Diretora de Assuntos do Aposentado e Pensionista**

Maria Auxiliadora Castro Camargo

**Diretora de Integração Social**

Sebastiana de Araújo Rosa Nascimento

**Diretor de Defesa de Prerrogativas**

Rosemiro Salgado Canto Filho

**Diretor de Ética e Integridade**

Bruno Felix de Almeida

### **CONSELHO FISCAL**

Arlton Bonifácio Goes

Celso Luiz Pastro

José Machado Cardoso

José Galdino da Silva Filho

Vanessa Affonso Rocha

### **COORDENAÇÃO DAS CARREIRAS**

**Procuradora da Fazenda Nacional**

Livia Abraão Pinheiro Guimarães

**Procurador do Banco Central do Brasil**

Humberto Cestaro Teixeira Mendes

**Procurador Federal**

Gláucia Tavares Fortaleza Tenório da Silva

### **COORDENAÇÃO DOS APOSENTADOS**

**Coordenadora da 1ª Região**

Maria Santíssima Marques

**Coordenadora da 2ª Região**

Marcia Ribeiro Paiva

**Coordenador da 3ª Região**

Eliseu Pereira Gonçalves

**Coordenador da 4ª Região**

Eleno Coelho

**Coordenador da 5ª Região**

Antônio Silvino de Moraes

**Coordenadora do Distrito Federal**

Maria Alves Rodrigues

**Tiragem:** 100 exemplares

**Impressão:** Gráfica Coronário



# CONSELHO EDITORIAL

## – Grégoire Moreira de Moura

Editor-Chefe da Revista da Advocacia Pública Federal. Doutor em Direito Constitucional na UFMG. Mestre em Ciências Penais pela UFMG (2006). Procurador Regional da Procuradoria Federal Especializada junto ao INCRA-MG Professor de Direito Penal Informático na Pós-Graduação em Ciências Penais da PUC-MG. Ex- Diretor Nacional da Escola da Advocacia Geral da União (2016/2017). Editor-Chefe da Revista da Advocacia Pública Federal da ANAFE. Ex- Diretor Regional da Escola da AGU na 1ª Região (2006/2016). Atualmente é Procurador Federal e Conselheiro Seccional I da OAB-MG. Autor do livro *Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal*, Editora D'Placido (2014). Autor do Livro em co-autoria, *Criminologia da Não Cidade*, Editora D'Placido (2016). Autor do Livro do Direito Constitucional Fraternal (2018). Palestrante. Professor de Direito Penal e Criminologia no Curso Pro Labore. Membro da Comissão Nacional de Advocacia Pública Nacional do Conselho Federal da OAB. Autor de diversos artigos jurídicos e professor em vários cursos de pós-graduação e cursos jurídicos.

## – Marcelo Kokke Gomes

Vice-Editor da Revista da Advocacia Pública Federal. Pós-doutor em Direito Público - Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela - Espanha. 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.

## – 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.

## – 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.

## – Cristina Sílvia Alves Lourenço

Doutora em Direito Universidade Sevilha/Espanha (2011). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra/Portugal (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. Membro Consultivo da Escola Nacional de Advocacia desde 2016. Vice Presidente do Conselho de Política Criminal e Penitenciária vinculado à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Governo do Estado do Pará. Coordenadora da Pós Graduação em Ciências Criminais e da Pós Graduação em Direito Público do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Vice Presidente da OAB Pará 2019-2021. Advogada.

– **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. Líder do Grupo de Pesquisa em Tributação Ambiental. Procuradoria da Fazenda Nacional - Categoria Especial. Recebeu a medalha Advogado Professor Padrão - OAB - 2011. Autora de livros e artigos em direito tributário e financeiro. Palestrante em eventos nacionais e internacionais.

– **Gustavo Costa Nassif**

Pós-Doutor 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. Atualmente é Ouvidor Geral da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte. Presidente do Instituto de Defesa da Cidadania e Transparência – IDCT. Membro do Conselho Científico da Revista de Direito de Língua Portuguesa - REDILP (Universidade Nova Lisboa). Membro do Conselho Editorial da Revista da Advocacia Pública – ANAFE. Parecerista da Revista da AGU - Advocacia Geral da União. Presidente da 6.ª Turma Julgadora do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/MG. Membro do Conselho Deliberativo da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman – Nacional. Advogado.

– **Jefferson Carús Guedes**

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.

– **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 do Instituto Metropolitano de Ensino – IME. É membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados do Pará, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo, do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal e da Associação Brasileira de Direito Processual. Procurador do Estado do Pará, com lotação em Brasília. Advogado, atuando principalmente nas seguintes áreas: pós-graduação, processo constitucional, sentença, coisa julgada, execução e reformas processuais. [www.henriquemouta.com.br](http://www.henriquemouta.com.br).

– **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. Membro nato do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Conselho Editorial da Revista Interesse Público. Autor de várias obras, entre as quais A Interpretação Sistemática do Direito, O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais e Sustentabilidade: Direito ao Futuro (Medalha Pontes de Miranda, em 2011, pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas). Realiza pesquisas com ênfase nas áreas de Interpretação Constitucional e Direito Administrativo. É também Advogado e membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB.

### – Lênio Luiz Streck

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. 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.

### – Lilian Rose Rocha

Pós-Doutoranda pela a UERJ. 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. Professora titular da Graduação em Direito do UniCEUB. Professora visitante da Fundação Oswaldo Cruz. Coordenadora Geral do Observatório das Cortes Constitucionais da América Latina. Coordenadora Acadêmica do Observatório das Cortes Constitucionais da América Latina- UniCEUB. E-mail para contato: lilian.rocha@ceub.edu.br.

### – Luís Cláudio Martins Araújo

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pós-Doutor em Direito (Academic Visitor) pela University of Oxford (Oxford). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com período sanduíche (Visiting Scholar) na University of Cambridge (Cambridge). Academic Visitor pela University of Oxford (Oxford). Visiting Fellow pelo Lauterpacht Centre for International Law da University of Cambridge (Lauterpacht Centre). Visiting Researcher pela Fordham University School of Law (Fordham). 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. Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Titular IV da graduação do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor do Doutorado e Mestrado da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Professor convidado da pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU), da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (ESAJ) e da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Membro da Advocacia-Geral da União (AGU) de categoria especial, com atuação no Gabinete do Advogado-Geral da União (SGCT) nas ações processadas no Supremo Tribunal Federal (STF), no Grupo de Assuntos Internacionais (GATAI) da Procuradoria-Geral da União (PGU) e nos cargos de Procurador-Seccional da União Substituto das Procuradorias-Seccionais da União em Petrópolis e em Volta Redonda, atualmente lotado e em exercício na Procuradoria-Regional da União da 2ª Região. Diretor-Regional substituto e Membro da Comissão Executiva da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Membro da Comissão de Direito Constitucional, da Comissão de Processo Constitucional e da Comissão de Assuntos Legislativos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito Administrativo, Direito Ambiental e Direitos Humanos.

### – 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 Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo, Coordenador da Área de Direito da CAPES (2018-2022) e membro do Conselho Superior da CAPES. É Livre-Docente em Direito Civil (Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP). É Editor da Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (ThomsonReuters-Revista dos Tribunais) e Coordenador da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Un. Lisboa, Un. Girona, UFPE, UFRGS, UFPR, UFF, UFSC, UFC e UFMT). Possui linhas de pesquisa em Direito Civil, especialmente no Direito dos Contratos e na Teoria Geral do Direito Civil, e em Direito Constitucional, na questão das relações entre direitos fundamentais e autonomia privada.

**– Rodolfo Viana Pereira**

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra/Portugal. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Pós-Graduado em Administração de Eleições e Direito Eleitoral pela Universidade de Paris II. Pós-Graduado em Educação a Distância pela Universidade da Califórnia, Irvine. Fundador e Coordenador Acadêmico do IDDE - Instituto para o Desenvolvimento Democrático ([www.idde.com.br](http://www.idde.com.br)). Fundador e Consultor da SG Compliance ([www.sgcompliance.net](http://www.sgcompliance.net)). Fundador e primeiro Coordenador-Geral da ABRADep - Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político ([www.abradep.org](http://www.abradep.org)). 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. Membro da Advocacia-Geral da União. Palestrante, Professor conteudista em Direito Administrativo e Instrutor de Cursos fechados na área do Direito Público. Autor de diversas publicações. Membro de Bancas de Seleções Públicas e Comitês Editoriais. Exerceu o cargo de Consultor da União da Consultoria-Geral da União da AGU. Atualmente é Assessor do Secretário do Patrimônio da União. Advogado e Contador.

**– 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 Associado da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG onde é Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito. É bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPQ - PQ-Nível 2. Tem publicações em português, inglês, francês e espanhol e experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Filosofia Política, Teorias da Argumentação Jurídica, Hermenêutica Jurídica, Direitos Fundamentais e Direito Constitucional.

**– 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.

**– Víctor J. Vázquez Alonso**

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla. Sus principales líneas de investigación son la justicia constitucional, los derechos fundamentales, y la teoría de la Constitución. De entre sus numerosas publicaciones en el ámbito del Derecho Público, podemos destacar: *Laicidad y Constitución*, 2012; *La neutralidad del Estado y el problema del Government Speech*, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 177, 2017, *Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo post-secular*, *Revista Mexicana de Derecho Comparado*, nº 146, mayo-agosto, 2016; *Justicia constitucional, derechos y federalismo. A la luz del Obamacare*, *Comares*, 2018; *Welfare State y Judicial Review*, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2014. Ha realizado estancias de investigación en las universidades de Bologna, Paris, Cardozzo School of Law, Fordam, y ha sido conferenciante en numerosos centros de prestigio internacional, como la UNAM de México, el TEC de Monterrey, la Javeriana, la Corte Constitucional Dominicana, la Corte Constitucional de Colombia, el Max Plank Institute de Heidelberg, la Universidad de Pisa, La Universidad de Palermo... Así mismo ha sido profesor visitante en la Universidad de Münster y en la Universidad de El Salvador, en Buenos Aires.

# PARECERISTAS

## – 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.

## - Amanda Eiras Testi

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) na área de concentração Constitucionalismo e Democracia. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho.

## – André Luiz dos Santos Nakamura

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - aprovado com distinção e louvor - (2018), Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2012), Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo (2010) e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2002). Atualmente é Procurador do Estado de São Paulo, Professor na Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo, Professor titular na Universidade Paulista (UNIP) e Professor colaborador no Curso Ênfase. É membro do Conselho do Patrimônio Imobiliário da Secretaria de Governo do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: desapropriação, gestão de bens públicos, licitações, contratos administrativos, concessões de serviços públicos, parcerias público-privadas e Administração Pública Indireta.

## – 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.



– **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.

– **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.

– **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.

– **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.

– **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.

– **Carmen Lucia Sarmiento 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.

### – Carolina Ângelo Montolli

Pós-Doutora em Ciências Jurídicas - Direito Penal Internacional Humanitário pela Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Argentina. Pós-Doutora em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza, Buenos Aires, Argentina. Pós-doutora em Direitos Sociais e Vulnerabilidades da Università Degli Studi di Messina, Sicília, Itália. Doutora em Direito Público com ênfase em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Pesquisadora e professora do Observatório de Políticas Públicas em Segurança. Professora do Curso em Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro.

### – Celso Jefferson Messias Paganelli

Doutor em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim (2009). Atualmente é professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSA, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Direito do Projuris.

### – 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.

### – 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.

### – Cristiano Aparecido Quinaia

Mestre em Direito - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pelo Centro Universitário de Bauru, São Paulo. Advogado.

### – 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.

### – 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.

– **Daniela Bucci**

Doutora e Mestre 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.

– **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.

– **Evinis da Silveira Talon**

Fundador e Presidente do International Center for Criminal Studies (ICCS), Professor na Pós-graduação de Advocacia Criminal na Unisc/RS, em convênio com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola Nacional de Advocacia. Professor na Pós-graduação de Advocacia Penal Empresarial na Unisc/RS, em convênio com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola Nacional de Advocacia. Professor na Pós-graduação de Direito Processual Constitucional na Unisc/RS, em convênio com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola Nacional de Advocacia. Professor na Pós-graduação de Direito Penal e Processo Penal na UniRitter/RS (campus Exclusivo). Professor na Pós-graduação em Direito Penal com ênfase em segurança pública na UniRitter/RS (campus Canoas). Professor de Direito Penal na Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal no Centro Universitário Fluminense - UNIFLU/RJ. Mestre em Direito pela UNISC/RS. Mestrando em Direito Desportivo pela Universidade de Valência (Espanha). Especialista em Filosofia, Sociologia, Direito Constitucional e Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho/RJ. Pós-graduado em Processo Penal pela Universidade de Coimbra (Portugal). Ex-professor de Direito Penal I da Faculdade Dom Alberto/RS. Ex-Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul (2012-2015). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e da Comissão Especial de Segurança Pública e Política Criminal da OAB/RS. Secretário-Adjunto da ACRIERGS (Associação dos Advogados Criminalistas do Estado do Rio Grande do Sul). Tem experiência em Direito Público, especialmente direitos fundamentais, democracia, constitucionalismo contemporâneo e hermenêutica, assim como em Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Execução Penal. É advogado, consultor e parecerista em Porto Alegre/RS. Autor de inúmeros livros e artigos.

– **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.

– **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.

### – Farlei Martins Riccio de Oliveira

Pós-Doutor em Administração Pública pela Universidade Ca' Foscari de Veneza - Itália (2015). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio (2012). Mestre em Direito da Administração Pública pela Universidade Gama Filho-RJ (2003). Advogado da União em exercício na Procuradoria Regional da União no Estado do Rio de Janeiro (2000). Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro - IDAERJ, da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas - ABCD e da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/RJ. Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro - IDARJ. Atua na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Regulatório e Direito Militar, e na área de Gestão Pública, com ênfase em Administração Pública.

### – Fernando Maciel

Procurador Federal em Brasília, Vice-Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, Ex-Coordenador-geral da Matéria de Benefícios da Procuradoria Federal Especializada da INSS, Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo UDF, Master em Prevenção de Riscos Laborais pela Universidade de Alcalá de Henares (Madrid), Especialista em Direito de Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Professor de Direito Previdenciário no GRANCURSOSONLINE e na pós-graduação do Centro Universitário de Brasília- UNICEUB, autor do livro *Ações Regressivas Acidentárias* pela editora LTR, primeira obra monográfica no Brasil sobre a matéria.

### – 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).

### – 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.

### – 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.

### – Iago Farias Lora

Consultor. Certificado pela Universidade de Stanford, Palo Alto/CA no Programa Internacional: U.S. Intellectual Property Law; - Stanford Law School (SLS) Mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia pela Universidade de Brasília (UNB/PROFNIT) e MBA em Gerenciamento de Projetos pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Escolhido pela Chambers and Partners International como profissional brasileiro para liderar a área de Direito Autoral na seção de Prática Jurídica (Law and Practice) da edição de 2019 do Chambers and Partners Global Guide. Membro da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI); da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ); do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC); e do Núcleo de Tecnologia Assistiva, Acessibilidade e Inovação (NTAAI).

### – 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.

### – Inês Alves de Sousa

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA (2015), Especialização em Teoria Geral do Direito pela Universidade Federal do Piauí - UFPI (2009), Graduação em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI (2006) e Secretariado Executivo pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia IFPI. Auditora Fiscal na Prefeitura de Paço do Lumiar.

### – Jéssica Danielle Ribeiro de Almeida

Pós-Graduada em Direito Público. Conclusão de matéria (Direito e Políticas Públicas) isolada de Mestrado em Direito na PUC Minas. Atualmente é Professora de Direito Administrativo e atua na estruturação jurídica de Projetos de Concessão e Parceria Público-Privada em diferentes setores de infraestrutura como: rodoviária, aeroportuária, mobilidade urbana, iluminação pública, limpeza urbana e resíduos sólidos, incluindo a análise e elaboração de toda modelagem jurídica que engloba minutas de edital, contrato e todos os anexos. É membro integrante do Grupo de Estudos da Puc Minas voltado ao Direito e Energia. Experiência em análise e procedimentos licitatórios, bem como na assessoria jurídica em Procuradorias e Secretarias Municipais.

### – 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.

### – 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.

### – Júlio Pinheiro Faro Homem de Siqueira

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Bacharel em Direito pela FDV; Pesquisador Mestre do Programa de Pós-Graduação em Direito "Stricto Sensu" (Mestrado/Doutorado) da FDV, no Grupo de Pesquisa "Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais"; e do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), no Grupo de Pesquisa "Constituição Federal Brasileira e sua Concretização pela Justiça Constitucional"; Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional, Tributário e Previdenciário.

### – 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.

### – Leonardo Felipe de Oliveira Ribas

Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio. Mestre em Teologia Sistemático-Pastoral pelo Departamento de Teologia da PUC-Rio. Especialista em Jurisdição Constitucional em Tutela de Direitos pela Universidade de Pisa. Bacharel em Filosofia, em Teologia e em Direito. Exerce a advocacia (OAB/RJ 156.338) e é membro da ICON-S (International Society of Public Law), da International Studies Association (ISA), da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede PENSSAN) e do Instituto Íbero-Americano de Direito Marítimo. Atualmente é assessor jurídico parlamentar (de plenário) da 4ª Secretaria da Mesa Diretora da ALERJ e coordena a assessoria jurídica da Presidência da Comissão Especial Processante do Impeachment do Governador do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente é professor: 1) da Escola do Legislativo do Estado do Rio de Janeiro (ELERJ) das disciplinas de Poder Legislativo, Administração Pública, Direito, Controle Externo e Fiscalização, Políticas Públicas, Redação Parlamentar e Oficial, Inovação na Gestão Pública e Fundamentos de Ciência Política; 2) da disciplina Direito Constitucional à Saúde na Pós-Graduação de Direito da Saúde do Departamento de Direito da PUC-Rio; 3) de Teoria Geral do Direito Aduaneiro na Pós-Graduação de Direito Aduaneiro e Tributário Internacional da Maritime Law Academy (MLAW).

### – 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.

### – Leonardo Vizeu Figueiredo

Professor Universitário de Graduação em Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso, de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas-RJ. Membro da Advocacia-Geral da União. Presidente da Comissão de Direito Constitucional da Seccional do Estado do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro das Comissões de Estágio, Relações Internacionais e Relações Institucionais da Seccional do Estado do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil. Notório Saber Jurídica em Direito Econômico, com ênfase em regulação de mercados e experiência profissional junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar e Comissão de Valor Mobiliários. Ex-professor de Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense e Universidade Federal do Rio de Janeiro. Autor de diversas obras jurídicas, consagradas no meio acadêmico.

### – Liliane Vieira Martins Leal

Doutora em Ciências Ambientais (UFG). mestre em Filosofia (UFG). Professora Adjunta, Curso de Direito, Universidade Federal de Goiás/Regional Jataí.

### – Loiane Prado Verbicaro

Pós-Doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (Faculdade de Direito - USP). Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca (2014). Mestre em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará (2006), com período de estudo na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará (2011). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará - summa cum laude (2004). É aluna concluinte do Curso de Bacharelado em Filosofia na Universidade Federal do Pará. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto e Lato Sensu em Direito (PPGD) do Centro Universitário do Pará.

**– Luciano Pereira Vieira**

Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba/SP. Professor de Direito do Estado na Universidade Presbiteriana Mackenzie (Campus Campinas/SP) e de Direito Constitucional na FACAMP. Advogado da União (Categoria Especial). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina/PR.

**– Luiz Gustavo Levate**

Pós-Doutor em Direito Público na Universidade de Santiago de Compostela (2018). Doutor em Direito Constitucional pela PUC-RIO (2016). Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC (2012). Especialista em Direito Público (Unigranrio 2005) Especialista em Direito Público Municipal (IEC/PUC-Minas 2008). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2002). Atualmente é Procurador do Município de Belo Horizonte-MG, exercendo o cargo de Procurador-Chefe do Departamento de Execuções Fiscais da PGM/BH, Professor de Processo Civil da Escola Superior Dom Helder Câmara, ESDHC, BRASIL. Membro do conselho editorial e executivo da Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte. É coautor do livro Lei de Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência (Editora Fórum). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito Tributário e Direito Administrativo.

**– 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.

**– 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.

**– Marcelo Monteiro Bonelli Borges**

Procurador Federal, possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2008) e especialização em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2010). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário, Direito Previdenciário e Direito Empresarial. Advogado (OAB/RN 7894).

**– Marcílio da Silva Ferreira Filho**

Doutorando pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Mestre em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Membro Pesquisador no grupo de pesquisa "Conflituosidade, consensualidade e políticas públicas: mediação, conciliação e arbitragem e outros mecanismos consensuais na administração pública". Ocupante do cargo público de Procurador do Estado de Goiás. Advogado privado, com foco em direito público, atuando especialmente em direito administrativo-regulatório. Professor de Direito e palestrante em cursos de pós-graduação e preparatórios, bem como titulado como Master Coach pelo Instituto Brasileiro de Coaching (IBC). Autor de obras e artigos jurídicos.

### – 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.

### – Matheus Farinhas Oliveira

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense desde 2015 (PPGDC/UFF). Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes. Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito Internacional (SLADI). Pesquisas nas áreas de Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Direito Internacional Público, História do direito, Teoria do Estado e Teoria do Direito.

### – 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.

### – Michelle Soares Garcia

Mestre em Direito Constitucional pela FDUC. Doutoranda em Direito Público pela FDUC. Pesquisadora da Universidade de Gênova. Professora do Centro Universitário São Lucas – UniSL.

### – Marilin Soares Sperandio

Mestra em Direito pela IMED (bolsista PROSUP/CAPES) (2017). Pós-graduanda em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional (Verbo Jurídico). Graduada em Direito (IMED - 2015). Pesquisadora do grupo de estudos Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais. Membro Efetivo da RDL: Rede Brasileira Direito e Literatura.

### – Moisés Saraiva de Luna

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri - URCA (2014). Graduado na Universidade Regional do Cariri - URCA (2012). Foi membro do Centro Acadêmico Professor Luiz de Borba Maranhão - CALUBOM na gestão “Para fazer acontecer (2010-2011)”, membro das Comissões Organizadoras da XIII a XVIII Semana de Direito da URCA, do I Seminário de Estudos Jurídicos da URCA e do I ao III Encontro de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais. É professor temporário da Unidade Descentralizada de Iguatu (UDI), onde leciona disciplinas nos cursos de Direito e Enfermagem. É pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais - GEDHUF e membro do Grupo de Estudo Retórica, Hermenêutica e Direitos Humanos (UFPB). Editor Assistente da Revista Direito e Dialogicidade, do Departamento de Direito da URCA.

### – Monica Sapucaia Machado

Doutoranda e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, (conceito CAPES 5), possui Pós-Graduação em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (2008) e Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005). Está vinculada ao Grupo de Estudos Mulher, Sociedade e Direitos Humanos da Universidade Presbiteriana Mackenzie e é membro da coordenação acadêmica do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas-SP (GVlaw.)

### – Neuro Zambam

Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2009). Mestre em Sistemas Éticos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2004). Graduado em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo (1985) e em Teologia pelo Instituto de Teologia e Pastoral de Passo Fundo (1989). Atualmente é docente da Faculdade Meridional, atuando principalmente nos seguintes temas: democracia, justiça, desenvolvimento sustentável, liberdade e direitos.

### – Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualeto

Doutoranda e Mestra em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bolsista de Doutorado do programa The Ryoichi Sasakawa Young Leaders Fellowship Fund (Sylff) em 2019. Foi bolsista TT3 - FAPESP no projeto de pesquisa “Evidências empíricas sobre a regulação do Comércio Internacional e do Investimento Estrangeiro em Perspectiva Brasileira”, desenvolvido pela DIREITO-SP (FGV) em parceria com a UFRGS. Pesquisadora voluntária no Núcleo de Pesquisa e Extensão “O trabalho além do trabalho: dimensões da clandestinidade jurídico-laboral” desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisadora colaboradora do Núcleo de Direito Global e Desenvolvimento da DIREITO-SP (FGV). Associada ao Instituto Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED). Advogada. Professora da Graduação e Pós-graduação da Universidade Paulista.

### – 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.

### – Paulo Fernando Soares Pereira

Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA (2014), onde desenvolveu pesquisa sobre o direito ao desenvolvimento cultural, a necessidade de fortalecimento da sociedade civil local e a desburocratização das políticas patrimoniais, como forma de evitar a judicialização excessiva das questões que envolvem o patrimônio cultural imobiliário no Centro Histórico de São Luís/MA. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima - UFRR (2006). É membro da Advocacia Geral da União - AGU (Procurador Federal com exercício no Estado do Maranhão) e costuma atuar em questões envolvendo a implementação de Políticas Públicas Federais, especialmente aquelas que dizem respeito aos direitos à educação (acesso, permanência e sistema de cotas), saúde (acesso ao SUS, através de hospitais universitários), cultura (defesa do patrimônio cultural edificado do Centro Histórico de São Luís/MA e outras questões culturais), ambiental, minerário, reforma agrária, infraestrutura, regulação e responsabilidade civil da Administração Pública Federal Indireta, através da atuação em processos judiciais individuais e coletivos. Professor Universitário.

### – Pedro Rafael Malveira Deocleciano

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá (Unicatólica) – Advogado.

### – 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.

### – Raquel de Bastos Rezende Ribeiro Freire

Especialista em Direito Público e em Direito Processual pela PUC/MG. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil. Autora de artigos jurídicos. Advogada.

### – 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.

### – Rocco Antonio Rangel Rosso

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Autor do livro Curso de Direito Penal - Teoria Geral do Crime – Vol. I (1º ed., Curitiba: Juruá, art. 2016); Curso de Direito Penal - Teoria Geral da Pena – Vol. II (1º ed., Curitiba: Juruá, 2017). E-mail: rocconelson@hotmail.com

### – Rodrigo Araújo Ribeiro

Procurador Federal - Responsável pela Direção da Escola da AGU no Estado de MG.

### – Rubén Miranda Gonçalves

Profesor de Derecho Administrativo en el Máster de Abogacía. Universidad Europea de Madrid. Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales. Universidad de Santiago de Compostela. Doctorando en Derecho Administrativo. Universidad de Santiago de Compostela. Máster en Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela. Licenciado en Derecho, con grado, sobresaliente. Universidad de Santiago de Compostela. Diplomado en Estudios de la Defensa Nacional, Universidad de Santiago de Compostela - CESEDEN.

### – 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.

### – 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.

### – Silvio Marques Garcia

Procurador Federal. Professor de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito de Franca. Doutorando em Direito (PUC/SP). Mestre em Direito (Unesp). Especialista em Direito Público (UNB/EAGU).

### – 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.

### – Tanise Zago Thomasi

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

### – Tayane Rogéria Lino

Professora no Centro Universitário UNA e doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais (2015). Possui graduação em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2011) e mestrado em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014). É integrante do Núcleo de Ensino, Pesquisa e Extensão Conexões de Saberes/FAFICH/UFGM. Compõe o colegiado gestor da regional Minas Gerais da Associação Brasileira de Psicologia Social (2018). Foi vice-coordenadora do Instituto Mineiro de Saúde mental e Social - Instituto ALBAM. Tem experiência na área de Psicologia, com ênfase em Psicologia Social e Política. Tem experiência na área de Direitos Humanos, educação, metodologias inovadoras, questões de gênero, raça e sexualidade.

### – 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.

### – Thiago Santos Aguiar de Pádua

Professor Doutor do PPG/Mestrado em Direito do UDF. Doutor e mestre em Direito. Foi Assessor de dois ministros do STF. Membro do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da ANACRIM/DF. Membro da ABPC – Associação Brasileira de Processo Civil. Membro da Academia Brasileira de Letras – ABrL. Membro da Comissão Especial do Direito à Educação e da Comissão Especial Direito & Literatura, ambas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado.

### – 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.

### – Victor Augusto Lima de Paula

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Procurador do Estado do Paraná.

### – Vitor Gonçalves Machado

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Direito Processual (UFES). Pós-Graduado em Direito do Estado e Ciências Penais (Anhanguera). Advogado.

### – 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 Anhembí 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 Anhembí Morumbi nas disciplinas de Direito Penal, Processo Penal, Prática Penal e Prática Civil.

### – 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.

### – Wilson José Vinci Júnior

Doutorando em Direitos Humanos e Mestre em Direito Administrativo, ambos pela PUC/SP. Especialista em Direito Público (2006) e Direitos Difusos (2013), ambas pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Professor titular de Direito Previdenciário da Fundação Santo André. Procurador Federal.



# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

Marcelino Rodrigues Mendes Filho .....	26
--	----

## EDITORIAL

Grégore Moreira de Moura .....	28
--------------------------------	----

## ARTIGO DE AUTOR CONVIDADO

### *El (¿Reversible?) Desprestigio de los Partidos Políticos en España. En Especial, a Vueltas con su Democracia Interna*

Laura Gómez Abeja .....	31
-------------------------	----

## ARTIGO TRADUZIDO

### **O Pavor Arendtiano: Tribunais com Poder**

<i>Or Bassok</i> .....	48
------------------------	----

## ARTIGOS

### **A Legitimidade Democrática do Processo Decisório da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)**

#### *The Democratic Legitimacy of the Decision-Making Process of the National Electric Energy Agency (ANEEL)*

Jose Domingos Lopes .....	68
---------------------------	----

### **Análise Luso-Brasileira dos Contratos Administrativos: Principais Pontos de Convergência e de Divergência entre os Ordenamentos**

#### *Luso-Brazilian Analysis of Administrative Contracts: Main Points of Convergence and Divergence Between Ordinations*

Pablo Francesco Rodrigues da Silva .....	93
--	----



**A Reforma Psiquiátrica e o Marco Regulatório da Política de Saúde Mental: Os Direitos Fundamentais dos Pacientes em Tratamento de Transtornos Mentais**

*The Psychiatric Reform and the Regulation of the Mental Health Policy: The Fundamental Rights of the Patients in Treatment for Mental Disorders*

Deomar da Assenção Arouche Junior, Artenira da Silva e Silva e Edith Maria Barbosa Ramos ..... 119

**Atuação da Advocacia Pública no Controle Consensual**

*Public Advocacy Performance in Consensual Control*

Felipe Sordi Macedo ..... 141

**Honorários Advocatícios Sob a Ótica do CPC de 2015**

*Attorney's Fees Into CPC 2015 Perspective*

Graziela Nasato ..... 165

**Medidas Executivas Atípicas: Avaliação da Possibilidade de sua Utilização no Bojo das Execuções Fiscais**

*Atypical Executive Measures: Evaluation of The Possibility of this Use in the Context of Tax Foreclosures*

Patrícia Aparecida Medeiros Dias ..... 180

**Relativização Atípica da Coisa Julgada no Processo Previdenciário**

*Atypical Relativization of the Res Judicata in the Social Security Law*

Vinicius Camargos Martins ..... 201

**PARECERES E NOTAS**

**NOTA N. 00043/2016/DECOR/CGU/AGU**

Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR)/Consultoria-Geral da União (CGU)/Advocacia-Geral da União (AGU) ..... 223

**PARECER N. 00293/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU**

Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde/Consultoria-Geral da União (CGU)/Advocacia-Geral da União (AGU) ..... 250

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

**Reclamação nº 42576**

José Levi Mello do Amaral Júnior ..... 262







---

# APRESENTAÇÃO

---

**Marcelino Rodrigues**

*Presidente da ANAFE*

Chegamos à quarta edição da nossa Revista da Advocacia Pública Federal, criada em 2017 com o 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. Nestas quatro edições, a Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) contou com a participação de ilustres autores, pareceristas e membros do Conselho Editorial, consolidando o material como referência de citações para outros trabalhos científicos, reunindo conhecimentos úteis em um repositório acadêmico de alto nível.

Além da publicação acadêmica, a Revista 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, pois entendemos que o aperfeiçoamento acadêmico e profissional é fundamental para o amadurecimento e crescimento que almejamos e que a sociedade espera para nossa instituição, enquanto Função Essencial à Justiça.

Aproveito para agradecer aos ilustres colaboradores da Revista e também aos 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*

Prezados leitores,

Neste seu quarto ano da Revista da Advocacia Pública Federal, temos o prazer de trazer mais uma edição do nosso periódico, que oferece a toda comunidade jurídica excelentes textos elaborados por pesquisadores nacionais e internacionais, disseminando amplo conhecimento jurídico e de áreas afins, com o objetivo claro de aguçar reflexões e debates, imbuídos de um espírito eminentemente crítico.

Ao iniciar a leitura desta publicação anual, o leitor verificará que fomos brindados com o artigo internacional, "El (¿Reversible?) Desprestigio de Los Partidos Políticos en objetivo. En Especial, a Vueltas con Su Democracia Interna", de autoria da professora Doctora de Derecho Constitucional pela Universidad De Sevilla, Espanha, Laura Gómez Abeja, que divide conosco as suas reflexões e experiências de pesquisa.

Na seção Artigo Traduzido, o professor Doutor Thiago de Pádua traz uma tradução de Or Bassok, Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Nottingham, Inglaterra, "O Pavor Arendtiano: Tribunais com Poder". O autor apresenta, neste artigo, três perspectivas sobre a leitura de Hannah Arendt sobre a Suprema Corte Americana.

Em seguida, temos os artigos selecionados pelo nosso Corpo de Pareceristas, duas manifestações jurídicas consultivas e uma Sustentação Oral.

Iniciamos pelo artigo "A Legitimidade Democrática do Processo Decisório da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)", de autoria de José Domingos Lopes. O trabalho tem por objeto de estudo a legitimidade decisória na ação regulatória do Estado e procura sustentar que, com a reforma do Estado na década de 90, constituiu-se no Brasil um novo modelo de Estado regulador.

Em seguida temos o artigo "Análise Luso-Brasileira dos Contratos Administrativos: Principais Pontos de Convergência e de Divergência Entre os Ordenamentos", em que o autor, Rodrigo da Silva, realiza um cotejo entre os ordenamentos português e brasileiro, sobre o sistema de contratações públicas do Direito Administrativo, com o escopo de mostrar os principais pontos de convergência e divergência.

O terceiro trabalho é de Deomar da Assenção Arouche Júnior, Artenira da Silva e Silva e Edith Maria Barbosa Ramos intitulado “A Reforma Psiquiátrica e o Marco Regulatório da Política de Saúde Mental: os direitos fundamentais dos pacientes em tratamento de transtornos mentais”, cujo objeto é uma análise dos direitos fundamentais dos portadores de transtornos mentais no sistema público de saúde do Brasil.

No quarto artigo, “Atuação da Advocacia Pública no Controle Consensual”, o autor Felipe Sordi Macedo, descreve o consensualismo como novo modelo de controle administrativo em que é dada primazia a soluções negociadas e bilaterais, com o intento de alcançar o pretendido resultado das políticas públicas.

O quinto trabalho, “Honorários Advocatícios Sob a Ótica do CPC de 2015”, é da autoria de Graziela Nasato. A articulista busca analisar as principais modificações realizadas pelo Código de Processo Civil de 2015, enfatizando o instituto dos honorários devidos aos Advogados Públicos, bem como nas causas em que a Fazenda Pública for parte.

No sexto artigo, “Medidas Executivas Atípicas: Avaliação da Possibilidade de sua Utilização no Bojo das Execuções Fiscais”, a autora Patrícia Aparecida Medeiros Dias, aborda a análise da viabilidade da aplicação das medidas executivas atípicas no bojo das execuções fiscais. Inicialmente, se examina o instituto consagrado no Código de Processo Civil de 2015, suas principais características e apresenta a situação atual da (in)efetividade da execução fiscal.

Encerra a seção, o estudo de Vinícius Camargos Martins, “Relativização Atípica da Coisa Julgada no Processo Previdenciário”. Nessa pesquisa, o autor examina o instituto da coisa julgada, seus regimes de formação e os instrumentos previstos pelo ordenamento jurídico para sua relativização, com o objetivo de formular uma proposta dogmática de sistematização para a relativização da coisa julgada no processo previdenciário.

Com o compromisso de demonstrar o posicionamento jurídico da Advocacia Pública na sua atuação consultiva, nossa Revista traz uma Nota e um Parecer, quais sejam: a NOTA N. 00043/2016/DECOR/CGU/AGU complementada pelo Despacho 00641/2018/DECOR/CGU/AGU da lavra do Dr. Bruno Andrade Costa e o Parecer, N. 00293/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, assinados, respectivamente, pelos Advogados Públicos Federais, Doutores Maurício Braga Torres e Ciro Carvalho Miranda, os quais trazem importantes manifestações jurídicas como forma de desenvolvimento e segurança de políticas públicas.

E, por último, temos a transcrição de uma Sustentação Oral, junto ao STF, do eminente Advogado-Geral da União, Dr. José Levi Mello do Amaral na Reclamação 42576.

Destaco, por fim, que a presente Revista pode ser acessada em versão digital no sistema Eletrônico de Editoração de Revistas e que nossa revista é anual, com fluxo contínuo de recebimento de trabalhos para as futuras edições. Portanto, os artigos podem ser submetidos a qualquer tempo e, desde já, contamos com sua participação para as próximas edições, com o envio de trabalhos, acessando o link: <http://anafenacional.org.br/seer>.

Com os melhores cumprimentos e o desejo de boa leitura.





ARTIGO DE  
AUTOR CONVIDADO



.....

# EL (¿REVERSIBLE?) DESPRESTIGIO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA. EN ESPECIAL, A VUELTAS CON SU DEMOCRACIA INTERNA

.....

Laura Gómez Abeja<sup>1</sup>

---

**SUMARIO:** Introducción; 1. Una Legislación De Mínimos. Sus Efectos Antes Y Ahora; 1.1 La Transición Hacia La Democracia Y La Primera Ley De Partidos; 1.2 La Nueva Ley De Partidos. Una Reforma Ineficaz; 1.3 Las Reformas Estatutarias: Hacia El Fortalecimiento De Los Partidos Oligárquicos; 2. Selección Inversa De Las Élités Y Otras Consecuencias De La Falta De Democracia Interna En Los Partidos Políticos; 3. Algunas Propuestas Para Favorecer La Democracia En El Interior De Los Partidos; 3.1 Propuestas Orgánicas; 3.2 Propuestas Relacionadas Con Los Afiliados; 3.3 Los Procesos De “Primarias”; 4. Conclusiones; Referencias Bibliográficas.

---

1 - Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional pela Universidad De Sevilla.



**RESUMEN.** El presente trabajo reflexiona sobre el innegable descrédito que sufren los partidos políticos en España, centrándose en la que se ha considerado una de las principales causas de la desafección de la ciudadanía a estas instituciones, la ausencia de democracia en su organización y funcionamiento. Concretamente, se examinan los motivos por los que los partidos políticos españoles desoyen (no formal, pero sí sustantivamente) ese mandato constitucional desde el nacimiento del sistema democrático actual, exponiéndose después las previsiones legislativas y estatutarias –tanto las iniciales como las que se desarrollaron tras las reformas de unas y otras– relacionadas con esa exigencia de democracia interna. Se presentan a continuación una serie de propuestas (legislativas) para satisfacer mejor la demanda de democracia en el interior de los partidos políticos y finalmente se valoran, a modo de conclusión, las posibilidades reales de que los partidos experimenten un cambio en este sentido.

**PALABRAS CLAVE:** Democracia Interna. Partidos Políticos. Ordenamiento Jurídico Español.

**ABSTRACT:** This work assesses the undeniable dis credit political parties suffer now a days in Spain, focus ing on the absence of democracy in its organization and structure, as itis considered one of the main reasons for political disaffection. The paper examines in particular there as ons for parties to disobey (not literally but materially) the article of the Spanish Constitution enforcing internal democracy. It exposes the way that the laws and the by laws, at a lower position, deal twith this demand in the begining of the current Spanish democratic system and later on when changes were introduced in those norms. The paper then presents some legal proposals that could help to improve the demand of internal democracy inside the political parties and it finally reflects on the real chances that the parties move in that direction.

**KEYWORDS:** Political Parties. Spanish Legal System. Internal Democracy.

## INTRODUCCIÓN

A nadie se le oculta que los partidos políticos sufren, de forma cada vez más acusada, una crisis de legitimidad. Los ciudadanos manifiestan su hastío de estas instituciones tanto al ser encuestados al respecto como también, muchos de ellos, cuando son llamados a las urnas para ejercer el derecho de sufragio.

Centrándonos en el caso de España, de acuerdo con los estudios realizados para los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas, la preocupación por “los políticos en general, los partidos políticos y la política” como uno de los principales problemas del país, sencillamente, no ha parado de crecer en los últimos años: en el barómetro de marzo de 2014 ocuparía el cuarto lugar entre estas preocupaciones, tras el paro, la corrupción y el fraude, y los problemas de índole económica; en el de septiembre de 2016 el problema pasaría a ocupar el tercer puesto entre los que más inquieta a los españoles, manteniéndose en primer y segundo lugares, respectivamente, el paro y la corrupción y el fraude; más recientemente, en el barómetro de noviembre de 2018, la política pasó a ocupar el segundo puesto, sólo por detrás del paro, posición que se ha mantenido en los barómetros de los dos primeros meses de 2019<sup>2</sup>.

Por lo que hace a la participación electoral, en términos generales la tendencia a la abstención ha aumentado desde las elecciones generales de 2004, con un mínimo repunte de mayor participación en las de 2015, probablemente a consecuencia de las demandas de avance hacia una democracia más real a raíz del movimiento 15M y su posterior materialización en –al menos– un partido político. Sólo se ha invertido esta tendencia en las elecciones del pasado 25 de abril de 2019, pero esto no ha tenido que ver con la recuperación de la confianza de la ciudadanía en los partidos políticos, sino con otro capital asunto: la necesidad de limitar el alcance de la llegada de la ultraderecha (que meses antes había irrumpido en la asamblea andaluza) al parlamento español.

Aunque el descrédito de los partidos políticos no es ni mucho menos exclusivo de los partidos españoles (el mismo fenómeno se ha producido en gran parte de las democracias europeas), el caso español presenta una particularidad: el lapso de tiempo que la sociedad española necesitó para llegar al mismo nivel de desencanto fue mucho más breve que el que se precisó en las otras democracias europeas.

El hartazgo respecto de estas instituciones tampoco es reciente, como muestran aquellos mismos estudios realizados por el Centro de Investigaciones Sociológicas ya a finales de los años ochenta. También la literatura científica sobre los partidos políticos abordaría desde bien pronto la cuestión desde esa óptica: la desafección y el desprestigio de los partidos, las razones de su crisis de legitimidad, o las medidas que podrían adoptarse para recuperar la necesaria confianza en estos sujetos clave para el propio funcionamiento del sistema democrático.

Al mismo tiempo que sufren ese desencanto, los ciudadanos parecen ser muy conscientes de que los partidos son un mal necesario a pesar de todo. El descrédito no ha afectado a su condición de elementos esenciales de cualquier democracia representativa, aunque ellos mismos encarnen hoy, paradójicamente, uno de los principales problemas a los que el sistema democrático se enfrenta. Esa convicción no es solamente social. También hay unanimidad entre la doctrina

2 - El último estudio publicado cuando se escriben estas páginas es del mes de marzo de 2019, en el que los partidos vuelven a ocupar el tercer lugar, por detrás del paro y la corrupción. Todos estos datos han sido consultados en la página web del CIS: [http://www.cis.es/cis/opencm/ES/11\\_barometros/index.jsp](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/11_barometros/index.jsp)

científica: no existe una alternativa al Estado de partidos. Cualquier estudio actual sobre la crisis de los partidos y las medidas a adoptar para paliarla parten de esta premisa, y muchos autores reivindicamos hoy, en estos estudios, las siguientes palabras de Kelsen, al referirse el jurista austriaco a los partidos políticos en el año 1929: “la democracia moderna descansa sobre los partidos políticos, cuya significación crece con el fortalecimiento progresivo del Estado democrático. Sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un Estado de partidos”<sup>3</sup>.

A la hora de sistematizar las causas explicativas de su pérdida de legitimidad, puede hablarse, siguiendo a Roberto Blanco, de tres tipos de motivos: en primer lugar, se encontrarían los que tienen que ver con el abuso desenfrenado de poder por parte de los partidos, que se han excedido descontroladamente de las funciones que constitucionalmente les corresponde, y ha colonizado todas las instituciones (cuya politización no ha pasado desapercibida a la ciudadanía que, lógicamente, ha hecho extensiva su desafección a muchas de estas desprestigiadas instituciones); en segundo lugar estarían los motivos relativos a su financiación ilegal, relacionada habitualmente con la corrupción política<sup>4</sup>; y, en tercero y último, los concernientes a su falta de democracia interna<sup>5</sup>, que es a lo que se dedicarán más pormenorizadamente estas páginas.

## 1 UNA LEGISLACIÓN DE MÍNIMOS. SUS EFECTOS ANTES Y AHORA

### 1.1 La Transición Hacia la Democracia y la Primera Ley de Partidos

En España, la transición hacia la democracia se iniciaría tras la dictadura franquista, con la muerte del dictador en 1975. Entonces la experiencia comparada demostraba que los partidos políticos eran esenciales en la configuración de los sistemas democráticos. En los años setenta, en efecto, nada queda de la hostilidad de las democracias europeas hacia los partidos políticos propia de principios del siglo XX. Por el contrario, los ordenamientos jurídicos reconocerían su importancia al máximo nivel, en la propia norma fundamental, dotándolos de las necesarias garantías constitucionales<sup>6</sup>.

---

3 - KELSEN, Hans. *De la esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Labor, 1934. p. 34.

4 - El sistema establecido en la LPP de 1978, por el que se asentaban unas reglas básicas de financiación pública de los partidos políticos, sería posteriormente aquilatado en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de Partidos Políticos, que preveía una amplísima financiación pública y una muy restrictiva financiación privada. Totalmente dependientes de una financiación (pública) cada vez más insuficiente, dado el constante incremento de los gastos, los partidos pronto comenzaron a recurrir a la financiación privada de forma irregular, lo que derivó en la aparición de innumerables escándalos políticos relacionados con la financiación ilegal. La indignación de los ciudadanos y el desprestigio de los partidos por esta causa se evidencia en los barómetros del CIS, en los que aparece entre las primeras causas de preocupación de los españoles desde que se incluyó específicamente entre esas posibles causas en los estudios para la elaboración de los barómetros.

La Ley Orgánica 8/2007, de 14 de julio, de Financiación de Partidos Políticos, que vino a sustituir la LOPP de 1987, introduciría importantes cambios, si bien manteniendo en esencia el sistema de financiación pública. Como sucediera con las reformas relativas a la democracia interna de los partidos, ni aquella, ni la Ley Orgánica 5/2012 que la modifica, introduciendo ciertas restricciones (como el establecimiento de un máximo de cien mil euros de condonación de deuda anual a los partidos por parte de las entidades de crédito) y aclaraciones (como la diferenciación entre los mecanismos de financiación de los partidos políticos y los de las fundaciones y asociaciones vinculadas a éstos), ni la Ley Orgánica 3/2015, de Control de la Actividad Económico-Financiera de los Partidos Políticos, que pone el foco en la transparencia, la publicidad, y el control de sus ingresos y gastos, han conseguido atajar, ni mucho menos, el problema de la financiación ilegal de los partidos y la corrupción a ella aparejada. Ello requeriría, a juicio de un sector doctrinal, una modificación del propio sistema de financiación. Sería necesaria, en todo caso, una mayor implicación de los propios partidos para eliminar las prácticas ilícitas de financiación en su seno, introduciendo controles internos para vigilar y erradicar ese tipo de comportamientos.

5 - Así se clasifican los motivos por los que a los partidos se les considera “una causa de muchas de las disfunciones del Estado democrático” en: BLANCO VALDÉS, Roberto. *La caída de los dioses*: de los problemas de los partidos a los partidos como problema. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 35. p.163, 2015.

6 - Consúltense: GÓMEZ YÁÑEZ, José Antonio. La democracia en los partidos y su necesaria regulación legal. En: GARRIDO LÓPEZ, Carlos y SÁENZ ROYO, Eva (Coords). *La reforma del Estado de Partidos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 39.

El artículo sexto de la Constitución española también dejaría constancia del papel esencial de los partidos en el proceso político. Dada su posición fundamental, el constituyente español consideraría además necesario exigir que su funcionamiento interno fuese democrático. Concretamente, el artículo reza: “los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

Durante el franquismo se había hecho desaparecer formalmente a los partidos políticos en España. Por ello, la principal preocupación del poder político cuando a finales de 1976 comenzaron a legalizarse los partidos antes perseguidos y a crearse otros nuevos, es precisamente la de su fortalecimiento. Esta necesidad de *consolidar* a los partidos conduciría al establecimiento de un sistema basado en una regulación de mínimos y en la ausencia casi total de control sobre su funcionamiento interno. Tras años de inexistencia formal, los partidos sólo podían afianzarse con una regulación exigua, que estableciese únicamente los aspectos esenciales y dejase el resto a la autorregulación.

La Ley de 4 de diciembre de 1978, de Partidos Políticos, aprobada por las propias cortes constituyentes, indudablemente sigue este método reduccionista. La norma limitaba sus previsiones al establecimiento de las reglas para la creación, suspensión y disolución de los partidos políticos (arts. 1 a 3 y 5); para garantizar que la organización y funcionamiento internos del partido fuesen democráticos (art. 4); y, finalmente, las reglas para su financiación pública (art. 6).

En cuanto a las reglas concernientes a la organización y funcionamiento democráticos, la norma se limitaba a reproducir el precepto constitucional; a disponer que el órgano supremo del partido estuviera constituido por una Asamblea general de todos sus miembros; a reconocer ciertos derechos a los miembros del partido (como ser electores y elegibles para los cargos, o tener acceso a la información sobre las actividades y la su situación económica del partido); a señalar que los miembros de los órganos directivos serían elegidos por sufragio libre y secreto; ya remitir, para concluir, a los estatutos para la regulación de los anteriores aspectos. Por lo que hace a las normas de financiación, se hacía referencia únicamente a la financiación pública, concebida como principal, estableciéndose, en esencia, que cada partido obtendría una cantidad fija por cada voto para cada candidatura a las Cámaras, así como también una cantidad fija por cada escaño obtenido en cada Cámara.

Como cabría esperar, el objetivo de fortalecer a los partidos en el nuevo sistema democrático que se implantaba en España se cumplió con creces. Las previsiones expuestas, que confiaban prácticamente todo a la autorregulación y proporcionaban a los partidos una fuerte financiación estatal, permitió a los mismos consolidarse como elementos esenciales del nuevo orden político.

Al mismo tiempo, sin embargo, la falta de toda exigencia legal que impusiera la democracia interna en el seno de los partidos tuvo pronto nefastas consecuencias. Sin límites legales que garantizaran la existencia de contrapesos frente a la corriente mayoritaria, los partidos se irían perfilando como instituciones centralizadas para la toma de decisiones, sin presencia de

pluralismo interno. Pese a las críticas recibidas en este sentido tanto por parte de la doctrina científica como del propio Tribunal Constitucional, los partidos tienden pronto a consolidarse como organizaciones monolíticas y fuertemente jerarquizadas. Quienes habían conseguido alcanzar el poder no se iban a desprender de él fácilmente. De hecho, las previsiones estatutarias buscarían precisamente blindar ese poder en manos de las élites, cerrando cualquier alternativa a otras opciones internas. Así, los congresos fueron inhabilitados virtualmente en los distintos estatutos como órganos decisorios: eran excesivamente numerosos; no se establecían mecanismos para garantizar la celebración de sus reuniones (previstas anualmente en un principio, en los estatutos de Alianza Popular, cada dos años en los del Partido Socialista Obrero Español –PSOE–, o incluso cada cuatro, en los del Partido Socialista de Cataluña– PSC–); y estaban integrados por compromisarios o delegados de los afiliados, elegidos en un proceso controlado por el aparato del partido. Los parlamentos internos, órganos de control interno (Comité Federal en el caso del PSOE, o Junta Directiva en el caso del Partido Popular –PP–), fueron desactivados: también era demasiado alto el número de miembros, y dependían considerablemente de las élites, igualmente como consecuencia de unos procedimientos de selección controlado por los propios dirigentes del partido.

Los partidos se reafirman en esa tendencia homogeneizadora y a democrática, además, ante la confirmación de una evidencia: la unidad y la ausencia de corrientes críticas vienen demostrando ser, una y otra vez, una garantía para el partido de resultar más competitivo en las elecciones. En este sentido, se ha afirmado acertadamente que “la democracia interna de un partido resulta ser en la realidad de los hechos directamente proporcional a sus fracasos en las urnas e inversamente proporcional al éxito que tenga a la hora de repartir los cargos que la toma del poder lleva asociada”<sup>7</sup>. Y siendo los propios partidos quienes controlan el contenido de la legislación relativa a su democracia interna, la necesaria aprobación de una ley más exigente con el respeto de tal democracia choca con la ausencia de voluntad de esos partidos, cuyos dirigentes se benefician precisamente de una legislación permisiva<sup>8</sup>.

## 1.2 La Nueva Ley de Partidos. Una Reforma Ineficaz

Se imponía pues, un cambio normativo; una ley pensada para una realidad propiamente democrática; una norma libre del contexto circunstancial de la *Transición*, que impusiese limitaciones a los partidos, garantizase su democracia interna, y estableciese mecanismos de control externo de los mismos. Esto se convierte pronto en una demanda social conforme los partidos van ganándose su descrédito. Pero, como se ha señalado, a pesar la desafección social y del interés que la reforma legal tendría para la mejora del propio sistema democrático, a los partidos no les interesaba el cambio. La ley de partidos, de hecho, no sería sustituida hasta mucho después, y por otro motivo bien distinto del que nos ocupa, como es la política antiterrorista. Con la reforma se buscaba poder ilegalizar los partidos políticos del entorno de ETA (inicialmente, Batasuna)<sup>9</sup>. Y,

7 - Consúltense: GÓMEZ YÁÑEZ, José Antonio. La democracia en los partidos y su necesaria regulación legal. En: GARRIDO LÓPEZ, Carlos y SÁENZ ROYO, Eva (Coords). *La reforma del Estado de Partidos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 174.

8 - Puede consultarse FLORES GIMÉNEZ, Fernando. *La democracia interna de los partidos políticos*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1998. p. 141-142.

9 - La banda terrorista ETA, de corte nacionalista, estuvo activa desde la época del franquismo hasta hace unos años (disolviéndose definitivamente en 2018). Sobre ilegalización de Batasuna, puede consultarse VÍRGALA FORURIA, Eduardo. El recorrido jurisprudencial de la suspensión y disolución de Batasuna: agosto de 2002 a mayo de 2007. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81, p. 243-305, 2007. Tras la aprobación de la Ley de 2002, del mismo autor: Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 10-11, p. 203-262, 2002-2003.

aunque la sustitución de la anterior ley de 1978 por la nueva Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, podía haber servido también para garantizar mínimamente la satisfacción del mandato constitucional de funcionamiento y organización democráticos de los partidos, atendiendo a la demanda social y aplacando las críticas, el legislador se limitó a dar una pátina de mayor democracia interna en los partidos en la Exposición de Motivos de la Ley de 2002, desdibujada en realidad en un articulado poco concreto y que no establece mecanismos de control que garanticen su eficacia.

Los artículos sexto a octavo de la Ley Orgánica 6/2002, concretamente, serían los que se referirían a las cuestiones relacionadas con la democracia interna de los partidos. El artículo sexto establecería como mandato genérico que: “los partidos políticos se ajustarán en su organización, funcionamiento y actividad a los principios democráticos y a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes”; el séptimo dispondría algunas reglas sobre su funcionamiento: “los partidos deberán tener una asamblea general del conjunto de sus miembros, que podrán actuar directamente o por medio de compromisarios, y a la que corresponderá (...) la adopción de los acuerdos más importantes del mismo”, “los órganos directivos de los partidos se determinarán en los estatutos y deberán ser provistos mediante sufragio libre y secreto”, y señalaría que los estatutos fijarían las reglas para el funcionamiento democrático de los órganos colegiados del partido, preverían, asimismo, “procedimientos de control democrático de los dirigentes elegidos”; y el artículo octavo reconocería una serie de derechos y deberes de los afiliados. Por lo que hace a los primeros, el precepto establecería que los estatutos desarrollarían el catálogo de derechos de los afiliados, entre los que se encontrarían el derecho “a participar en las actividades del partido y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como asistir a la Asamblea general, de acuerdo con los estatutos”, “a ser electores y elegibles para los cargos del mismo”, “a ser informados acerca de la composición de los órganos directivos y de administración o sobre las decisiones adoptadas por los órganos directivos, sobre las actividades realizadas y sobre la situación económica”, “a impugnar los acuerdos de los órganos del partido”<sup>10</sup>.

Como se ha señalado, resulta sorprendente que la legislación reguladora de los partidos políticos, en lo relativo a la organización interna y a los derechos de los afiliados, sea incluso más escueta que las leyes reguladoras de otras asociaciones y organizaciones que tienen también su legislación específica (las asociaciones “del artículo 22 CE”, las cooperativas, o las sociedades de capital)<sup>11</sup>.

La democracia interna de los partidos, en suma, sigue siendo una entelequia tras la sustitución de la ley de partidos de 1978 por la de 2002, a pesar de las garantías teóricas examinadas. Y lo es tanto por el hecho de que los artículos expuestos contienen generalmente previsiones imprecisas, y una remisión recurrente a los estatutos para su desarrollo (creación *ex novo*, en muchas ocasiones), como por la inexistencia de mecanismos de control de su cumplimiento. Ausencia de control a dos niveles: el interno de los órganos de control del partido, neutralizados en sus funciones y composición por el aparato del partido; y, sobrevenidamente, el externo de los órganos judiciales, que tienden a decantarse por el derecho a la autoorganización de los partidos,

10 - De acuerdo con el artículo 3.2. apartado s, de la LO 6/2002, también tendrán derecho los afiliados a que se sustente un procedimiento con todas las garantías previamente a la imposición disciplinaria de cualquier sanción.

11 - Así se pone de manifiesto en GÓMEZ YÁÑEZ, op. cit., pp. 52-53.

que prevalecería en su ponderación frente a los derechos de los afiliados, y, en general, frente a cualesquiera otros derechos, bienes y valores con relevancia constitucional en conflicto<sup>12</sup>.

Otra reforma legal tendría lugar, en fin, con el mismo resultado. La Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, se adoptó sobre todo para modificar la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, y garantizar una mayor transparencia y mejor control de su actividad, pero también modificaría la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, incidiendo en la cuestión de su democracia interna. Y lo haría (en el Preámbulo, en esta ocasión) apelando, nuevamente, a la voluntad del legislador de profundizar en el funcionamiento democrático, pero incorporando previsiones normativas que no tienen efecto real en ese sentido.

Incluso puede afirmarse en este caso que la reforma posibilita un refuerzo del control del partido por parte de los dirigentes. Si bien (de acuerdo con la actual redacción del artículo segundo de la Ley Orgánica 3/2015) el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 6/2002 reza: “la estructura interna y el funcionamiento de los partidos políticos deberán ser democráticos, estableciendo, en todo caso, fórmulas de participación directa de los afiliados en los términos que recojan sus Estatutos, especialmente en los procesos de elección de órgano superior de gobierno del partido”, contradictoriamente el apartado j) del artículo 3.2 de esta Ley incluye ahora como contenido necesario de los estatutos, “el procedimiento para la elección de los órganos directivos, bien directamente o por representación”. El artículo sexto de la Ley Orgánica 6/2002, a mayor abundamiento, parece haber sido modificado precisamente (por el artículo segundo de la Ley Orgánica 3/2015) para reforzar la libertad de autoorganización de los partidos (ya concebida de forma amplísima). En efecto, si bien el precepto afirma, como antes de la reforma, que “los partidos políticos se ajustarán en su organización, funcionamiento y actividad a los principios democráticos y a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes”, añade ahora a continuación que aquéllos “tienen libertad organizativa para establecer su estructura, organización y funcionamiento, con los únicos límites establecidos en el ordenamiento jurídico”.

En conclusión, pues, ni la Ley 54/1978 de Partidos Políticos, ni la actual Ley Orgánica 6/2002 (ni antes ni después de ser reformada por la Ley Orgánica 3/2015), han desarrollado el mandato constitucional de democracia interna de forma efectiva, sólo formalmente. Y los estatutos, por su parte, no sólo no han respetado ese mandato, sino que cuando se han incluido cambios en los mismos ha sido habitualmente para reforzar su organización oligárquica y el control del partido por parte de las élites que detentan el poder.

### 1.3 Las Reformas Estatutarias: Hacia El Fortalecimiento de los Partidos Oligárquicos

Las reformas de los estatutos de unos y otros partidos se han emprendido, con carácter general, precisamente para reforzar su estructura y organización oligárquicas. Si el legislador no lo había hecho, no iban a ser las élites de los partidos quienes frenasen *motu proprio* esa deriva oligárquica. La autorregulación se utilizó para difuminar aún más la democracia interna *real*, y fortalecer a la corriente mayoritaria frente a las otras corrientes existentes en el partido.

12 - Excepción hecha de la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, STC 10/1983) según la cual el partido no puede sancionar a un representante electo con la obligación de abandonar su escaño, doctrina con la que el alto Tribunal limitaría la libertad de autoorganización del partido político, ponderando a favor del derecho de acceso a la función pública y a su ejercicio, del artículo 23.2 CE.

Por lo que hace a los congresos, supuesto órgano supremo del partido, los estatutos han ido ampliando los periodos de celebración de sus reuniones. En el PP se ha pasado de celebrar los congresos cada año a hacerlo nada menos que cada cuatro; en el PSOE se ha pasado de celebrarlos cada dos años a hacerlo también cada cuatro. El mismo caso es el de Izquierda Unida. Por su parte, los nuevos partidos también han adoptado esta fórmula de celebración de congresos bastante espaciada en el tiempo. Podemos los celebra cada tres años. Cada cuatro lo hace *Ciudadanos*. Sucede asimismo que estos plazos se incumplen frecuentemente. Los aparatos del partido no convocan los congresos, alegando cualquier excusa. Además, salvo en los casos de Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) y Podemos, los militantes no acuden a esas asambleas, sino que lo hacen compromisarios que teóricamente los representan, pero cuya designación controla en último término la dirección del partido. La dirección decide, asimismo, los asuntos a tratar en la asamblea. Dadas las circunstancias expuestas, es evidente que este órgano no va cuestionar la adopción de los acuerdos propuestos por la dirección del partido, y que no tiene, en fin, capacidad real de decisión.

Por lo que se refiere a los órganos de control de las ejecutivas entre la celebración de congresos o asambleas, los parlamentos internos, los estatutos también han ampliado el tiempo entre la celebración de uno a otro, y tampoco en este caso se respetan los plazos. En algún caso, sencillamente ha dejado de convocarse la reunión del órgano, como sucedió con *Convergencia y Unió*. El número de integrantes de estos parlamentos, además, se ha incrementado exageradamente, lo que ha limitado mucho sus posibilidades de ejercer un control efectivo de las ejecutivas. En el caso del PP, su Junta Directiva Nacional está integrada actualmente por más de seiscientos miembros. El Comité Federal del PSOE casi por trescientos. A ello debe añadirse que gran parte de sus miembros, en ambos casos, deben a la dirección su puesto. Una vez más, *Podemos* y *Ciudadanos* reproducen el esquema de los partidos “clásicos”. Si bien los miembros de sus órganos de control (Consejo Ciudadano y Consejo General, respectivamente) son formalmente elegidos en listas abiertas y desbloqueadas, en la práctica las respectivas direcciones de ambos partidos han impuesto a sus candidatos. Sobre la capacidad real de control de estos órganos, baste decir que el Consejo Ciudadano de *Podemos* dejó de funcionar sin más cuando hubo disensión entre la posición del Secretario General y parte del Consejo, y que el primero pudo adoptar unilateralmente las decisiones que estimó oportunas sin tener en cuenta a ese supuesto órgano de control; en cuanto a *Ciudadanos*, su Consejo General ya ha ampliado el número de sus miembros de los cincuenta y cuatro iniciales a los ciento sesenta y dos actuales.

En referencia ahora a los órganos de dirección del partido, aunque los partidos eligen a los miembros de sus comités ejecutivos a través de diferentes procedimientos (estos miembros son elegidos por los delegados en los congresos federales del partido en el caso del PSOE; en el caso del PP, una parte son miembros natos en tanto que cargos públicos o institucionales mientras que otra parte es elegida por los delegados en el congreso), todos coinciden en que la votación habitualmente se hace entre los candidatos propuestos por el máximo dirigente en una lista cerrada, imposibilitándose así la pluralidad interna y un eventual control por parte de este órgano al principal dirigente.

En cuanto al primer dirigente, finalmente, los partidos han ido incorporando procedimientos internos de elección para su designación. Incluso el PP, cuyo presidente saliente elegía tradicionalmente a su sustituto, ha introducido recientemente en sus estatutos un sistema de elecciones internas a doble vuelta para su designación. En la misma línea, aunque fuera del ámbito

institucional, interesa ahora referirse a los procedimientos que se han introducido en los estatutos para elegir también a los principales candidatos electorales. No cabe duda de que la inclusión de estos procedimientos de primarias en las normas estatutarias -desde el prisma de la toma de conciencia, por parte de los partidos, de la necesidad de encaminarse hacia su democratización interna- ha de ser valorada positivamente, pero también con cautela. Es evidente que el correcto desarrollo de estos procedimientos no está garantizado: ni la transparencia (últimamente han surgido diversas noticias relativas al maquillaje de resultados y el falseo de datos en procesos de primarias, realizados con el fin de beneficiar al candidato del partido); ni la neutralidad institucional (es habitual que el primer dirigente apoye abiertamente a uno de los contendientes en el proceso); ni, en fin, que como resultado del procedimiento se designe al candidato con más respaldo por parte de los afiliados, pues la imposición de candidatos sigue siendo habitual, y cuando se celebran procedimientos de participación de los afiliados, el peso del aparato del partido o la voluntad del primer dirigente siguen siendo el elemento determinante.

## 2. SELECCIÓN INVERSA DE LAS ÉLITES Y OTRAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE DEMOCRACIA INTERNA EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los partidos se resisten, por tanto, al cambio hacia una estructura institucional más democrática. Los motivos son diversos. Ya se ha visto, en primer lugar, que resultan ser más fuertes (electoralmente) cuando no existen (formalmente) disensiones internas que cuando concurren distintas corrientes ideológicas y se puede discrepar de la voluntad de los líderes del partido. Interesa ahora detenerse, en segundo lugar, en el aspecto individual. En este sentido, el rechazo de la mejora en la democratización interna está relacionado con la voluntad de quien ocupa un puesto de poder de conservar esa posición privilegiada. Se alude, así, a la profesionalización de la política, motivo principal de hostilidad del ciudadano hacia el político, y la política en general. Muchas de las personas que ocupan un puesto en el partido, o un cargo público, no han hecho otra cosa en sentido “profesional”. La pretensión de ocupar un cargo interno o público respondería en la mayoría de estos casos a la satisfacción del interés personal, no del general, pues es la única manera que estas personas conciben de hacer carrera, de conseguir éxito “profesional”. Pero también es habitual que aquéllos que han tenido una verdadera carrera profesional al margen de la política, se resistan también a abandonar después ese mundo. En estos casos no se trata de que no existan opciones más allá del partido, sino, generalmente, de lo que suele llamarse la *erótica del poder*<sup>13</sup>.

La profesionalización de la política no sólo determina que el político desempeñe sus funciones orientándolas a sus propios intereses, sino que tiene también otra fatal consecuencia<sup>14</sup>. La selección de las personas llamadas a desempeñar cargos públicos o puestos en el partido por parte de sus dirigentes no responderá a su idoneidad y capacitación para conseguir la mejor satisfacción del interés general. Por el contrario, las élites elegirán frecuentemente a los individuos menos capaces. Sólo así, rodeándose de personas con un bajo perfil profesional y político, quienes las eligen se aseguran de que no vayan a convertirse en competidores que puedan llegar a desplazarlos de sus propios puestos. Esta selección inversa de las élites, derivada de la profesionalización de la política, determina que los ciudadanos se vean representados con demasiada frecuencia por individuos que no reúnen las mínimas capacidades necesarias para el ejercicio del cargo que ocupan.

13 - BLANCO VALDÉS, op. cit., p. 176.



Además, finalmente, el tipo de político seleccionado de esta forma es un individuo burocratizado, aislado de la realidad social e incapacitado para gestionar los problemas de una sociedad de la que se encuentra desconectado. Estos son, en suma, algunos de los efectos más preocupantes que de forma directa o indirecta resultan de la falta de democracia en el interior de los partidos.

### 3. ALGUNAS PROPUESTAS PARA FAVORECER LA DEMOCRACIA EN EL INTERIOR DE LOS PARTIDOS

Interesa ahora dejar constancia de las propuestas más interesantes -a mi juicio-entre las efectuadas por la doctrina científica para solventar la falta de democracia interna en los partidos. Antes debe aclararse que estas propuestas consistirán siempre en medidas a adoptar por el legislador, pues los partidos son instituciones con un enorme poder que han demostrado ser incapaces de ponerse límites para acotar el alcance de ese poder, o de respetarlos. Serían, pues, propuestas para una reforma legal, y no propuestas a incluir en las normas estatutarias. En concreto, deberían incluirse básicamente en la norma reguladora de los partidos políticos, la Ley Orgánica 6/2002. La principal norma de referencia en este sentido es la ley alemana de partidos de 1967 (*Parteiengesetz*). Algún aspecto, no obstante, habría de incorporarse en la propia legislación electoral, como se desarrollará más adelante.

#### 3.1 Propuestas Orgánicas<sup>15</sup>

En cuanto a la asamblea general, la LOPP debería incluir un plazo máximo de reunión de este “órgano superior de gobierno del partido”, según el artículo 7.2. El artículo 9.1 de la *Parteiengesetz* establece un plazo de dos años, excesivo, en mi opinión. El plazo máximo de un año incluido en la propuesta de reforma de la ley de partidos de la plataforma *Más Democracia* resulta más acertado, por cuanto permitiría una rendición de cuentas más efectiva ante la asamblea por parte de los dirigentes del partido, y su eventual renovación si procede. Asimismo, habrían de preverse otras medidas para garantizar que se celebre el congreso dentro de ese plazo máximo, tales como el cese automático de los dirigentes transcurrido ese plazo, hasta que se reúna la asamblea, o reconocer expresamente el derecho de los afiliados y de los órganos inferiores a acudir a los tribunales para exigir la convocatoria del congreso en caso de incumplimiento de los plazos, derecho frente al que no se podría hacer valer la libertad autoorganizativa del partido<sup>16</sup>. Habitualmente no asisten directamente los afiliados a estos congresos o asambleas, sino delegados o compromisarios de los mismos. En relación con estos, la ley debería limitar el control de los delegados por parte de otros órganos. Para ello, habría de imponer un número máximo de los llamados compromisarios “natos”, y el resto ser elegidos de forma directa y proporcional por los afiliados<sup>17</sup>. Debería también garantizarse el vínculo representativo entre los afiliados y sus compromisarios, incorporándose a la ley mecanismos que aseguren esa representación, tales como el carácter público del voto de

14 - Se sigue aquí a R. Blanco, que aborda esta cuestión esta cuestión, en relación con la profesionalización y la consecuente desafección a la política, en: BLANCO VALDÉS, Roberto. *Profesionalización de los partidos, selección inversa de sus élites y desafección política*. En: GARRIDO LÓPEZ y SÁENZ ROYO (Coords), op. cit., p. 19-36.

15 - Se toman como referencia, básicamente, las propuestas de Garrido López y Gómez Yáñez.

16 - PRESNO LINERA, Miguel Ángel. Teoría y práctica de los congresos generales de los partidos políticos. En: CONTRERAS CASADO, Manuel y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (Eds). *Interiores del príncipe moderno. La democracia en los partidos, entre la necesidad y la dificultad*. Zaragoza: Comuniter, 2015, pp. 124-125.

los compromisarios, o su deber de respetar la voluntad de los militantes expresada previamente a la celebración del congreso (por ejemplo, adoptando en la organización territorial una decisión respecto de un asunto a tratar en la asamblea).

Por lo que hace a las ejecutivas de los partidos, podría respetarse una cierta representación de las distintas corrientes del partido estableciéndose limitaciones para evitar que el principal dirigente acapare todos los puestos imponiendo a sus candidatos. Otro límite legal debería imponerse, el de los plazos máximos para que la ejecutiva rinda cuentas ante los órganos de control. En relación con estos últimos, entre las medidas propuestas para garantizar su función de control, se ha planteado que la ley imponga la reunión preceptiva de los parlamentos internos de los partidos al menos cada cuatro o seis meses y que su número de integrantes no exceda de ciento cincuenta (a nivel nacional). Se ha sugerido también que los comités ejecutivos se elijan mediante listas abiertas, que su número máximo no exceda de veinte o veinticinco personas, y que el máximo dirigente no pueda elegir directamente a sus miembros (o a los del parlamento interno)<sup>18</sup>.

El legislador, ya con carácter general, debería prohibir la acumulación de cargos, establecer la limitación de los mandatos, y prever las garantías necesarias para que los procedimientos de elección internos sean transparentes, y sus resultados respetados. Por lo que se refiere a la organización territorial, finalmente, habrían de adoptarse medidas para garantizar que las agrupaciones territoriales gocen de autonomía respecto de los órganos centrales, que -en principio- deberían respetarlas decisiones de las primeras.

### 3.2 Propuestas Relacionadas Con Los Afiliados

La Ley Orgánica 2/2002 reconoce un conjunto muy reducido de derechos a los afiliados al partido, y tampoco incluye fórmulas que garanticen su respeto, quedando condicionado su pleno ejercicio, su desarrollo, y los mecanismos de protección de los mismos, por lo que puedan prever los estatutos. Una demanda extendida entre la doctrina científica es precisamente la inclusión de previsiones más completas relativas a los derechos de los afiliados y sus garantías por parte del legislador, siendo una cuestión intrínsecamente conectada con el nivel de democracia que pueda llegar a alcanzarse en el seno del partido.

Por mencionar algunos, entre los derechos de los afiliados que deberían incluirse en la LOPP para satisfacer ese carácter democrático no podría faltar su libertad de expresión, tanto dentro como fuera del partido. Los estatutos, consecuentemente, no podrían prever sanciones en contra del afiliado por el mero hecho de emitir opiniones que difieran de la de la institución. La libertad de expresión es un elemento fundamental para que exista una verdadera democracia en el interior de un partido, y la libertad de autoorganización, manifestación del derecho fundamental de asociación (art. 22 CE), no es ilimitada, no pudiendo llegar a impedir por completo el ejercicio de aquel otro derecho fundamental como es el de expresar libremente opiniones e ideas<sup>19</sup>. También deberían incluirse en la ley los requisitos mínimos que habría de incluir el procedimiento

17 - Y, como señala C. Garrido, "sin barreras electorales excesivas"; GARRIDO LÓPEZ, CARLOS. El dilema de la democracia en el interior de los partidos. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017, p. 338.

18 - GÓMEZ YÁÑEZ, op. cit., p. 66.

19 - GARRIDO LÓPEZ, op. cit., p. 340.



disciplinario previsto en la norma estatutaria para garantizar una defensa correcta del afiliado expedientado. Entre otros, que la conducta del afiliado y la sanción aparejada estén tipificadas, que ésta sea proporcionada, que el afiliado pueda ser oído, o que los órganos que vayan a conocer del procedimiento sean imparciales e independientes.

Las actividades del partido, además, deben de poder ser controladas por la autoridad judicial. Este control judicial, externo, no habría de ser necesariamente formal. En relación con la potestad disciplinaria del partido frente al ejercicio por el afiliado de su libertad de expresión, en efecto, el legislador podría hacer suya la doctrina reciente del Tribunal Constitucional, que en la STC 226/2016, al hilo de la suspensión de militancia de una afiliada, parece confirmar la tesis de que en este contexto el control judicial alcanza a valorar la razonabilidad de la decisión de sancionar al afiliado expedientado, no limitándose a un mero control formal. El control judicial de la resolución disciplinaria adoptada por el partido contra el afiliado no se ceñiría, pues, a acreditar que concurren las circunstancias y que están tipificadas en los estatutos la infracción y la sanción a ella aparejada. El legislador podría, en conclusión, prever formalmente la competencia de los tribunales para ejercer un control material de la actividad de los partidos en relación con los derechos de los afiliados, para favorecer su máxima eficacia.

### 3.3 Os Procesos de “Primarias”<sup>20</sup>

Los partidos políticos españoles han ido incorporando procesos de “primarias”, una de las principales demandas a estas instituciones entre las medidas favorecedoras de su democratización interna. Interesa, pues, detenerse en algunos aspectos controvertidos que han surgido al hilo de esta cuestión.

Las primarias plantean, sin duda, muchos inconvenientes e interrogantes, e incluso podría ser que otras medidas planteadas garantizaran mejor que aquéllas la democracia interna de los partidos, pero entiendo que no puede negarse su efecto democratizador<sup>21</sup>. En efecto, todo procedimiento de participación directa y efectiva de los afiliados, ya sea para la elección del máximo dirigente del partido, ya para la del candidato a las elecciones, favorecerá su democratización.

Otro asunto controvertido es el relativo a la propuesta de imposición por vía legislativa de un procedimiento de primarias para elegir al candidato a las elecciones, o uno de elecciones internas para elegir al principal dirigente del partido. En relación con esto, no me convence la tesis que duda de la constitucionalidad de una previsión legal de estas características<sup>22</sup>, pues la limitación de la capacidad de autoorganización de los partidos, manifestación del derecho fundamental de asociación del artículo 22 CE, podría estar justificada en este caso por la demanda de organización y funcionamiento interno democráticos de los partidos políticos que exige el artículo sexto de la norma

20 - El término primarias se ha generalizado para referirse tanto a la selección de candidatos a las elecciones como a las elecciones internas para nombrar al máximo dirigente del partido, pero debe aclararse que, estrictamente, sólo en el primer caso estaríamos ante un proceso de primarias. Véase: GÓMEZ YÁÑEZ, op.cit., p. 59-60.

21 - Por el contrario, algunos autores, como J.A. Gómez, niegan el efecto democratizador de las primarias propiamente dichas; véase: GÓMEZ YÁÑEZ, op.cit., p. 60-61.

22 - VÍRGALA FORURIA, E. *La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos y sus problemas en España*. Teoría y Realidad Constitucional, n. 35, p. 243, 2015.

fundamental. En el caso de las primarias propiamente dichas, además, la selección de los candidatos a ser representantes de los ciudadanos en las instituciones es un asunto que no afecta solamente a la asociación-partido, pues tal elección tiene una innegable proyección exterior que incide en el derecho fundamental de participación política del artículo 23.1 de la Constitución española.

Un último aspecto a considerar es el relativo a la norma concreta que habría de regular estos procedimientos. Me parece razonable la propuesta relativa a la introducción del proceso de primarias en la legislación electoral, por cuanto “la repercusión que la nominación de candidatos tiene (...) en la futura composición del parlamento, y, por tanto, en el propio funcionamiento de la representación, justifica un mayor grado de intervención pública”<sup>23</sup>, que “se advierte más claramente en las leyes electorales (función de relevancia pública)” que en las leyes de partidos (regulación de derechos individuales)<sup>24</sup>. Así mismo coincido con la propuesta de regulación de las primarias en la LOREG “como un requisito para la presentación de candidaturas en el marco electoral”, por cuanto “su control podría atribuirse a las juntas electorales, a los juzgados de lo contencioso-administrativo y, en última instancia, al Tribunal Constitucional”, como señala con acierto C. Garrido<sup>25</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

Los partidos políticos pasan por su momento de mayor desprestigio. La realidad demuestra que siempre hay margen para el aumento de este descrédito, pues esa misma afirmación puede hacerse desde hace años. La desconfianza hacia los partidos no ha hecho sino incrementarse, extendiéndose además a muchas otras instituciones del Estado espuriamente colonizadas por aquéllos. Entre los estudiosos de esta cuestión en España, una de las propuestas para recobrar el prestigio perdido es la de reformar la legislación para conseguir la democratización interna de los partidos, una exigencia del propio texto constitucional que se ha desoído –no formalmente, pero sí en la práctica– tanto por los antiguos como por los de más reciente creación. El principal obstáculo para la satisfacción de esta demanda son los propios partidos políticos, pues tal reforma legal depende precisamente de su voluntad. En efecto, en este caso coinciden el autor y el destinatario de la norma, y los partidos no parecen estar por la labor.

Las reformas de las leyes de partidos nunca han tenido ese concreto objetivo democratizador y cuando han incidido en esta cuestión se han limitado a dar una pátina de mayor participación de los afiliados cuya eficacia no resulta garantizada. A nivel estatutario, los partidos sí han adoptado en los últimos años algunas medidas que aparentemente avanzan en este sentido, como la celebración de elecciones primarias para la designación de sus candidatos electorales e internas para la de sus principales dirigentes, pero la inclusión de estos procedimientos en los estatutos no ha garantizado que se haya impuesto el candidato elegido por la mayoría frente al candidato del aparato del partido. Tampoco en el caso de los partidos más nuevos, a pesar de las expectativas que alguno había generado en este sentido. En

---

23 - BIGLINO CAMPOS, Paloma. Intervención del legislador y selección de candidatos por los partidos políticos: una perspectiva comparada. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 35, p. 215, 2015.

24 - PAJARES MONTOLÍO, Emilio. Sobre la regulación de las elecciones primarias. En: GARRIDO LÓPEZ Y SÁENZ ROYO (Coords), op. cit., p. 76.

25 - GARRIDO LÓPEZ, op. cit., p. 344-345.

ocasiones lo que se ha celebrado han sido sólo primarias aparentes, bien por no estar garantizada la participación directa de los militantes, bien porque el peso del aparato del partido ha determinado un liderazgo pre impuesto.

Los motivos por los que los partidos rechazan avanzar hacia su democratización interna son diversos. Junto a la profesionalización de la política, la erótica del poder o la selección inversa de las élites, se encuentra el dilema entre eficacia y democracia interna, del que los partidos son muy conscientes. Y es que como afirmara R. Blanco, “por drástico que pueda resultar formularlo con esta claridad, lo cierto es que los partidos compiten peor cuando tienen que asumir la pesada carga de un funcionamiento democrático”<sup>26</sup>. Los programas electorales de los principales partidos políticos para las elecciones legislativas de abril de 2019 indican que la preocupación por su democratización interna es prácticamente inexistente, incluso formalmente. Solamente el programa de *Podemos* se refería a este asunto expresamente, estableciendo únicamente que serían “obligatorias las primarias para acceder a presidir los órganos ejecutivos de los partidos”.

Tampoco se ha desviado la voluntad política del partido hacia una mayor democratización cuando la pugna entre el aparato del partido y otra corriente alternativa dentro del mismo se ha resuelto a favor de esta última. La reelección de Pedro Sánchez como secretario general del PSOE como resultado de una pugna de esta naturaleza hacían pensar que la preocupación por la participación de los afiliados y la selección democrática de las élites iba a quedar plasmada en los estatutos del partido que se aprobarían poco después. Sin embargo, aunque formalmente la cuestión tiene mucha importancia en esos estatutos federales, los acontecimientos posteriores evidencian que el líder conserva un poder desorbitado para imponer sus candidatos y sus listas, como sucede en todos los demás partidos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIGLINO CAMPOS, Paloma. Intervención del legislador y selección de candidatos por los partidos políticos: una perspectiva comparada. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 35, p. 203-223. 2015.

BLANCO VALDÉS, Roberto. La caída de los dioses. De los problemas de los partidos a los partidos como problema. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 35, pp. 149-182. 2015.

\_\_\_\_\_. Profesionalización de los partidos, selección inversa de sus élites y desafección política. En: Garrido López, Carlos y Sáenz Royo, Eva (Coords). **La reforma del Estado de Partidos**. Madrid: Marcial Pons, pp. 19-36, 2016.

FLORES GIMÉNEZ, Fernando. **La democracia interna de los partidos políticos**. Madrid: Congreso de los Diputados, 1998.

GARRIDO LÓPEZ, Carlos. El dilema de la democracia en el interior de los partidos. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 40, p. 317-347, 2017.

---

26 - BLANCO VALDÉS, 2015, op. cit., p. 174.

GÓMEZ YÁÑEZ, José Antonio. La democracia en los partidos y su necesaria regulación legal. En: GARRIDO LÓPEZ, Carlos y SÁENZ ROYO, Eva (Coords). **La reforma del Estado de Partidos**. Madrid: Marcial Pons, pp. 39-68, 2016.

PAJARES MONTOLÍO, Emilio. Sobre la regulación de las elecciones primarias. En GARRIDO LÓPEZ, Carlos y SÁENZ ROYO, Eva (Coords). **La reforma del Estado de Partidos**. Madrid: Marcial Pons, pp. 69-86, 2016.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. Teoría y práctica de los congresos generales de los partidos políticos. En: CONTRERAS CASADO, Manuel y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (Eds). **Interiores del príncipe moderno. La democracia en los partidos, entre la necesidad y la dificultad**. Zaragoza: Comuniter, pp. 113-160, 2015.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo. La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos y sus problemas en España. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 35, p. 225-280, 2015.

\_\_\_\_\_. El recorrido jurisprudencial de la suspensión y disolución de Batasuna: agosto de 2002 a mayo de 2007. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 81, p. 243-305, 2007.

\_\_\_\_\_. Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 10-11, p. 203-262, 2002-2003.





ARTIGO TRADUZIDO



.....

# O PAVOR ARENDTIANO: TRIBUNAIS COM PODER<sup>1</sup>

.....

## OR BASSOK<sup>2</sup>

(Tradução de Thiago Pádua)<sup>3</sup>

---

1 - Publicado originalmente como: BASSOK, Or. *The Arendtian Dread: Courts with Power*, *Ratio Juris*, Vol. 30, Issue 4, pp. 417-432, 2017. **Artigo traduzido por Thiago Aguiar de Pádua, que singelamente dedica a tradução a Lênio Luiz Streck, Jefferson Carús Guedes, Miguel Gualano de Godoy, Pablo Malheiros da Cunha Frota, Willis Santiago Guerra Filho, Otávio Luiz Rodrigues Junior e Luís Carlos Martins Alves Jr.**, juristas maiúsculos que têm criticado (densa e profundamente, e a sua maneira) a suposta “opinião pública do[no] Supremo”, como profetas que ouviram de há muito o som da chuva na serra, antes da inundação. Não significa que concordam com o texto/tradução, e nem que se enquadram em eventuais categorias descritas, e os erros aqui presentes são todos, exclusivamente, do tradutor. Adotou-se, como influências tradutórias, embora distintos, os seminiais escritos de Gregory Rabassa, Paulo Rónai, Yves Gambier, Eugene Nida e Hans Vermeer.

2 - Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Nottingham. Sou grato a Mikael Madsen, Marlene Wind e Juan Mayoral, por dois generosos convites para o iCourts Centre, na Universidade de Copenhague, sem os quais este artigo não teria sido escrito. Eu apresentei rascunhos anteriores no workshop da “*Trust, Social Capital and Networks*”, na iCourts, no décimo aniversário da Conferência Max Webber, e na Conferência I-CON de 2017. Marina Aksenova, Richard Bellamy, Filipe Bastos Brito, Shai Dothan, Dana Schmalz e Achilles Skordas ofereceram valiosos comentários e assistência. Todos os erros são meus. Esta é uma versão prévia do artigo que será publicado em sua forma final na *Ratio Juris*. Este artigo pode ser usado para fins não comerciais de acordo com os Termos e Condições da Wiley para autoarquivamento.

3 - Professor Doutor do PPG/Mestrado em Direito do UDF. Doutor e mestre em Direito. Foi Assessor de dois ministros do STF. Membro do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da ANACRIM/DF. Membro da ABPC – Associação Brasileira de Processo Civil. Membro da Academia Brasileira de Letras – ABrL. Membro da Comissão Especial do Direito à Educação e da Comissão Especial Direito & Literatura, ambas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado.

**RESUMO:** Hannah Arendt tinha medo não apenas de um presidente populista se manifestando em nome das pessoas e desapegado da legalidade. Ela também estava preocupada com a possibilidade de a vontade popular ser utilizada para apoiar os responsáveis por limitá-la. Mais concretamente, ela estava com medo de a Suprema Corte americana contar com apoio popular. Este é o significado por trás de sua obscura representação da Suprema Corte como “a verdadeira sede da autoridade na República Americana”, mas inadequada ao poder. Eu argumento que a caracterização arendtiana de autoridade, que não demanda “nem coerção, nem persuasão”, significa que a fonte de legitimidade do Tribunal é a expertise jurídica, e não o apoio público. No entanto, o entendimento atualmente dominante entre os ministros da Suprema Corte americana, bem como entre os estudiosos, é o de que o apoio público é a fonte de autoridade do Tribunal. Na mente de Arendt, tal compreensão significa que o Tribunal se tornou a sede do poder. A corrupção da autoridade do Tribunal, bem assim o Direito Constitucional – como linguagem da especialidade capaz de resistir à opinião pública –, inevitavelmente irão acompanhar. Portanto, Arendt estaria extremamente preocupada com a contínua erosão do entendimento do papel da Suprema Corte americana como jurisperita e com a ascensão da tese de que sua fonte de legitimidade residiria no apoio público.



## INTRODUÇÃO

A atual interpretação sobre o Federalista n. 78, por parte dos americanos, e, especialmente por parte dos ministros da Suprema Corte, faria Hannah Arendt enxergar a fonte da crise em que o direito constitucional americano se encontra mergulhado. Nas últimas décadas, o Federalista n. 78 tem sido parafraseado nos escritos de ministros da Suprema Corte americana (doravante, referido apenas como “o Tribunal” ou “a Corte), de acadêmicos e cientistas políticos (BASSOK, 2016; BASSOK, 2013, p. 159-61), sem que eles sequer percebam que estão mudando seu significado original. Os americanos agora leem o Federalista n. 78 para dizer que, sem a espada ou a bolsa, tudo que o Judiciário possui é a confiança pública.<sup>4</sup>

No Federalista n. 78, Hamilton escreveu que, sem a espada ou a bolsa, tudo que o Judiciário possui é meramente o julgamento. Arendt leu corretamente Hamilton: para ela, a confiança do Tribunal na sua competência jurídica, e não no apoio público, foi crucial para a sobrevivência da República Americana. Em suas palavras, para que a República Americana sobreviva, o Tribunal deve confiar na sua autoridade (expertise jurídica na interpretação da Constituição) e não no poder (apoio público).

Este artigo oferece três perspectivas da leitura de Arendt sobre a Suprema Corte americana. Primeiro, utilizo a leitura de Arendt sobre o Federalista n. 78 para mostrar que atualmente a leitura predominante da afirmação de Hamilton sobre a fonte de legitimidade do Tribunal não é apenas uma paráfrase da ideia de Hamilton. Pelo contrário, representa uma grande mudança na compreensão da legitimidade judicial nos EUA.

Segundo, eu explico o pavor que Arendt sentia de um Tribunal munido de poder, como o medo de um Tribunal que entende que sua fonte de legitimidade residiria no apoio público. Esse ponto não tem recebido nenhuma atenção da literatura acadêmica até agora.

Em terceiro lugar, enquanto o maior medo de Arendt foi a desinibição do poder – no sentido da vontade pública desvinculada de qualquer tipo de limitação –, seus escritos também expressam o medo da autoridade corrompida.

Arendt, portanto, temia não apenas um presidente populista se manifestando em nome do povo, desvinculado da lei e cumprindo a vontade popular, mas também estava preocupada com o fato de que a vontade popular poderia ser aproveitada para apoiar os responsáveis por limitá-la. Com base nessa perspectiva, aponto que Arendt estaria extremamente preocupada com a contínua erosão do entendimento do papel da Suprema Corte americana como “expert” (jurisperita) e com a ascensão da tese de que sua fonte de legitimidade residiria no apoio público.

### 1. A SUPREMA CORTE DE ARENDT: AUTORIDADE SEM PODER

Arendt acreditava que uma das principais razões para o sucesso da democracia americana é que a Suprema Corte possui autoridade, mas é impotente (ARENDDT, 1965, p. 200). Ela “[...] foi especialmente projetada com o propósito da autoridade.” (ARENDDT, 1965, p. 199).

Em termos arendtianos, o poder legítimo reside no povo (ARENDDT, 1965, p. 179), enquanto a “marca registrada” de autoridade “[...] é o reconhecimento inquestionável por parte daqueles que são solicitados a obedecer; nem coação ou persuasão são necessárias” (ARENDDT, 1970, p. 45).

4 - Ver, por exemplo, *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765, 817-18 (2002) (Ginsburg, J., dissidente); Gibson, Caldeira, Baird, 1998, p. 343; Karlan, 2012, p. 71

A descrição arendtiana da autoridade captura as características envolvidas na obediência às ordens de um especialista, como um médico. Nos casos das consultas especializadas, nós, de fato, obedecemos sem coerção, e às vezes até mesmo sem persuasão (ARENDDT, 1965, p. 91). Arendt não é sucinta ao caracterizar a autoridade como um relacionamento hierárquico, descrevendo que:

[A]utoridade... é incompatível com persuasão, pressupondo igualdade, e funcionando através de um processo de argumentação... Contra a ordem igualitária de persuasão está a ordem autoritária [ou baseada na autoridade], que é sempre hierárquica. (ARENDDT, 1958a, p. 92-93).

Ao ler atentamente “*What is Authority?*”, podemos perceber que Arendt escreve explicitamente sobre a especialização como sendo o fundamento para um relacionamento baseado na autoridade. Depois de notar que “em nenhum outro lugar o pensamento grego aproximou-se tanto do conceito de autoridade como na República de Platão”, Arendt discute vários exemplos em que Platão aborda “modelos de relação”. Um desses exemplos é a relação “médico/paciente”, quando Arendt observa que, “em todos esses casos, também o conhecimento especializado comanda a confiança, de modo que nem a força e nem a persuasão são necessários para obter cumprimento...” (ARENDDT, 1958a, p. 108;116). Em um texto posterior, Arendt dá outro exemplo da relação de autoridade: a relação entre um professor e um aluno (ARENDDT, 1970, 144). Essa relação também pode ser caracterizada como sendo baseada na expertise.

Segundo Arendt, enquanto os fundadores da República Americana pretendiam imitar a Roma antiga na construção da Corte, eles deixaram de imitar o Censor Romano, seu equivalente funcional. Ao contrário dos ministros da Suprema Corte, que são nomeados pelos representantes eleitos, o Censor Romano era eleito pela Assembleia Centuriata para um período de tempo limitado. Na perspectiva de Arendt, os censores detinham o poder porque sua fonte de legitimidade era o apoio público (ARENDDT, 1965, p. 200; VOLK, 2015, p. 183-85). Não era esse o modelo que os Pais Fundadores tinham em mente para o Tribunal, como Arendt concluiu: “[i]nstitucionalmente, é a falta de poder, combinada com a permanência no cargo, que sinaliza que a verdadeira sede da autoridade na República Americana é a Suprema Corte.” (ARENDDT, 1965, p. 200).

Para Arendt, o Tribunal não coloca o povo como sua fonte de legitimidade; sua legitimidade reside na sua capacidade de decifrar a Constituição. Essa habilidade interpretativa é o que torna o Tribunal digno do inquestionável respeito concedido àqueles que detêm autoridade, como os especialistas (GOLDONI; MCCORKINDALE, 2013, p. 119, 126). Quando Arendt escreve que “todas as instituições políticas são manifestações e materializações do poder; [e que] elas petrificam e desmoram assim que o poder vivo do povo deixar de sustentá-las” (ARENDDT, 1970, p. 41), nesse sentido, portanto, a ênfase deve ser colocada no significado da expressão “instituições políticas”, para que se possa compreender sua opinião sobre o Tribunal. Arendt não enxerga o Tribunal como uma instituição política, mas como um “expert”.

Para cumprir o seu papel de “expert”, o Tribunal deve interpretar a Constituição de acordo com seus conhecimentos jurídicos especializados (ARENDDT 1965, p. 199).<sup>5</sup> Esta é uma função jurídica, em contraste com a função política da instituição que detinha autoridade equivalente em Roma: o Senado Romano (ARENDDT, 1965, p. 199-200). Mas o Senado também era um “expert”,

5 - Para a opinião de Arendt sobre os advogados como especialistas, cfr.: Arendt, 1965, p. 237; Scheuerman, 1997, p. 161; Klabbers, 2007, p. 22.

eis que Arendt adota a premissa de que o Senado Romano seria semelhante a um conselho de anciãos aconselhando crianças (ARENDR, 1958a, p. 122-23).

A expertise dos anciãos se encontra na fundação de Roma (ARENDR, 1958a, p. 121-24). Como veremos, Arendt também viu o Tribunal como um expert em entender o momento fundacional americano. Em vista de todas essas analogias entre a Corte e o Senado Romano, não é de se admirar então que, para Arendt, o Senado Romano se assemelha ao “Judiciário de Montesquieu, como o ramo do governo, cujo poder ele chamou de ‘alguma forma nula’ ... e que, no entanto, constitui a mais alta autoridade em governos constitucionais.” (ARENDR, 1958a, p. 122).

## 2. A LEITURA ARENDTIANA DO FEDERALISTA N. 78 VS. A ATUAL LEITURA DO FEDERALISTA N. 78

A visão arendtiana sobre a fonte de legitimidade do Tribunal corresponde bem à de Alexander Hamilton expressa no Federalista n. 78. Em seu escrito célebre, Hamilton asseverou que:

[...] o Judiciário, ao contrário, não tem influência sobre a espada ou a bolsa... Pode-se dizer verdadeiramente que não possui força e nem vontade, mas meramente o julgamento; e deve, em última instância, depender da ajuda do executivo para dar eficácia a seus julgamentos.” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 392).

De acordo com Hamilton, o apoio do governo, essencial para a eficácia das decisões do Tribunal, é adquirido porque o Poder Executivo reconhece o valor do julgamento do Tribunal, e não porque o Tribunal possui apoio público. Mesmo que o Tribunal faça um julgamento contrário à opinião popular ou aos interesses do governo, o governo ainda vai impor o julgamento, da mesma maneira que um paciente prossegue com um tratamento que causa dor porque assim foi recomendado por seu médico. Como o médico, a Corte fala em nome da expertise. Hamilton baseou a legitimidade do Tribunal “apenas” em sua expertise jurídica, e não no apoio público (BASSOK, 2013, p. 373-75).

Arendt parafraseia a fala de Hamilton, acrescentando: “Em outras palavras, a própria autoridade se tornou imprópria ao poder, assim como, inversamente, o próprio poder da legislatura fez o Senado (americano) incapaz de extrair autoridade.” (ARENDR, 1965, p. 200). Segundo Arendt, o sucesso dos EUA é devido ao fato de que Direito e Poder “[...] claramente reconheceram diferentes origens, diferentes legitimações, e diferentes esferas de aplicação.” (ARENDR, 1965, p. 166). O conhecimento jurídico da Corte e o seu distanciamento do apoio público tornaram-na adequada para a legitimidade baseada na expertise (“autoridade”), enquanto a natureza do Senado americano como um corpo eleito tornou-o adequado para a legitimidade baseada no apoio público (“poder”) e incapaz de extrair autoridade.

No Federalista n. 81, Hamilton rejeitou a perspectiva de que, nos processos, a apelação final seja, para o Senado (Legislativo), similar à Casa dos Lordes, na Inglaterra, que detém o poder judicial de “última palavra”. Hamilton explica que os juizes são “homens selecionados por seu conhecimento do Direito, adquirido em longo e laborioso estudo”, ao invés de representantes eleitos, e que estão em melhores condições de garantir que a Constituição não seja violada (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 408). A posição de Arendt sobre a diferença entre o Senado Romano e o Senado americano adota exatamente a mesma lógica.

O primeiro não foi eleito e, por isso, detinha autoridade. A esse respeito, seu equivalente nos EUA é o Judiciário. O Senado americano pode compartilhar o mesmo nome que o Senado Romano, já que a palavra “Senado” se tornou “cara” para os Fundadores Americanos. Mas Arendt observa que eles têm “muito pouco em comum” (ARENDR, 1965, p. 199-200). Os “homens” eleitos para o Senado americano não necessariamente possuem “sabedoria”, mesmo que o processo de discussão de opiniões no Senado possa, ao final, produzir decisões sábias (ARENDR, 1965, p. 227; VOLK, 2015, p. 206).

Nos EUA, o desenvolvimento do entendimento sobre a legitimidade judicial ocorreu recentemente, em um desenvolvimento mais bem capturado a partir do pensamento de Hamilton, atualmente parafraseado (BASSOK, 2016). Em 2012, Pamela Karlan termina sua análise na Revista de Harvard (*Foreword*), intitulada de “Democracia e Desdém”, asseverando:

Alexander Hamilton equivocou-se ligeiramente quando afirmou que o Judiciário não tem ‘nem a força, e nem a vontade’, mas meramente o julgamento; e deve finalmente depender da ajuda do executivo para a eficácia de seus julgamentos”. O judiciário deve, em última análise, depender do povo. (KARLAN, 2012, p. 71).

Em outras palavras, Karlan enxerga o apoio público como sendo a fonte de legitimidade do Tribunal. Mesmo que o Tribunal careça de expertise, funcionará adequadamente, desde que tenha apoio público.

Falar em nome do povo tem sido um poderoso símbolo ao longo da história política dos Estados Unidos (FRANK, 2010, p. 4-5). No entanto, até à invenção das pesquisas de opinião pública, as instituições eleitas detinham o monopólio sobre essa fonte de legitimidade (BASSOK, 2013, p. 156-59). Não é de se admirar, então, que a expressão “não parafraseada” de Hamilton – atribuindo a legitimidade da Corte a sua expertise – reinou suprema (BASSOK, 2016, p. 574-77). Em outros lugares, eu discuto longamente a invenção das pesquisas de opinião pública como ferramentas que possibilitaram o desenvolvimento dessa importante e dramática compreensão da fonte de legitimidade do Tribunal (BASSOK, 2016; BASSOK, 2013).

Para os propósitos deste artigo, que enfoca os perigos que Arendt teria enxergado em tal desenvolvimento, é suficiente dizer que hoje em dia seria um truísmo argumentar que a Corte precisa ter apoio público para funcionar corretamente. Tanto os ministros conservadores quanto os progressistas compartilham a ideia de que a fonte de legitimidade da Corte reside em seu duradouro apoio público.<sup>6</sup> Essa ideia tornou-se tão poderosa no discurso constitucional americano que se tornou senso comum naturalizado (BASSOK, 2011, p. 240-41).

A maioria dos juristas, como Karlan, nem percebe que eles estão parafraseando o que Hamilton escreveu no Federalista n. 78, de maneira a encaixar essa compreensão controladora; eles simplesmente leem Hamilton como confirmação do paradigma de controle. Para os modernos leitores americanos de Hamilton, a questão crucial é se a Corte possui legitimidade sociológica, isto é, se o público a apoia. Para Hamilton e Arendt, a questão central era saber se a Corte conseguiria julgar; se ela possuía expertise. Na próxima seção, abordarei a expertise especial que Arendt atribuiu ao Tribunal e como ela assegura a autoridade da Constituição.

6 - Cf. (*Planned Parenthood vs. Casey*, 505, EUA). 833 [1992], com 865; (BASSOK, 2011, p. 258-63; BASSOK, 2016)

### 3. ARENDT COMO UMA ORIGINALISTA IDENTITÁRIA

Após derrubar o rei, os revolucionários franceses deificaram a vontade do povo, o que veio a servir como fonte, seja do poder seja do direito. Imaginar a soberania popular como “a imagem de Deus” cria o perigo de um soberano que pode varrer todas as restrições jurídicas e normativas “como um furacão” (ARENDT, 1965, p. 181-86; KALYVAS, 2008, p. 215-17). Em outras palavras, todos os fundamentos, incluindo aqueles que a Revolução professou, poderiam ser alterados, desde que a vontade do povo apoiasse tal mudança (ARENDT, 1965, p. 167; 183-84; ARENDT, 1958a, p. 110; KALYVAS, 2008, p. 234-35).

Em nome da vontade do povo – o direito superior da revolução –, qualquer direito poderia ser mudado, inclusive o direito que nasceu com a revolução (ARENDT, 1965, p. 183). O soberano, afinal, não está limitado por nenhuma lei universal e não reconhece nada superior a si mesmo (ARENDT, 1979, p. 230; KALYVAS, 2008, p. 219-20). Na visão de Arendt, esse tipo de vontade popular livre seria a receita perfeita para uma ordem constitucional fracassada, de resultados catastróficos, como demonstra o rescaldo da Revolução Francesa.

O sucesso da Revolução Americana foi a divisão entre direito e poder. No EUA, desde o início, “a sede do poder para eles era o povo, mas a fonte do direito devia se tornar a Constituição...” (ARENDT, 1965, p. 157-59). A revolução conseguiu colocar o direito acima dos homens, criando uma Constituição que tem sido adorada desde muito cedo por causa de sua conexão com o momento constituinte (ARENDT, 1965, p. 183-85; 198-199). Em outras palavras, tanto a Revolução Americana quanto a Francesa tinham em comum “a convicção de que a fonte e a origem do legítimo poder político residiam no povo” (ARENDT, 1965, p. 179).

No entanto, a Revolução Francesa não percebeu a necessidade de se criar uma autoridade não baseada no poder popular. Uma estrutura governamental estável não pode ser construída sob essa “areia movediça” (ARENDT, 1965, p. 163; KALYVAS, 2008, p. 219-20). O “temor reverencial” americano ao ato constituinte assegurou que a Constituição não dependesse da vontade atual do povo (ARENDT, 1965, p. 204). Subsequentemente, foram evitadas tentativas contínuas em nome do “estado mental subjetivo” do povo para desmantelar os alicerces da revolução, uma vez que essas fundações foram colocadas sob forma constitucional (ARENDT, 1965, p. 157; SCHEUERMAN, 1997, p. 151; 154).

Segundo Arendt, a duração da Constituição americana ao longo do tempo foi alcançada graças à sua contínua interpretação pelo Tribunal, que assegurou a sua ligação com a revolução constituinte. Nas palavras de Arendt – supostamente citando Woodrow Wilson<sup>7</sup> –, o Tribunal tem funcionado como “[...] uma espécie de Assembleia Constituinte em sessão contínua” (ARENDT, 1965, p. 200). Arendt argumenta que, como em Roma, a conexão contínua com o momento constituinte é a fonte de autoridade: primeiro, da autoridade da Constituição, e, posteriormente, também da autoridade da Corte (ARENDT, 1965, p. 202-03). Para ela, a fundação é a “fonte da autoridade” (ARENDT, 1965, p. 204), e a Constituição tem dentro de si o espírito da fundação, assim como o papel do Tribunal é servir como a voz viva daquela origem (ARENDT, 1965, p. 231-32; GOTTSCHEN, 1994, p. 124). Arendt é mesmo tentada a prever que “a autoridade da república estará segura e intacta enquanto o próprio ato, o começo em si, for lembrado sempre que entram em jogo as questões constitucionais, no sentido mais restrito do palavra.” (ARENDT, 1965, p. 204).

7 - Como eu demonstro abaixo, a citação de Arendt é inexata.

Para que o Tribunal cumpra seu papel de conectar a América contemporânea com seu momento constituinte, Arendt oferece um mecanismo muito semelhante ao modelo interpretativo que hoje chamamos de “originalismo”.<sup>8</sup> Mas o originalismo de Arendt é de um tipo especial. Por meio de uma teoria interpretativa “orientada para a origem”, Arendt quer garantir um fio que conecte a identidade americana original com a identidade americana atual. Eu denomino esse subtipo de originalismo de “originalismo identitário” (BASSOK, 2015a, p. 297-302).

No processo de interpretação constitucional, os originalistas atribuem um lugar central à forma como a Constituição foi entendida originalmente, durante a geração constituinte. Entretanto, alguns deles rejeitam a ideia de que a Constituição seja um manifesto de identidade, enxergando o originalismo meramente como uma técnica de interpretação de textos jurídicos (SOLUM, 2011, p. 74; MCGINNIS; RAPPAPORT, 2012, p. 750); outros aceitam o papel central da Constituição na identidade da América, mas rejeitam a noção de que a fundação desempenha um papel tão central na construção da atual identidade americana (BALKIN, 2011, p. 74-81).

Para os originalistas identitários, a Constituição seria o ponto focal da identidade americana, ao passo que o originalismo seria o roteiro. Segundo os originalistas identitários, ao ler a Constituição de acordo com o seu sentido original, o Tribunal assegura a contínua fidelidade à identidade americana original (BASSOK, 2015a, p. 297-98; 302). Para cumprir esse papel, os originalistas identitários sustentam que os ministros detêm expertise em história constitucional e, portanto, em essência, são experts em identidade original americana (BERGER, 1977, p. 8-9; 18).

O originalismo identitário de Arendt se encaixa bem em sua analogia entre a Corte e o Senado Romano, eis que Arendt também viu os senadores romanos sendo guiados pelo passado de Roma, em seu papel de certificação de que o Direito de Roma estivesse de acordo com os princípios fundadores da cidade (GOLDONI; MCCORKINDALE, 2013, p. 120-21). Arendt explica que a autoridade do Senado em Roma deve ser entendida de acordo com as origens da palavra “autoridade”, que apontam para a noção de aumentar, o ato de ampliar uma fundação (LARA, 2013, p. 105; 108).

Da mesma forma, a autoridade interpretativa do Tribunal é derivada de seu papel de conservar, “aumentar e ampliar” a realização mais concreta do ato original de fundação (ARENDDT, 1965, p. 201; SCHEUERMAN, 1997, p. 158; GOTTSEGEN, 1994, p. 124). O Tribunal conserva a ligação com o entendimento original do momento fundacional, assegurando que o espírito original da Revolução continue a servir como parte central da existência americana. Na ausência de frequentes emendas constitucionais, a principal maneira de reiterar o ato de fundação é pela interpretação constitucional originalista por parte da Corte. (ARENDDT, 1965, p. 202).

Escrevendo durante o ponto alto da Corte Warren, Arendt observou que o Tribunal não cumpriu a promessa de “recordar o espírito revolucionário” (ARENDDT, 1965, p. 231-32; 239). Na visão de Arendt, ao adotar o originalismo identitário, não se cria o problema de permanecer preso àquela mão morta do passado, uma vez que a atual lealdade do povo à Constituição deve ser compreendida em termos da escolha de vincularem “[...] a si mesmos de volta ao começo” (ARENDDT, 1965, p. 198).

8 - Cf. Burns, 1987, p. 167; 171; 174-75.

Detectando a conexão que Arendt cria entre a revolucionária “fonte de autoridade”, observe que a Constituição e o método interpretativo da Corte respondem às perguntas demandadas pela literatura jurídica sobre Arendt supostamente desconsiderar a questão da final autoridade interpretativa (FRANK, 2010, p. 54-55). Arendt não negligenciou essa questão. Em vez disso, ela acreditava que ao Tribunal foi confiado o papel de assegurar a conexão com o momento constituinte fundacional. É verdade que essa visão não favorece sua posição em favor de políticas extrainstitucionais (ARENDDT, 1958b, p. 230).

A última posição de Arendt se encaixa melhor em um sistema de controle de constitucionalidade fraco (VOLK, 2015, p. 246-48) combinado com o constitucionalismo popular, que leva “[...] o próprio povo a ser a autoridade máxima em questões de interpretação jurídica.” (FRANK, 2010, p. 54; 57-58). No entanto, como explicado acima, essa não é a posição de Arendt em relação à Suprema Corte americana. Sua posição em relação à Suprema Corte pode ser em parte o resultado de suas dúvidas sobre a habilidade pública de manter vivo o espírito da revolução, tendo em vista o empobrecimento da experiência política em tempos de política “ordinária” (ARENDDT, 1975; SITTON, 1987, p. 81-82).

Essa leitura da realidade política americana é parte de sua visão geral sobre o estado moderno, que caminha para um processo de despolitização (ARENDDT, 1958b, p. 28-33; KALYVAS, 2008, p. 208-09). A arena pública moderna contemporânea só pode produzir os “humores das massas” em vez de adequadas opiniões de formação, como poderia ser obtido por meio de sua ideia do conselho democrático (ARENDDT, 1965, p. 221; SITTON, 1987, p. 81-82; 93). Assim, Arendt cria uma distinção entre “opinião pública”, no sentido de “humor público” não educado, e opiniões públicas que seriam o resultado de um processo de abertura de discussão e debate público (ARENDDT, 1965, p. 268-69; SITTON, 1987, p. 85).

Arendt não nega que a Constituição pode ser abordada “[...] de muitos ângulos distintos, e sobre os quais se poderia impor muitas interpretações diferentes...”, mas as interpretações da Corte não devem ser guiadas pela vontade do povo (ARENDDT, 1965, p. 157). A Constituição está “sujeita à vontade da maioria” não mais do que um “edifício está... sujeito à vontade dos seus moradores” (ARENDDT, 1965, p. 164).

Ela menciona, em resumo, que a Constituição “permaneceu como uma entidade secular tangível de maior durabilidade do que as eleições ou as pesquisas de opinião pública” (ARENDDT, 1965, p. 157). Sem a Constituição como um arquimediano ponto de autoridade, sem o Tribunal utilizar o originalismo identitário para conectar a América contemporânea à sua fundação, uma nova fundação pode ocorrer sempre que houver uma diferença de opinião suficientemente forte. Uma revolução estaria à espreita em cada esquina.

A opinião pública deve ser mantida à distância, de acordo com Arendt, e o Tribunal possui um papel-chave para garantir esse resultado. Mas qual é o problema de um Tribunal que enxerga e baseia sua legitimidade no apoio público, sem necessariamente seguir a opinião pública em casos concretos? A resposta de Arendt para essa questão não é explícita. Seus escritos deixam bem claro a contradição inerente entre a Constituição como um arquimediano ponto de autoridade e o furacão da opinião pública.

Minhas análises explicam o papel da Corte na manutenção da conexão entre a Constituição e o momento constituinte de fundação, garantindo assim a capacidade da Constituição em

manter sua autoridade. Ao explicar a leitura de Arendt sobre o Federalista n. 78 de Hamilton, eu também consegui decifrar a perspectiva de Arendt de que a Corte é a verdadeira sede da autoridade, mas imprópria ao poder. Enquanto a intuição de Arendt quanto ao Tribunal ser inadequado ao poder é bastante atraente para esta análise, eu argumento que, por meio de um trabalho mais interpretativo, outra camada pode ser exposta a partir do pensamento de Arendt, uma camada que explica o perigo de uma Corte munida de poder.

#### 4. O PERIGO À ESPREITA

Em seus escritos, Arendt lida diretamente com dois perigos que ameaçam a capacidade do Tribunal de cumprir sua função (GOLDONI; McCORKINDALE, 2013, p. 125-31). Em primeiro lugar, a sua preocupação de que o Tribunal fosse excedendo o seu papel de intérprete da Constituição no contexto das decisões de dessegregação escolar (ARENDDT, 1958-59). Em segundo lugar, a sua preocupação de que o Tribunal não possa exercer sua autoridade em questões políticas cruciais, como a Guerra do Vietnã (ARENDDT, 1972, p. 99-101).

Enquanto esses perigos eram de o Tribunal não cumprir ou exceder seu papel de autoridade, o perigo atual que ronda o Tribunal é de um tipo diferente. O perigo atual – como expresso na mudança da leitura do Federalista n. 78 – é de um Tribunal com poder, ou seja, um Tribunal que muda o entendimento de sua fonte de legitimidade da expertise jurídica para o apoio público. Desde que o Instituto Gallup começou a rastrear o apoio público ao Tribunal (e suas decisões) de forma sistemática apenas durante os anos 1960 (MARSHALL, 2008, p. 1-2; 29; 77), Arendt não conseguiu detectar a influência da mensuração do apoio público ao Tribunal na compreensão da sua legitimidade judicial. No entanto, embora ela não tenha abordado esse perigo diretamente, podemos observar sua posição em relação ao adequado papel da Corte.

Arendt concorda que “a opinião pública, como a maior força que governa uma sociedade democrática igualitária”, é um dos poucos princípios que sobreviveram da Revolução, “[...] depois que o espírito revolucionário foi esquecido” (ARENDDT, 1965, p. 221). Ela enfatiza que, “em última análise”, toda autoridade repousa sobre a opinião, na medida em que todo regime requer confiança pública (ARENDDT, 1965, p. 230). Naturalmente, tal afirmação não significa que cada instituição individual exige confiança pública. Como Owen Fiss explicou, em uma democracia:

O consentimento não é concedido separadamente às instituições individuais. Ele se estende ao sistema de governança como um todo. Embora a legitimidade do sistema dependa do consentimento das pessoas, uma instituição dentro do sistema não depende do consentimento popular (FISS, 1985, p. 43-44).<sup>9</sup>

Arendt estava muito consciente do perigo da “inclinação da democracia em ser influenciada pela opinião pública e por sentimentos de massa” (ARENDDT, 1965, p. 225). Em vista desse perigo, ela cita uma carta de Hamilton em que ele fala sobre “um corpo permanente [que] pode contrabalançar a imprudência da democracia” (ARENDDT, 1965, p. 225). Arendt admite que “a instituição originalmente projetada para proteção contra o poder da opinião pública ou a democracia era o Senado.” (ARENDDT, 1965, p. 226). Também a Suprema Corte tornou-se, na prática, a “instituição que resta para o julgamento” que oferece “controle judicial” sobre a opinião pública (ARENDDT, 1965, p. 228-29).

9 - Ver também Fiss, 1979, p. 38.

Arendt temia que um Tribunal guiado pela lógica da opinião pública não conseguiria garantir a estabilidade de sua fundação, ou seja, da Constituição. Afinal, a Constituição foi criada como um “[...] documento escrito, uma coisa objetiva e duradoura... nunca um estado mental subjetivo, como a vontade.” (ARENDDT, 1965, p. 157). Ela foi projetada para permanecer “a entidade secular tangível de maior durabilidade que as eleições ou as pesquisas de opinião.” (ARENDDT, 1965, p. 157). A Constituição tem um mecanismo de emendas inerente que a torna relativamente imune à opinião pública, exceto em raras ocasiões.<sup>10</sup> Se o Tribunal se torna um agente da opinião pública, toda essa estrutura é colocada em risco.

Ao se analisar um ponto que Arendt abordou em seu curto e controverso artigo “*Reflection on Little Rock*”, verifica-se que ela expõe a contradição entre a autoridade baseada na expertise e a opinião pública. Nesse artigo, escrito após a decisão da Suprema Corte de dessegregar as escolas do sul, Arendt argumentou que a Corte estava errada ao interferir nos planos privado e social (ARENDDT, 1958-59, p. 242). Ela escreveu que:

[...] obrigar os pais a mandarem seus filhos para uma escola integrada, contra a sua vontade, significa privá-los de direitos que eles claramente possuem em todas as sociedades livres - o direito sobre seus filhos e o direito social de livre associação (ARENDDT, 1958-59, p. 242).

Os detalhes da posição controversa de Arendt em relação à segregação não são o foco aqui. Gostaria de me concentrar no argumento de Arendt de que a interferência do Tribunal afetou a relação entre pais, crianças e professores, como foi explicado acima. E esse tipo de relação, conforme compreendido por Arendt, revela um formato baseado na autoridade.

Arendt escreve sob a premissa plausível de que, no sul, nesse período, os pais brancos apoiavam a segregação. Assim, ela conclui que:

[...] o conflito entre uma residência segregada e uma escola dessegregada, entre o preconceito familiar e as demandas escolares, destrói de uma só vez a autoridade de pais e professores, substituindo-a pela regra da opinião pública sobre as crianças, que não têm a capacidade, e nem o direito, de estabelecer uma opinião pública própria. (ARENDDT, 1958-59, p. 243).

Se fizermos uma analogia sobre a autoridade do Tribunal e os pais e professores, podemos concluir que se a autoridade do Tribunal baseada na expertise for destruída, ela estará condenada ao controle da opinião pública.

Sobre o perigo de a opinião pública controlar uma instituição com autoridade, nós podemos aprender a partir de uma referência que Arendt elaborou fundada em Kant, em seu ensaio “O que é Autoridade?” Discutindo o rei filósofo de Platão, que figura como um exemplo aproximando do conceito de autoridade (ARENDDT, 1958a, p. 106-07), Arendt observou que “essa combinação entre razão e regra também implicava um perigo para a filosofia”, e não apenas para o campo político (ARENDDT, 1958a, p. 107). A tentativa do rei filósofo de governar de acordo com a razão representa um perigo para a razão. Mas qual é esse perigo? Arendt observa que a discussão

10 - Por razões de simplicidade, evito discutir a questão da emenda constitucional fora do Artigo V. Entretanto, mesmo aqueles, como Bruce Ackerman, que defendem esse caminho para emendar a Constituição, limitam a vontade pública que é semelhante àquelas limitações colocadas pelo processo formal de emenda. Veja Bassok, 2015a, p. 307-11.

kantiana de Platão é a única referência a esse perigo. Arendt argumenta, citando Kant: “Não se deve esperar que os reis filosofem ou que os filósofos se tornem reis, e nem isso seria desejável, pois, inevitavelmente, a posse do poder corrompe o livre julgamento da razão.” (KANT apud ARENDT, 1958a, p. 107). Em outras palavras, podemos esperar que a linguagem jurídica seja corrompida se a Corte entender que sua fonte de legitimidade reside no poder (no apoio público).

A fim de compreender melhor esse ponto, usarei uma analogia frequentemente realizada sobre juízes e médicos; medicina e direito.<sup>11</sup> Como uma linguagem distinta de especialização, recentemente, a medicina encontrou um desafio à sua autonomia, com a introdução de uma métrica que mede o desempenho dos médicos com base nas opiniões dos pacientes (SCHOENFELDER, 2012). Nos EUA, nas últimas duas décadas, as experiências de mensurações de “atendimento ao paciente” ou “satisfação do paciente” tornaram-se cada vez mais constantes em muitas organizações e hospitais (PRICE, 2014, p. 523-24). Alguns desses programas até concedem bônus financeiros, com base no nível de satisfação dos pacientes (SCHOENFELDER, 2012; PRICE, 2014, p. 523).

Os resultados da entrada de pesquisas de opinião pública na profissão médica são diversificados e altamente disputados. Um estudo de 2012 intitulado “*The Cost of Satisfaction*” resume vários estudos realizados após a introdução dessa métrica, observando que, “neste cenário, os pacientes são mais inclinados às recomendações médicas e mais fiéis aos médicos, embora a pesquisa sugira a presença de uma relação tênue entre a satisfação do paciente e a qualidade dos resultados e dos cuidados com a saúde.” (FENTON, 2012, p. 405; PRICE, 2014, p. 534).

O estudo vai além da revisão de literatura e, com base em amostra nacional, demonstra que o maior nível de satisfação do paciente está associado a custos com medicamentos sujeitos a receita médica e a despesas gerais com cuidados de saúde. Além disso, está associado a maior mortalidade geral em comparação com aqueles de níveis mais baixos de satisfação (FENTON et al, 2012, p. 405-09).

Em um estudo de 1997, observou-se que os médicos prescreveram antibióticos para os pacientes com doença respiratória, embora em muitos desses casos eles tenham julgado que os antibióticos eram desnecessários. O estudo sugere que a prescrição excessiva seria resultado da constatação de que os médicos levaram em consideração sua perspectiva sobre as expectativas e a satisfação dos pacientes (HOLMES, 1997, p. 1211-1214).

Outro estudo analisou os exames de imagem, prescritos por médicos para pacientes com dor lombar aguda não complicada. Uma conclusão central foi a de que “pacientes atendidos por médicos expostos a incentivos com base na satisfação do paciente receberam mais rapidamente, ampliando sua imagem”, mesmo que tal exame “[...] não possa beneficiar os pacientes, podendo inclusive resultar em danos” (PHAM, 2009, p. 972; 977).

Desde tempos imemoriais, sem dúvida, as avaliações de médicos por parte dos pacientes baseiam-se não apenas na análise de seus conhecimentos profissionais. Os pacientes também estão interessados na capacidade de seus médicos de se comunicar e de se comportar de uma forma cuidadosa. A capacidade de medir essas avaliações em unidades fungíveis, permissivas da comparação entre os médicos, tem efeitos corruptores sobre a linguagem da medicina.

11 - Por exemplo, Kahn, 1997, p. 126; Richman, 2009, p. 1731.

Em termos arendtianos, a tentativa dos médicos de assegurar seu poder conduz à corrupção de sua linguagem sobre a expertise médica. Da mesma forma, tribunais e políticos falaram sobre o apoio público aos tribunais bem antes da invenção das pesquisas de opinião pública (BASSOK, 2013, p. 158- 59). No entanto, a capacidade de medir a opinião pública tem o potencial de levar um Tribunal a enxergar sua fonte de legitimidade no povo; em termos arendtianos, esse é um Tribunal com poder. E tal Tribunal pode corromper o direito como uma linguagem de expertise.

A linguagem do direito tem buscado funcionar como uma linguagem de expertise. Em linguagens de expertise, a questão sobre qual resultado argumentativo é legítimo ou apropriado não pode ser determinada pela vontade popular ou pelo uso popular de um argumento. O conhecimento especializado deve ser determinado pela comunidade de especialistas, de acordo com as regras de sua disciplina (POST, 2012, p. XII-XIV; 8; 29-32).

O ingresso na linguagem jurídica, via processo legislativo, depende da vontade popular, mas a separação entre direito e política após o processo legislativo é destinada a criar uma autonomia para uma linguagem de especialização (BASSOK, 2015b). Dessa forma, a linguagem jurídica cria um espaço de argumentação controlado por especialistas e não pela opinião pública. Em termos arendtianos, essa é a linguagem da autoridade, e não a linguagem de poder, pois, assim como um rei filósofo teria a razão corrompida se tivesse a chance de governar, um Tribunal guiado pelo poder teria corrompido o caráter racional-sistemático da linguagem jurídica (VOLK, 2015, p. 111-24).

## 5. INTERPRETAÇÕES CONCORRENTES SOBRE OS ESCRITOS DE ARENDT ACERCA DO TRIBUNAL

Antes de concluir, gostaria de discutir várias interpretações conflitantes da análise de Arendt sobre a Suprema Corte americana. Opostamente ao argumento de Jean Cohen e Andrew Arato, Arendt não sugeriu que a Corte funcione como uma “assembleia constituinte” que reescreve a constituição como uma espécie de “constituição de juízes” (ARATO; COHEN 2009, p. 317). Embora eu tenha um profundo respeito pelo trabalho de Cohen e Arato, sua leitura de Arendt sobre o ponto é baseada em dois equívocos. Primeiro, Arato e Cohen citam erroneamente a referência que Arendt fez de Woodrow Wilson. Eles escrevem que Arendt cita Wilson para representar o Tribunal como “uma assembleia constituinte em sessão contínua”. E acrescentam sua leitura dessa citação para dizer que a Corte “[...] também seria um órgão capaz de usurpar a soberania” (ARATO; COHEN, 2009, p. 317). A citação não é o que Wilson disse e também não foi como Arendt o citou. Baseada em uma citação de Corwin, Arendt cita Wilson para dizer que a Corte é “uma espécie de Assembleia Constitucional em sessão permanente”.<sup>12</sup> A diferença entre uma “assembleia constituinte” e uma “assembleia constitucional” é importante.<sup>13</sup> Uma sessão

12 - Arendt também cita erroneamente a citação mencionada por Corwin. Corwin escreve que “De fato, por suas decisões que interpretam a Constituição, a Suprema Corte constantemente altera o efeito prático e sua aplicação. Como Woodrow Wilson apropriadamente colocou, com outras palavras, a Suprema Corte é ‘uma espécie de Convenção Constitucional em sessão contínua’ (CORWIN, 1958, p. 5). Claramente, Corwin não se referiu a Wilson para insinuar que o Tribunal redefine as características constitutivas da República americana. Pelo contrário, o Tribunal apenas a interpreta na aplicação da Constituição.

13 - Arato e Cohen parcialmente consertam a citação em uma edição posterior de seu artigo. Embora eles ainda falem de Arendt como alguém que apoie “uma constituição de juízes”, agora Arendt é citada mencionando Wilson dizendo que a Corte seria “uma espécie de assembleia constitucional em sessão permanente” (ARATO; COHEN 2010, p. 161). Enquanto a primeira parte da citação está corrigida, a segunda parte ainda está errada. Arendt escreveu: “sessão contínua”.

contínua, no primeiro caso, significa um projeto em andamento para redefinir os fundamentos da política (KALYVAS, 2008, p. 203, 229-30).<sup>14</sup> Isso iria contradizer bastante a visão de Arendt sobre a Constituição americana e a Corte como medidas de permanência e estabilidade (ARENDT, 1965, p. 228-29; SCHEUERMAN, 1997, p. 158).

Uma “assembleia constituinte” pré-data e antecede a ordem constitucional (ARENDT, 1958b, p. 199). Por essas razões, Arendt não enxergou o Tribunal como uma assembleia constituinte capaz de redefinir os princípios constitutivos da República americana. Antes, ela via uma continuação do esforço constitucional, da forma definida pelo espírito revolucionário. Arendt fala de uma “sessão contínua”, e não de uma “sessão permanente”, como Cohen e Arato equivocadamente a atribuem, uma vez que ela enxergava como papel do Tribunal o de proteger o ato original de fundação (SCHEUERMAN, 1997, p. 158).

Em segundo lugar, Arendt fala do Tribunal como “*uma espécie de Assembleia Constitucional*” (a ênfase é minha) quando ela tenta explicar a autoridade do Tribunal ou o status especial em relação à fundação. Essa representação está centrada na fonte de autoridade do Tribunal, e não na sua função, como Cohen e Arato enxergam. Segundo Arendt, a função do Tribunal deveria ser interpretar a Constituição de uma forma que garanta um fio contínuo da era fundadora, e não reescrever a Constituição (como implica a frase “constituição de juízes”, usada por Cohen e Arato).

Eu também me distancio parcialmente da leitura que William Scheuerman fez de Arendt sobre esse ponto. Depois de descrever a visão de Arendt sobre a autoridade da Corte como “hierárquica”, e não baseada na persuasão, Scheuerman explica que:

É difícil imaginar que status uma tal concepção de autoridade pode adequadamente possuir na política moderna, desencantada e democrática: particularmente em uma democracia, apenas argumentação e “persuasão” discursiva podem legitimamente justificar o exercício do poder do estado (SCHEUERMAN, 1997, p. 159).

Scheuerman acrescenta que o Tribunal pode ser visto como um garantidor das formas tradicionais de dominação política (SCHEUERMAN, 1997, p. 159). Arendt argumentaria que Scheuerman simplesmente falhou em compreender a essência da autoridade baseada na expertise. O traço central da autoridade baseada na expertise é o que Scheuerman vê como dominação ilegítima, enquanto Arendt admite que o significado de autoridade, da forma como ela utiliza a palavra, “[...] desapareceu do mundo moderno”. (ARENDT, 1958, p. 91). Ela escreve que “as velhas metáforas e modelos consagrados pelo tempo para relações autoritárias”, como as relações entre professores e alunos, “[...] perderam a plausibilidade”. (ARENDT, 1958, p. 92).

Scheuerman também argumenta que, no livro “Sobre a Revolução”, Arendt apresenta um quadro em que a “conversação constitucional” da Suprema Corte representa uma ampliação da “deliberação mútua”, básica para o próprio ato de fundação, enquanto no livro “O que é Autoridade?”, Arendt apresenta autoridade como sendo “incompatível com a persuasão” (SCHEUERMAN, 1997, p. 158). Como explicado acima, o modelo arendtiano de autoridade não muda em “Sobre a Revolução”, como é evidente no exemplo do professor e do aluno, que se encaixa nos seus escritos anteriores sobre autoridade.<sup>15</sup>

14 - É lamentável que Klyvas, que enfatiza a distinção entre poder “constitucional” e poder “constituente”, leia a citação de Arendt sobre Wilson como se ele estivesse dizendo que “o Tribunal é uma espécie de poder constituinte contínuo”, de uma maneira semelhante à equivocada leitura de Cohen e Arato (KALYVAS, 2008, p. 279). Isso o leva a atribuir inconsistências que não existem na análise de Arendt.

15 - Ver também Arendt, 1965, p. 279.

Christian Volk lê Arendt sob o prisma da “deshierarquização”, e enxerga o Tribunal como parte de tal aparelho (VOLK, 2015, p. 159; 177-80; 214-15; 225; 229; 244-48). Essa leitura tenta ajustar o pensamento de Arendt às tendências atuais de entender os Tribunais como instituições que aumentam a democracia deliberativa. Em sua opinião, em vez de ser um expert na linguagem jurídica, o Tribunal seria parte de um diálogo em andamento, de interpretação constitucional com outras instituições e com as próprias pessoas (KRAMER, 2004). Refletindo ou não a realidade, essa perspectiva é uma leitura equivocada de Arendt – pois falha por não levar a sério sua compreensão hierárquica da autoridade – e sobre sua ênfase no fato de que o Tribunal foi criado para manter a autoridade. Além disso, ao dizer que a autoridade do Tribunal reside em sua conexão com o momento fundacional e, nesse sentido, funcionaria como “um tipo de Assembleia Constitucional”, não significa que sua função atual inclua “mútua deliberação” com as pessoas. Em seu trabalho, o Tribunal não recria o momento fundador recriando uma “deliberação mútua” com o povo.

Um compromisso com o momento constituinte, em termos da teoria interpretativa da Corte, não significa que o Tribunal precise recriar um processo deliberativo em sua prática por causa da deliberação mútua, que possivelmente era prevacente durante o período fundacional. Aderir ao originalismo identitário como sistema interpretativo não implica a adoção do modelo de um diálogo entre o Tribunal e as pessoas no momento atual; na verdade, em alguns aspectos, seria até contraditório. Da mesma forma, contrariamente ao alegado por Scheuerman (1997, p. 160), o desânimo de Arendt presente na frase: “a constituição de especialistas sob a qual a Europa veio a viver depois da Primeira Guerra Mundial” (ARENDR, 1965, p. 144) não é contraditório, conferindo ao Tribunal a autoridade para manter a conexão com a fundação, com base em sua expertise interpretativa.

A noção sobre uma “constituição de especialistas” na Europa após a Primeira Guerra Mundial expressou a compressão de que o fracasso das constituições em proteger a democracia antes da Segunda Guerra, especialmente na República de Weimar, na Alemanha, foi o resultado de sua criação por especialistas sem o envolvimento e o apoio do público (FEUCHTWANGER, 1993, p. 39; ARENDR, 1965, p. 144-45).

O principal ponto de Arendt é o de que, nos EUA, o papel do Tribunal seria o de conectar a leitura atual da Constituição com o seu momento constituinte, um momento que capta a vontade do povo. Enquanto não procurar reescrever a Constituição, ou torná-la uma constituição de juízes ou experts, o Tribunal confia na sua expertise quando interpreta a Constituição para ligar a sua interpretação contemporânea com o momento fundacional.

## 6. CONCLUSÃO

A imagem da qual Arendt tinha pavor, em sua insistência sobre a necessidade de se separar poder e autoridade, era aquela em que a vontade do povo vagueia sem restrições e é capaz de definir e redefinir a fundação. Essa era a imagem da França sob Robespierre e, em certa medida, era a sua compreensão sobre a Alemanha nos primeiros anos de Hitler (BURNS, 1987, p. 175). Em comum com muitos de seus contemporâneos judeus que experimentaram o colapso da República de Weimar, Arendt estava preocupada com um cenário em que um presidente popular eleito reconstituiria as fundações do Estado, manifestando-se em nome de um mandato popular supos-

tamente superior como fonte de legitimidade (ARATO; COHEN, 2009, p. 313; VOLK, 2015, p. 167-72). Arendt fazia parte de um tendência geral da teoria do Estado alemão para se concentrar na questão da ordem política (VOLK, 2015, p. 15-16; 249). No entanto, Arendt temia um perigo específico: o poder ganhar autoridade.

A imagem que eu apresentei neste artigo foi a da autoridade judicial ganhando poder. O Tribunal – que fala em nome das fundações constitucionais – é agora compreendido como possuidor de apoio público como fonte de sua legitimidade. Ao invés de possuir “apenas expertise”, ele detém também “confiança pública”. Essa não foi uma imagem que Arendt imaginou, uma vez que a mensuração regular de apoio público ao Tribunal em pesquisas de opinião, que permitiram essa mudança, apenas tinha começado na época em que ela estava escrevendo. À primeira vista, esse desenvolvimento não apenas não parece perigoso, podendo até mesmo ser algo positivo. O ramo menos perigoso acabara de se tornar mais forte.

No entanto, sondando o argumento de Arendt, ele expõe um perigo: a corrupção da linguagem da autoridade, pois o poder afeta a Corte. Medir o desempenho dos médicos pela satisfação do paciente demonstrou o perigo de a disciplina médica ser exposta a corrupção. Da mesma forma, a linguagem jurídica da expertise corre o perigo de ser corrompida, pois a Corte compreende que sua legitimidade está baseada na confiança pública.

## REFERÊNCIAS

ARATO, A.; J. COHEN. Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt. **Constellations**, 16: 307-330, 2009.

ARATO, A.; J. COHEN. Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt. In: **Politics in Dark Times**. 137-171. Ed. Seyla Benhabib. Cambridge University Press: Cambridge, UK, 2010.

ARENDT, H. 1958a. What is Authority? In: **Between Past and Present: Eight Exercises in Political Thought**, Penguin: NY, 1977.

ARENDT, H. 1958b. **The Human Condition**. Chicago University Press: Chicago.

ARENDT, H. 1958-59. Reflections on Little Rock. In: **The Portable Hannah Arendt**. 231-46. Ed. Peter Baehr. Penguin: NY, 2000.

ARENDT, H. **On Revolution**. Penguin: London, UK, 1965.

ARENDT, H. **On Violence**. HBJ: San Diego, 1970.

ARENDT, H. Civil Disobedience. In: **Crises of the Republic**. New York: Harvest Book, 1972.

ARENDT, H. Home to Roost. In: **Responsibility and Judgment**. New York: Schocken, 2003.

ARENDT, H. **The Origins of Totalitarianism**. New York: Harvest Book, 1979.

BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

BASSOK, O. The Sociological-Legitimacy Difficulty. **Journal of Law & Politics**, 26: 239-72, 2011.

BASSOK, O. The Supreme Court's New Source of Legitimacy. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, 16: 153-198, 2013.

BASSOK, O. Interpretative theories as roadmaps to constitutional identity: The case of the United States. **Global Constitutionalism**, 4: 289-327, 2015a.

BASSOK, O. Constitutional Law: A Language of Expertise? **The Georgetown Law Journal**, Online 103: 66-77, 2015b.

BASSOK, O. The Supreme Court at the Bar of Public Opinion Polls. **Constellations**, 23: 573- 84, 2016.

BERGER, R. **Government by Judiciary**: The Transformation of the Fourteenth Amendment. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

BREYER, S. **Making Our Democracy Work**: a Judge's View. Alfred A. Knopf: New York, 2010.

BURNS, R. Hannah Arendt's Constitutional Thought. In: **Amor Mundi**: Explorations in the Faith and Thought of Hannah Arendt. 157-85. Ed. J.W. Bernauer. Martinus Nijhoff Publishers: Hingham, MA, 1987.

CORWIN, E.S. **The Constitution and What It Means Today**. Princeton University Press: Princeton, N.J, 1958.

FENTON, J.J., A.F. Jerant, K.D. Bertakis and P. Franks. 2012. The Cost of Satisfaction: A National Study of Patient Satisfaction, Health Care Utilization, Expenditures, and Mortality. 172 **Archives of Internal Medicine**, 172: 405-11.

FEUCHTWANGER, Edgar J. **From Weimar to Hitler**: Germany, 1918-33. Macmillan: Basingstoke, 1993.

FISS, O.M. The Supreme Court, 1978 Term, Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, 93: 1-58, 1979.

FISS, O.M. Two Models of Adjudication. In: **How Does the Constitution Secure Rights?**, 36-49. Eds. R.A. Goldwin and W. A. Schambra. American Enterprise Institute for Public Policy Research: Washington, 1985.



FRANK, J. **Constituent Moments**. Duke University Press: Durham and London, 2010.

GIBSON, J. L., G. CALDEIRA, and V.A. BAIRD. On the Legitimacy of National High Courts. **American Political Science Review**, 92: 343-58, 1998.

GOLDONI, M. C. McCorkingdale. The Role of the Supreme Court in Hannah Arendt's Political Constitution. In: **Hannah Arendt and the Law**, 117-32. Eds. M. Goldoni and C. McCorkingdale. Hart Press: Oxford, 2013.

GOTTSEGEN, M.G. 1994. **The Political Thought of Hannah Arendt**. State University of New York Press: Albany, N.Y, 2013.

HAMILTON A., J. MADISON, J. JAY. **The Federalist Papers**. Ed. Ian Shapiro. Yale University Press: New Haven, CT, 2009.

HOLMES, W., M.J., Britten N.M.R. **Influence of Patients' Expectations on Antibiotic Management of Acute Lower Respiratory Tract Illness in General Practice: Questionnaire Study**. *BMJ*. 315:1211-14, 1997.

KAHN, P.W. **The Reign of Law: Marbury v. Madison and the construction of America**. Yale University Press: New Haven, 1997.

KALYVAS, A. **Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt**. Cambridge University Press: Cambridge, 2008.

KARLAN, P.S. The Supreme Court, 2011 Term, Foreword: Democracy and Disdain. **Harvard Law Review**, 126: 1-71, 2012.

KLABBERS, J. Possible Islands of Predictability: The Legal Thought of Hannah Arendt. **Leiden Journal of international Law**, 20: 1-23, 2007.

KRAMER, L.D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford University Press: New York, 2004.

LARA, M.P. **The disclosure of politics: struggles over the semantics of secularization**. Columbia University Press: New York, 2013.

MARSHALL, T.R. **Public Opinion and the Rehnquist Court**. State University of New York Press: Albany, N.Y, 2008.

MCGINNIS, John O. & RAPPAPORT, Michael. "The Abstract Meaning Fallacy." **University of Illinois Law Review**, 2012: 737-82.

PHAM, HH., LANDON, BE., RESCHOVSKY, JD., Wu B., Schrag, D. Rapidity and Modality of



Imaging for Acute Low Back Pain in Elderly Patients. **Arch Intern Med**, 2012, 169(10): 972-81.

POST, R.C. **Democracy, Expertise, and Academic Freedom**. Yale University Press: New Haven, 2012.

PRICE, R.A. et al. Examining the Role of Patient Experience Surveys in Measuring Health Care Quality. **Med Care Res Rev.**, 71(5): 522-54, 2014.

SCHEUERMAN, W.E. Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, 10:141-61, 1997.

SCHOENFELDER, T. **Patient Satisfaction: A Valid Indicator for the Quality of Primary Care?** Primary Health Care 2:1000e106, 2012.

SITTON, John F. Hannah Arendt's Argument for Council Democracy. **Polity**, 20.1: 80-100, 1987.

SOLUM, Lawrence B. What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. In: Grant Huscroft & Bradley W. Miller (eds.) **The Challenge of Originalism**. New York: Cambridge University Press, 2011.

RICHMAN, B. On Doctors and Judges. **Duke Law Journal**, 58:1731-41, 2009.

VOLK, C. **Arendtian Constitutionalism: Law, Politics and the Order of Freedom**. Hart Press: Oxford, 2015.





# ARTIGOS



.....

# A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO DECISÓRIO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL)

.....

## THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE DECISION-MAKING PROCESS OF THE NATIONAL ELECTRIC ENERGY AGENCY (ANEEL)

Jose Domingos Lopes<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O desenho institucional da Agência Nacional de Energia Elétrica e os limites de sua autonomia decisória; 1.1 Formas de controle da autonomia decisória da Aneel em relação ao Executivo, Legislativo e Judiciário (*accountability* horizontal); 1.2 Mecanismos de participação da sociedade civil na ANEEL e Legitimidade decisória sobre o conteúdo da regulação (mecanismos deliberativos de *accountability* vertical); 2. A participação na esfera pública brasileira: o caso do processo regulatório do setor de distribuição de energia (condições de *accountability* deliberativa vertical na esfera pública); 3. Conclusão; Referências.

---

1 - Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP (2018). Pós-Graduação em Direito Público pela Universidade de Brasília (2014). Graduação em DIREITO pela Universidade de Brasília (2006). Atualmente é Procurador Federal - Procuradoria-Geral Federal, com atuação perante os Tribunais Superiores (STJ e STF). Tem experiência nas áreas de Direito Administrativo, Constitucional, Processual Civil, Previdenciário, Ambiental e Agrário.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objeto de estudo a legitimidade decisória na ação regulatória do Estado. Procura sustentar que, com a reforma do Estado na década de 90, constituiu-se no Brasil um novo modelo de Estado regulador. Esse novo modelo regulatório tem potenciais democráticos em relação ao modelo anterior, já que introduz, no sistema político, a partir de um ponto de vista jurídico, novos mecanismos de controle democrático (*accountability*) da ação regulatória do Estado. A mera existência de mecanismos de participação pública não torna a ação regulatória do Estado no Brasil mais legítima do que seria antes das reformas. Contudo, o fato de novos mecanismos decisórios terem sido institucionalizados, como audiências públicas e consultas públicas, abre um novo campo para pesquisas sobre a efetividade de tais mecanismos, dadas as condições nas quais o processo decisório sobre o conteúdo da regulação tem se dado. Buscou-se desenvolver um modelo para análise dos déficits e potenciais democráticos do novo Estado regulador no Brasil. Tal modelo adotou o conceito de democracia procedimental concebido por Habermas a partir do debate norte-americano sobre teorias da democracia (liberais e republicanos), que condicionam o debate sobre os modelos de Estado (liberal e regulador). A pesquisa empírica realizada demonstrou que os mecanismos de participação pública adotados na ANEEL têm um potencial democrático. Todavia, existem déficits democráticos, mas suscetíveis a correção por meio de ajustes jurídico-institucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Legitimidade Democrática. Agências Reguladoras. Mecanismos de Participação Pública.

**ABSTRACT:** The present study has as object of study the decision legitimacy in the regulatory action of the State and seeks to maintain that, with the reform of the State in the 90s, a new model of regulatory State was constituted in Brazil. This new regulatory model has democratic potentials in relation to the previous model, since it introduces, in the political system, from a legal point of view, new mechanisms of democratic control (*accountability*) of the State's regulatory action. The mere existence of public participation mechanisms does not make the State's regulatory action in Brazil more legitimate than it would have been before the reforms. However, the fact that new decision-making mechanisms have been institutionalized, such as public hearings and public consultations, opens up a new field for research on the effectiveness of such mechanisms, considering the conditions under which the decision-making process on the content of regulation has taken place. We sought to develop a model for analyzing the deficits and democratic potentials of the new Regulatory State in Brazil. This model adopted the concept of procedural democracy conceived by Habermas from the North American debate on theories of democracy (liberal and republican), which condition the debate on the models of the state (liberal and regulatory). The empirical research carried out demonstrated that the mechanisms of public participation adopted in ANEEL have a democratic potential. However, there are democratic deficits, which point to institutional problems that can be corrected through legal-institutional adjustments.

**KEYWORDS:** Democratic Legitimacy. Regulatory Agencies. Public Participation Mechanisms.

## INTRODUÇÃO

No presente estudo, analisaremos o processo decisório da Agência Nacional de Energia Elétrica, tendo como pano de fundo os conceitos de democracia procedimental e o papel do Direito na sua relação com a Política, tal como formulados por Habermas. O objetivo dessa análise será avaliar as condições e o grau de legitimidade democrática da atuação regulatória das agências no contexto do chamado novo Estado regulador, considerando o desenho institucional das agências e seus procedimentos decisórios, como órgãos colegiados dotados de independência decisória. Nesse modelo institucional, exige-se, sob o ponto de vista normativo, a fundamentação racional das decisões e se prevê a possibilidade de participação do cidadão na formulação do conteúdo da regulação, por meio dos instrumentos apropriados.

Nesse sentido, buscaremos aquilatar em que medida os mecanismos de consultas públicas e audiências públicas adotados pelas Agências Reguladoras no Brasil podem ser tomados como a garantia de legitimidade do conteúdo da regulação. A adoção desses mecanismos de participação social na tomada de decisão reforça a legitimidade democrática e a autonomia das Agências Reguladoras?

Acreditamos que, à medida que se incrementa a participação da sociedade civil na tomada de decisão política, da qual resulta o poder normativo, mais as agências reguladoras se legitimam sob o aspecto democrático.

Não se desconhece que, no Brasil, os modelos de análise desse fenômeno têm se concentrado apenas na sua dimensão jurídico-formal – as posições têm sido adotadas com base num exame de adequação aos princípios constitucionais (legalidade e separação clássica de poderes) – e partem de conceitos demasiadamente simplificados de *legitimidade democrática*. É dizer, o debate predominante na doutrina brasileira sobre o modelo de agências reguladoras independentes tem buscado explicar a legitimidade democrática dessas instituições, baseando suas análises na chamada teoria da “correia de transmissão” da legitimidade democrática,<sup>2</sup> segundo a qual “os peritos” simplesmente especificam as determinações contidas na lei, sem capacidade normativa para inovar na ordem jurídica (limites do poder normativo).

No entanto, tais análises são insuficientes, a nosso ver, para compreender a complexidade do funcionamento do Estado regulador e, principalmente, as condições de legitimidade de processos decisórios sobre a formulação de políticas públicas, pois são modelos de explicação ainda presos a um paradigma liberal de direito e a uma concepção clássica e, por isso, limitada, do princípio da separação de poderes. Ademais, tais modelos são focados apenas em análises de adequação lógico-formal de normas a um ordenamento jurídico hierarquicamente constituído e ignoram uma realidade que se impõe: o fato de que os reguladores, efetivamente, *fazem* leis.

Assim, na dimensão jurídico-formal, a fonte de legitimidade da ação regulatória do Estado continua sendo a lei setorial aprovada pelo Congresso, ao passo que, na dimensão política (Ciência Política), a fonte de legitimidade democrática das políticas formuladas pelas agências reguladoras deixou de ser apenas os interesses e as decisões do Presidente e dos parlamentares eleitos.

2 - Para uma análise deste ponto, ver: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 75; e STEWART, Richard B. *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev. 1667, 1671-88 (1975).

Nesses modelos de análise predominantes na doutrina brasileira, a *accountability*<sup>3</sup> é pensada apenas como controle de eficiência da Administração (em termos de controle de resultados), centrada no processo eleitoral (*accountability vertical*) como forma de responsabilização ou numa relação de freios e contrapesos entre os três Poderes, entendida de forma demasiadamente mecânica e estática (*accountability horizontal*).

No presente estudo, busca-se abordar a questão da legitimidade de atuação das agências reguladoras na perspectiva da teoria da democracia de Habermas, a partir do entendimento de que o sistema jurídico somente é capaz de garantir a realização adequada de sua função de complementação do poder político quando traz consigo uma presunção de legitimidade derivada, em última análise, da força (ilocucionária) socialmente integradora da ação comunicativa (HABERMAS, 2003). Por outras palavras, o fundamento legítimo da autoridade do direito depende da ligação das normas jurídicas com as condições de sua elaboração, em sede de um processo democrático juridicamente institucionalizado, que, presumivelmente, viabiliza o exercício da autonomia política dos cidadãos.

A teoria democrática de Habermas defende que, no Estado Democrático de Direito, a origem dos direitos é explicada pela participação comunicativa dos cidadãos, com iguais liberdades subjetivas na formação do direito, que, por sua vez, deverá reservar espaço para um exercício discursivo de autonomia política. Há, assim, uma necessidade imperiosa de legitimação do Direito.

É nessa perspectiva da necessidade imperiosa de legitimação do Direito que o problema da *legitimidade decisória da ação regulatória do Estado* será encarado. O estudo desse problema se pautará pelo modelo procedimental de democracia desenvolvido por Jürgen Habermas no plano da Filosofia Política e da Teoria do Direito, com ênfase especialmente na ação regulatória do chamado novo Estado regulador, que se formou no Brasil a partir da década de 1990. O modelo de democracia procedimental concebido por Habermas permite, conforme procuraremos demonstrar neste estudo, uma abordagem nova e sofisticada dos *déficits* e potenciais democráticos da ação regulatória do Estado.

Esse modelo habermasiano incumbe ao Direito uma dupla função: por um lado, o Direito institui e garante, no interior do sistema jurídico, mecanismos de participação pública e deliberação; por outro, o Direito serve como ponte, mediante procedimentos, entre a esfera pública e o sistema político institucionalizado, para que demandas de grupos que se formam na sociedade civil sejam levadas para o interior do sistema político, regulando, assim, a transformação do poder comunicativo em administrativo.

Nesse contexto, faz-se necessário, por um lado, dar sentido às garantias constitucionais de liberdade de opinião, de reunião, de associação, e de obter informações; à existência de mecanismos de participação pública e de deliberação institucionalizados juridicamente e às condições de deliberação pública sobre o conteúdo de normas. Por outro lado, é imperioso analisar o grau de atividade de atores relevantes, não restritos apenas a representantes de empresas reguladas, que possam se utilizar dessas garantias e procedimentos para influenciar a opinião pública e a formação do conteúdo da regulação. É nesse segundo sentido que o Direito contribui para que a esfera pública seja uma *caixa de ressonância* no debate público sobre questões relevantes em matéria de políticas públicas.

3 - O termo *accountability* pode assumir outros significados, mas aqui é usado para qualificar formas de *controle democrático*.

No debate norte-americano sobre teorias da regulação econômica, dois conjuntos de teorias podem ser identificados: a teoria do interesse público (*normative positive theories*) e as teorias da captura e da escolha pública (*capture theories e public theories*), sendo que as teorias da captura e da escolha pública se inserem no contexto mais amplo do debate teórico sobre *rational choice*. Neste estudo, interessa-nos a análise apenas da *teoria da captura*, tal como formulada pelos teóricos da Escola de Chicago, cujo maior expoente foi George Stigler com sua obra “*The Theory of Economic Regulation*”, de 1971.

A teoria da escolha racional defende a ideia de que todo comportamento social é concebido como agir estratégico, podendo ser explicado como resultado de um cálculo egocêntrico de possíveis vantagens. Na síntese de Habermas (1997, v. 2, p. 68), “O acordo racional passa a significar o mesmo que ‘bargaining’ – a barganha ou negociação de compromissos”.

A teoria da captura formulada por Stigler (1971), baseada na teoria da escolha racional, preceitua que o conteúdo da regulação estabelecida pelas agências reguladoras é fruto de um processo de oferta e demanda por regulação. Nesse sentido, uma vez que existem agências reguladoras e que a política não pode ser afastada da burocracia estatal, ainda que esta seja integrada apenas por tecnocratas com garantias de independência decisória, os agentes econômicos buscam realizar seus interesses privados, com a maximização do seu bem-estar econômico, mediante a obtenção de vantagens competitivas. Assim, para Stigler, o conteúdo da regulação econômica nasce capturado pelos grupos de interesse que venceram a disputa na barganha por regulação ao longo do processo decisório interno às agências, permitindo-se concluir que agências reguladoras independentes não seriam, portanto, por princípio, independentes.

Contudo, no entender de Habermas, o processo político envolve muito mais do que compromissos baseados em ameaças por parte dos agentes que competem estrategicamente por influência na arena política. Nesse sentido, a posição de Elster sobre funcionamento do processo político parece ser útil para Habermas no seu propósito de passar da teoria da escolha racional para a teoria do discurso.

Portanto, a ação de grupos de interesses é pressuposta no modelo de democracia procedimental de Habermas (não nega que as pessoas agem estrategicamente buscando a maximização de seus interesses privados). Porém, a garantia de que interesses privados dos grupos mais privilegiados não prevaleçam sobre os interesses de grupos menos privilegiados reside exatamente no aperfeiçoamento e no controle, por meio do Direito, dos mecanismos de participação pública, que possibilitam às partes afetadas registrarem seus argumentos nos procedimentos decisórios sobre o conteúdo da regulação.

Nesse contexto, o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação pública e das formas de controle de sua observância integra o processo de democratização das instituições públicas e, dessa forma, é condição para a legitimidade do conteúdo da regulação estabelecido por agências reguladoras.

As vantagens do modelo habermasiano decorrem do fato de Habermas trabalhar com um conceito duplo de racionalidade: a racionalidade instrumental (com vistas a fins predefinidos), que permitiria, em certa medida, incorporar o debate sobre organização e ação de grupos de interesse, que atuam segundo uma racionalidade estratégica dirigida a fins, e a racionalidade comunicativa

(com vistas ao entendimento), que permitiria avaliar a atuação de grupos de interesses na esfera pública segundo outra perspectiva que não a egoística, e é exatamente nesse ponto que a avaliação das condições de participação pública se afigura relevante.

Assim, o principal passo dado por Habermas nesse debate foi introduzir a racionalidade comunicativa (com vistas ao entendimento) como fator que coexiste com a racionalidade instrumental (dirigida a fins). Com isso, preferências podem ser alteradas mediante deliberação, e o conteúdo da regulação não é resultado necessariamente de um processo de disputa no jogo de barganha para influenciar a decisão sobre políticas públicas.

Ainda considerando as contribuições da teoria habermasiana ao debate sobre terias da regulação, é importante destacar que a noção de legitimidade introduzida por Habermas é substantiva (não formal) e permite avaliar não apenas se procedimentos decisórios existem e são utilizados, mas em que condições o conteúdo de políticas públicas pode ser efetivamente influenciado por atores que se organizam na sociedade civil e debatem elementos formadores de tais políticas na esfera pública.

O estudo do modelo de agências reguladoras que será desenvolvido no presente trabalho se dará em duas partes. Na primeira parte, serão descritos os mecanismos juridicamente institucionalizados de influência política sobre a formulação do conteúdo da regulação na ANEEL, criada no contexto do novo Estado regulador. Nessa parte, iremos: (a) descrever o desenho institucional da ANEEL e sua relação com a administração direta (Poder Executivo), com o Poder Legislativo e com o Judiciário, apontando as condições de autonomia decisória do órgão regulador; e (b) descrever os mecanismos de participação pública existentes no arcabouço normativo estabelecido para a regulação do setor de energia elétrica.

Na segunda parte, serão descritos e analisados os resultados da pesquisa empírica realizada, buscando-se identificar (a) o perfil dos autores que usam os mecanismos de participação pública para influenciar o processo decisório sobre o conteúdo da regulação na ANEEL; (b) o grau de incorporação de interesses manifestados no conteúdo das normas editadas pela ANEEL; e (c) a existência ou não de justificativas do órgão regulador para eventualmente incorporar interesses x ou y no conteúdo da regulação.

A escolha do setor de energia elétrica como referencial do presente estudo se deu, em primeiro lugar, pelo fato de eu exercer o cargo de Procurador Federal e atuar na defesa da ANEEL há mais de seis anos e, nessa condição, verificar que poucas demandas relativas aos mecanismos de participação pública dos cidadãos, como consultas públicas e audiências públicas, chegam ao Poder Judiciário.

Em segundo lugar, a escolha da ANEEL como objeto de análise baseia-se no fato de que a energia elétrica se constitui no serviço público de maior alcance na sociedade, afetando todos os segmentos, desde grupos de interesses mais fortes até consumidores residenciais. O setor elétrico também ostenta grande relevância política para o Poder Público, devido à proporcionalidade entre o número total de consumidores e o número de eleitores.<sup>4</sup> Portanto, audiências públicas e consultas públicas se constituem em espaço de articulação e interação entre os mais diversos interesses.

4 - Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (IBGE), 99% da população no Brasil tem acesso à energia elétrica (informações obtidas no site: <https://indicadoresods.ibge.gov.br/objetivo7/indicador711>).

Não se pretende, com a análise do caso ANEEL, estabelecer conclusões acerca do funcionamento de todas as agências reguladoras independentes, até porque, para esse propósito, seria necessário um estudo comparativo entre os processos decisórios de cada uma das agências criadas no âmbito do novo Estado regulador.

No entanto, entende-se que o estudo do caso ANEEL permite chegar a conclusões sobre: (i) o grau de autonomia decisória da agência e as condições de controle democrático de sua atuação em face dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (accountability horizontal); (ii) a efetividade dos mecanismos de participação pública na ANEEL, em termos de condições de deliberação sobre o conteúdo da regulação (mecanismos deliberativos de accountability vertical); e as condições de participação de grupos de interesse na formulação do conteúdo da regulação (condições de accountability deliberativa vertical na esfera pública).

Acredita-se que este estudo contribuirá para a avaliação do potencial democrático da ANEEL como uma agência reguladora criada no âmbito da reforma do Estado dos anos 90. Paralelamente, fornecerá elementos para se pensar, a partir da perspectiva teórica da democracia procedimental, as condições de legitimidade democrática do conteúdo da regulação no contexto do novo Estado regulador no Brasil.

Dessa maneira, pretende-se contribuir com uma nova abordagem no campo do Direito e da Política acerca da legitimidade do conteúdo das normas editadas no seio da burocracia estatal, mediante delegação legislativa, no contexto do Estado regulador. Para atingir esse objetivo, procurou-se desenvolver um instrumental analítico que permitisse aquilatar, por um lado, o desenho institucional de órgãos reguladores e procedimentos decisórios e, por outro, as condições de participação pública de grupos de interesse na esfera pública. Essas análises permitem identificar as condições de deliberação pública sobre o conteúdo de políticas públicas em órgãos reguladores.

## **1. O DESENHO INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E OS LIMITES DE SUA AUTONOMIA DECISÓRIA**

Do ponto de vista jurídico-formal, o processo decisório sobre o conteúdo de políticas públicas passou, no contexto das reformas do Estado dos anos 90, a ser caracterizado pela: a) autonomia decisória do órgão regulador; b) institucionalização de órgãos colegiados que deliberam sobre a formação do conteúdo normativo; c) ausência ou precariedade de mecanismos institucionalizados de accountability horizontal ao Poder Legislativo; d) institucionalização de canais de participação pública de setores da sociedade civil no processo decisório; e) dissolução de mecanismos institucionalizados de organização dos interesses de grupos predeterminados na burocracia estatal.

O desenho institucional da ANEEL insere-se nesse contexto. Assim, a agência é um órgão dotado de capacidade normativa de conjuntura, mediante delegação legislativa prevista em lei, com autonomia decisória na definição do conteúdo regulatório relativo à prestação de serviços de energia elétrica. Todavia, tal autonomia pode ser limitada e controlada por mecanismos juridicamente institucionalizados de accountability horizontal e de accountability vertical.

## 1.1 Formas de controle da autonomia decisória da Aneel em relação ao Executivo, Legislativo e Judiciário (accountability horizontal)

A autonomia decisória da ANEEL decorre principalmente da impossibilidade de demissão dos membros dos órgãos colegiados que compõem o órgão regulador, da existência de orçamento próprio aprovado pelo Congresso Nacional, desvinculado do orçamento dos Ministérios, e da impossibilidade de revisão administrativa das decisões por membros do Poder Executivo hierarquicamente superiores (Ministro de Estado e Presidente da República). As decisões de seus órgãos colegiados só podem ser revistas pelo Poder Judiciário, por força de garantia constitucional.

Assim, para compreender as condições institucionais de autonomia decisória da ANEEL e sua relação com os Poderes da República (em especial com a administração direta), faz-se necessário analisar o desenho institucional da agência, especialmente quanto ao órgão colegiado, que tem função administrativa de definição do conteúdo de normas, bem como quanto às garantias institucionais de accountability horizontal da atuação da agência.

Nesse sentido, verifica-se que a Diretoria, órgão de estrutura colegiada, é responsável pela tomada de decisões na agência, sendo composta por 5 (cinco) membros (um Diretor-Geral e quatro Diretores), escolhidos e nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de 4 (quatro) anos,<sup>5</sup> após aprovação pelo Senado Federal.<sup>6</sup>

À Diretoria da ANEEL compete, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, as matérias de competência da Autarquia, competindo-lhe ainda o planejamento estratégico da agência; as políticas administrativas internas e de recursos humanos e seu desenvolvimento; e a nomeação, exoneração, contratação e promoção de pessoal, nos termos da legislação em vigor.<sup>7</sup>

A ANEEL exerce as seguintes funções: (i) *executiva*; (ii) *adjudicatória*; (iii) *normativa*.<sup>8</sup>

Tendo em vista que o propósito do presente trabalho se assenta em estudar as condições de legitimidade sobre a formulação do conteúdo da regulação, a análise aqui empreendida está focada essencialmente no exercício da função normativa.

A atribuição para definir a Política Nacional de Energia Elétrica cabe aos Poderes Executivo (no exercício de capacidade normativa de conjuntura) e Legislativo (por meio de lei). Traçando um rol de competências da ANEEL, a Lei nº 9.427/96 dispõe que a ela (agência) cumpre implementar a Política Nacional de Energia Elétrica.<sup>9</sup> Assim, a execução das políticas governamentais para o setor elétrico é competência da ANEEL, que deve especificar o conteúdo dessas políticas públicas. Isso porque tais políticas governamentais (definidas via decretos presidenciais)

5 - Exceto o primeiro quadro de diretores, cujos mandatos foram de 3 (três) anos, conforme art. 29, da Lei 9.427/96.

6 - Cf. art. 5º da Lei 9.427/1996.

7 - Cf. art. 8º do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997.

8 - Conferir o art. 3º da Lei 9.427/96.

9 - Cf. art. 3º, inciso I, da Lei 9.427/96.

contêm, em geral, diretrizes, princípios e objetivos gerais. Quando isso ocorre, é o órgão regulador que define o conteúdo de normas específicas.

A Lei 9.427/96 estabeleceu, em seu art. 7º, caput, que

A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.

E esse contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas Energia e da ANEEL ao Tribunal de Contas da União, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal, cuja consequência será o julgamento das contas com ressalvas.<sup>10</sup> “O contrato de gestão será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros.”<sup>11</sup>

À exceção da Lei Geral de Telecomunicação (Lei nº 9.472/1997), em nenhuma das outras leis setoriais que institucionaliza o modelo de agências reguladoras independentes no Brasil, há previsão de prestação de contas obrigatória ao Poder Legislativo, o que ocorreu também em relação à lei que instituiu a ANEEL. Porém, nada impede que esse controle se dê de forma indireta, mediante atuação do Tribunal de Contas da União – TCU ou solicitação de prestação de contas pelo Congresso, sem, no entanto, obrigatoriedade de comparecimento de representantes das agências reguladoras (cf. arts. 49, X, 50, 70, e 71 da CF). O fato de a prestação de contas obrigatória não ter sido prevista na lei que instituiu a ANEEL gera *déficit* nas condições de controle por parte do Legislativo, considerando os limites atuais desse sistema de controle indireto.

O princípio constitucional da publicidade é inerente ao exercício da função administrativa.<sup>12</sup> O Decreto nº 2.335/1997, que constitui a ANEEL, estabelece, em seu art. 22, que “O processo decisório da ANEEL obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, ampla publicidade e economia processual”. Assim, o princípio da publicidade foi previsto como um vetor do processo decisório no âmbito da ANEEL.

O §1º do art. 22 do Decreto nº 2.335/1997 também enfatiza o princípio da publicidade no processo decisório da ANEEL, ao estabelecer que:

As reuniões da Diretoria da ANEEL que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos do setor de energia elétrica e entre esses e consumidores, assim como a julgar infrações à lei e aos regulamentos, poderão ser públicas, a critério da Diretoria, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de obter as respectivas transcrições.

10 - Cf. § 1º do art. 7º, da Lei 9.427/96.

11 - Cf. § 3º do art. 7º, da Lei 9.427/96.

12 - Cf. Constituição Federal de 1988, art. 37, *caput*.

Nesse contexto, cumpre destacar a existência, no âmbito da ANEEL, da chamada “*Reunião Pública da Diretoria*”, uma sessão solene do processo decisório da agência e na qual são deliberados os processos que envolvam interesses dos agentes do setor elétrico e dos consumidores. A reunião, aberta ao público, ocorre em Brasília (DF), na sede da ANEEL, e é transmitida ao vivo no Portal da agência. Desde que previamente identificada, é assegurado a qualquer pessoa o direito de acesso e presença no lugar designado para a realização da Reunião Pública da Diretoria. Os interessados poderão se inscrever para se manifestar durante a Reunião, pedir preferência na ordem de julgamento ou destacar algum processo do Bloco da Pauta.<sup>13</sup>

A publicidade nos processos deliberativos internos ao órgão regulador é um elemento importante para viabilizar a *accountability horizontal* da agência. A publicidade é garantia de que representantes da administração direta e do Poder Legislativo, bem como atores ligados aos meios de comunicação de massa (imprensa), obtenham informações sobre o que está sendo deliberado pela Diretoria do órgão e repercutam tais informações nos canais de circulação do poder político.

A publicidade nos processos deliberativos é igualmente importante para a participação pública de outros atores no uso de mecanismos deliberativos de *accountability vertical*, conforme se mostrará a seguir.

No tocante ao critério para tomada de decisões, segundo o disposto no art. 8º, §3º, do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997, a Diretoria reunir-se-á com a presença de, pelo menos, três Diretores, dentre eles, o Diretor-Geral ou seu substituto legal, e deliberará com, no mínimo, três votos favoráveis.

No que se refere ao dever de fundamentar as decisões, observa-se que a Lei nº 9.784/1999<sup>14</sup> determina que a autoridade administrativa está obrigada a indicar os motivos e a motivação que ensejaram a tomada de qualquer decisão tomada no curso do processo.<sup>15</sup> A motivação deve ser explícita, clara e congruente, conforme determina o § 1º do art. 50 da referida lei.

No âmbito da ANEEL, o dever de fundamentar as decisões está previsto no art. 27 da Resolução Normativa nº 273/2007, segundo o qual “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que os justifiquem”, sendo que essa motivação deve ser explícita, clara e congruente, conforme determina o § 1º do referido art. 27.

A motivação das decisões da Diretoria é elemento fundamental para a *accountability horizontal* do órgão regulador. Isso tanto para informar a prestação de contas da agência ao Poder Executivo (administração direta) e ao Poder Legislativo quanto para tornar possível o controle judicial de suas decisões por meio da interposição de recursos.

13 - Cf. Arts. 16 e 19 da Resolução Normativa nº 698/2015.

14 - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

15 - “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;”9 - Cf. art. 3º, inciso I, da Lei 9.427/96.

Na Resolução Normativa nº 273/2007 da ANEEL, em consonância com a legislação que regula o processo administrativo federal, o meio de impugnação das decisões tomadas pela agência é o recurso à autoridade imediatamente superior àquela que praticou o ato, sendo a Diretoria a instância máxima recursal, exceto para decisões relativas à proteção da ordem econômica, “(...) que obedecerão a procedimento estabelecido em Resolução própria e terão como instância administrativa máxima o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”.<sup>16</sup> “Somente contra as decisões adotadas pela Diretoria em única instância caberá pedido de reconsideração, distribuindo-se os autos a novo relator”.<sup>17</sup>

Ainda nessa esteira, destaque-se que “Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão recorrida, o Diretor-Geral poderá, de ofício ou a pedido, conceder efeito suspensivo ao recurso.”<sup>18</sup>

A via recursal na esfera administrativa é uma garantia processual ao contraditório e à ampla defesa de interesses em processos administrativos. A ausência de recurso administrativo hierárquico ao Ministro de Estado ou ao Presidente da República impede, por um lado, que haja mais uma instância recursal, ao mesmo tempo em que impede a revisão dos atos do órgão regulador pela administração direta. Por outro lado, permite que a Diretoria seja um espaço institucional dotado de conhecimentos técnicos específicos na burocracia estatal para dirimir conflitos no setor regulado. Isso propicia, em princípio, que o órgão regulador dê respostas mais rápidas e qualificadas aos conflitos, reduzindo os riscos de uma decisão morosa e possivelmente sem o mesmo embasamento técnico em outras instâncias recursais da burocracia estatal.

De qualquer modo, é sempre garantido, por força constitucional, recorrer ao Poder Judiciário, seja de decisão em procedimento adjudicatório e em procedimento sancionatório, seja de decisão em procedimento normativo. Em todos os casos, ainda que se trate de normas editadas pela agência, o controle pelo Poder Judiciário é possível.

Não cabe, no presente estudo, analisar com profundidade o papel do Judiciário na *accountability horizontal* da atuação das agências reguladoras. No entanto, é um dos poderes que pode garantir: a) que procedimentos administrativos sejam corretamente utilizados pelo órgão regulador (garantias procedimentais); b) que o conteúdo de decisão administrativa (especialmente o conteúdo da regulação, foco de preocupação do presente trabalho) possa ser questionado, caso beneficie, sem justificativa racional (substantiva), determinado grupo de interesse em detrimento de outro.

Nessa última hipótese, o Judiciário analisaria o mérito das decisões administrativas que definem o conteúdo de normas, porém, sem poder substituir o conteúdo por meio de sua decisão. Seria, assim, uma análise substantiva de adequação de justificativas sobre a motivação do ato em relação aos efeitos produzidos ou almejados sobre os agentes afetados, considerando os limites constitucionais e legais. Desse modo, não seria um controle da adequação do conteúdo da regulação a conceitos genéricos, como “interesse público” (MATTOS, 2017).

16 - Cf. art. 42 da Resolução Normativa nº 273 de 10/07/2007 da ANEEL.

17 - Cf. art. 50 da Resolução Normativa nº 273 de 10/07/2007 da ANEEL.

18 - Cf. art. 47, § 1º, da Resolução Normativa nº 273 de 10/07/2007 da ANEEL.



## 1.2 Mecanismos de participação da sociedade civil na ANEEL e legitimidade decisória sobre o conteúdo da regulação (mecanismos deliberativos de accountability vertical)

As garantias fundamentais de liberdade de associação, de opinião e de reunião, assim como os direitos de representação coletiva, de acesso à informação e de participação foram assegurados na Constituição Federal brasileira de 1988. A Emenda Constitucional nº 19/1998 conferiu nova redação ao § 3º do art. 37 da Constituição Federal, para estabelecer expressamente que “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”.

Nos normativos que disciplinam a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica, há previsão de quatro mecanismos de participação: a) *Audiências Públicas*; b) *Consultas Públicas*; c) *Reunião Pública da Diretoria*; e d) *Ouvidoria*.

A Audiência Pública é um instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição de atos administrativos ou proposta de anteprojeto de lei. Assim, no âmbito da ANEEL, o processo decisório que, mediante projeto de lei ou por via administrativa, afetar os direitos dos produtores ou dos consumidores deve ser precedido de uma audiência pública convocada pela própria agência. Desse modo, uma ampla gama de matérias é submetida a esse mecanismo de participação social, havendo certa estabilidade, já que sua existência e manutenção são previstas em lei.<sup>19</sup>

As audiências públicas constituem-se numa preocupação com o procedimento regulatório, de sorte que propiciam a participação da sociedade no processo decisório da agência. Dessa forma, a partir do relacionamento direto com os grupos da sociedade e da possibilidade de efetiva influência de tais atores no resultado final da regulação, as audiências públicas passam a funcionar como uma arena de ação de interesses da sociedade e, exatamente por isso, foram escolhidas como o foco deste trabalho.

A Audiência Pública será realizada por Intercâmbio Documental, ou seja, receberá contribuições por escrito ou, se assim deliberar a Diretoria da ANEEL, terá uma Sessão ao Vivo-Presencial. Se houver Sessão ao Vivo-Presencial, “(...) os participantes, devidamente inscritos, podem se manifestar de viva voz, apresentando contribuições sobre a matéria em pauta, bem como comentar sobre contribuições já encaminhadas”.<sup>20</sup>

No primeiro caso, apenas o envio de documentos é realizado, não havendo participação presencial nem exposições. No segundo caso, além da participação presencial, é permitido o envio de contribuições por meio documental. Após a realização da audiência (ambos os tipos), a ANEEL expede um relatório de análise no qual são divulgadas as contribuições aceitas, aceitas parcialmente e as rejeitadas, apresentando justificativas.

A Audiência Pública tem por objetivos: 1) obter subsídios para o processo decisório da ANEEL; 2) propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminharem seus

19 - “Art. 4º (...) § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”. Cf. Art. 42, § 3º, Lei nº 9.427/1996.

20 - Cf. arts. 15 a 22 da Resolução Normativa da ANEEL nº 273, DE 10 DE JULHO DE 2007.

pleitos, opiniões e sugestões; 3) identificar, de forma ampla e democrática, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da Audiência Pública; 4) dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.<sup>21</sup>

A Consulta Pública é um instrumento administrativo de competência dos líderes das Unidades Organizacionais da ANEEL para apoiar as atividades de formulação ou aperfeiçoamento de regulamentos, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, com o objetivo de colher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes à matéria em questão.<sup>22</sup>

A Consulta Pública pode ser realizada por meio de Intercâmbio Documental ou, ainda, contar com a realização de uma Sessão ao Vivo-Presencial, para a manifestação de viva voz dos interessados. O processo e as formas de participação em Consulta Pública são idênticos ao aplicado na Audiência Pública.<sup>23</sup>

Embora a Consulta Pública também seja um mecanismo de participação pública direta, pode-se dizer que a Audiência Pública é o principal mecanismo destinado ao engajamento da sociedade no processo decisório da ANEEL, com vistas à definição do conteúdo da regulação. E isso porque, além de ser um instrumento de “*ampla consulta à sociedade*”, abrange qualquer “*processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL*”<sup>24</sup>. Trata-se, portanto, de um relevante instrumento de apoio ao processo decisório da agência.

Além disso, nem na lei que institui a ANEEL (Lei nº 9.427/1996) nem no Decreto que institui o seu Regimento Interno (Decreto nº 2.335/1997), há previsão das consultas públicas como mecanismo de participação pública. Tal previsão encontra-se na Resolução Normativa da ANEEL nº 273/2007. Todavia, o seu fundamento legal é a lei que regulamenta o processo administrativo federal (Lei nº 9.784/1999), que prevê a realização de consultas públicas, limitando-se, porém, aos casos de processos administrativos para a resolução de conflitos e apenas quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral.<sup>25</sup>

De toda sorte, as consultas públicas vêm sendo realizadas pela ANEEL com bastante frequência, sendo que, como já ressaltado, seu processamento e formas de participação social são idênticos aos da Audiência Pública.

Cumprido destacar ainda a existência de outro mecanismo de participação pública direta, que é a chamada *Reunião Pública da Diretoria*, cujo objeto e formas de funcionamento já foram especificados acima.

---

21 - Cf. art. 21 do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997.

22 - Cf. art. 22 da Resolução Normativa da ANEEL nº 273, DE 10 DE JULHO DE 2007.

23 - Cf. art. 24 da Resolução Normativa da ANEEL nº 273, DE 10 DE JULHO DE 2007.

24 - Cf. art. 21 do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997.

25 - Cf. Art. 31 da Lei nº 9.784/1999.



Por fim, cabe mencionar também que a Lei nº 9.427/1996 prevê, em seu art. 4º, §1º, a institucionalização da *Ouvidoria*, mecanismo de participação pública indireta que pode influenciar, em certa medida, o processo decisório da agência sobre a edição de normas.

## **2. A PARTICIPAÇÃO NA ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA: O CASO DO PROCESSO REGULATÓRIO DO SETOR DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA (CONDIÇÕES DE *ACCOUNTABILITY DELIBERATIVA VERTICAL* NA ESFERA PÚBLICA)**

O desenvolvimento da presente pesquisa, baseado na análise do material empírico desta fase de investigação, foi estruturado em cinco fases: a) seleção de audiências públicas; b) identificação dos atores; c) análise da incorporação das sugestões manifestadas ao texto final da norma; d) consolidação dos dados obtidos em uma base de dados; e e) análise quantitativa dos dados a partir da base de dados.

Para atingimento dos objetivos propostos neste estudo, analisou-se as audiências públicas realizadas e encerradas pela ANEEL, entre 2009 e 2018, ou seja, um período de 10 (dez) anos, sobre o tema *distribuição de energia* e questões correlatas, cujo objetivo era a edição de alguma espécie normativa destinada a regular esse setor.

A escolha do período de 10 (dez) anos se deu em razão da necessidade de se abarcar uma maior quantidade de audiências públicas realizadas e já encerradas que versassem sobre o tema *distribuição de energia* e cujo resultado final tenha levado à expedição de alguma norma, de modo a retratar com maior fidedignidade o fenômeno da participação pública no processo regulatório da ANEEL.

Além disso, a escolha do período de uma década (2009 a 2018) também se justifica pela necessidade de a análise abarcar os diferentes governos que se sucederam no tempo e eventualmente captar mudanças de rumos no tocante à regulação do setor elétrico, considerando que cabe ao Governo Federal definir as políticas e diretrizes gerais para esse setor.

A escolha das audiências públicas está fundada no fato de estas serem espaços de atuação de interesses abertos à sociedade. Além disso, por meio do instituto das audiências públicas, há a efetiva possibilidade de alteração do resultado final do conteúdo regulatório e, também, dada a transparência de seus procedimentos, torna-se factível a análise de um fenômeno de difícil mensuração, que é a atuação de grupos de interesse no processo de formulação de políticas.

A opção pelo setor de *distribuição de energia* como objeto de análise se justifica pelo fato de a energia elétrica consistir no serviço público de maior alcance na sociedade, afetando todos os segmentos, desde grupos de interesses mais fortes até consumidores residenciais, abarcando, assim, a maior quantidade desses atores, conforme já mencionado acima.

Assim, foram selecionadas para análise as seguintes audiências públicas realizadas e concluídas: 001/2009; 010/2009; 047/2009; 011/2011; 038/2011; 048/2011; 078/2011; 026/2012; 057/2012; 100/2012; 019/2013; 093/2013; 097/2013; 028/2014; 046/2014; 069/2014; 002/2015; 037/2015; 074/2015; 077/2015; 078/2015; 001/2016; 034/2016; 038/2016; 040/2016; 063/2016; 081/2016; 025/2017; 037/2017; 044/2017; 027/2018; 038/2018.

Conforme se observa, foram analisadas 32 audiências públicas, iniciadas e encerradas, entre os anos de 2009 e 2018, sobre o tema *distribuição de energia* e questões correlatas, cujo objetivo era a edição de alguma norma destinada a regular esse setor.

A análise foi realizada a partir da leitura do material disponibilizado pela ANEEL em seu *site* oficial [www.aneel.gov.br], tendo por foco os participantes das audiências públicas e os documentos enviados como sugestão à norma submetida à consulta (contribuições).

Discutiu-se sobre quem são os participantes, quem envia contribuições e também quem tem suas contribuições efetivamente aceitas. Os participantes e as colaborações foram classificados de acordo com a nomenclatura utilizada pela própria agência. Para a abordagem das contribuições enviadas, foram analisados os Relatórios de Análise de Contribuições – RAC, expedidos pela agência após a conclusão do processo de audiência pública. Esses documentos condensam as principais informações colhidas do processo, como as contribuições enviadas, os agentes participantes e a análise da autarquia, com as justificativas para aceitação ou rejeição das contribuições.

Dessas audiências analisadas, nove delas, além do intercâmbio documental (contribuições por meio de documentos), também foram realizadas na modalidade presencial, ou seja, a audiência se realizou ao vivo, com participantes e expositores. Em todas as audiências analisadas, havia “Relatório” e “Justificativas” para o não acolhimento da contribuição.

Em relação à categoria de agentes que enviaram contribuições às audiências, empregou-se a nomenclatura utilizada pela própria agência, qual seja, “Produtores”, “Consumidores”, “Poder Público”, “Outros” e “Advogados”. A categoria de “Produtores” refere-se a qualquer empresa regulada: de produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, pública ou privada. Tendo em vista que a categoria de “Consumidores” não é tão homogênea, podendo esconder diferenças em seu interior, ela foi desmembrada em três categorias: consumidores de grande porte (“Industriais/Comerciais”), consumidores de pequeno porte (“Residenciais”) e “Conselhos de Consumidores”. “Poder Público” é uma categoria formada por atores da esfera estatal: Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, das três esferas de governos (federal, estadual e municipal). “Outros” é uma categoria bastante heterogênea, formada principalmente por pesquisadores, estudantes, ambientalistas, sindicatos, empresas de consultorias e empresas de fora do setor elétrico.

Ressalte-se que, no caso das audiências públicas da ANEEL, o mecanismo de seleção dos participantes é o aberto ou da autoseleção, ou seja, são abertas a qualquer cidadão interessado em participar. Esse mecanismo bastante inclusivo é atenuado pela orientação da ANEEL para que os conselhos de consumidores – entidades de representação que envolvem consumidores residenciais, comerciais, industriais, rurais e o poder público, além de um secretário em nome da concessionária – participem das audiências públicas. Essa é uma forma de a ANEEL recrutar seletivamente participantes entre grupos cuja participação é menos provável.

Conforme demonstrado, a ANEEL trouxe importantes contribuições para o processo de participação social no setor de energia, ao implementar ações com possibilidade de participação pública nas decisões da agência, envolvendo sociedade, agentes econômicos, consumidores e instituições públicas, por meio de instrumentos como audiências públicas, consultas públicas, ouvidoria setorial, conselho de consumidores, reuniões públicas da diretoria, agenda regulatória e análise do impacto regulatório.

Os Conselhos de Consumidores de Energia Elétrica são instituições participativas de caráter consultivo, criadas para representar os interesses dos consumidores junto à ANEEL e às concessionárias de distribuição de energia elétrica por meio do envio de sugestões e informações sobre a qualidade do fornecimento da energia aos consumidores finais. No setor elétrico, o papel desses conselhos pode ser desempenhado por meio da participação em audiências e consultas públicas realizadas pela ANEEL.

Esses conselhos possuem grande relevância para o fortalecimento da participação pública na agência, uma vez que, dotados de estrutura que não seria acessível ao consumidor médio de forma individual, asseguram, no debate promovido pela agência, que seja conferido patamar de igualdade entre os prestadores dos serviços, as instituições do poder público e os consumidores, por intermédio dos seus representantes.

A Lei nº 8.631/93 determinou, em seu art. 13, que as concessionárias de serviço público criassem, no âmbito de sua área de concessão, os conselhos de consumidores. O Decreto nº 2.335/97, no art. 4º, XVIII, de seu Anexo I, definiu que competia à ANEEL estimular a organização dos conselhos de consumidores. Para cumprir o seu papel, a autarquia editou a Resolução Normativa nº 138/2000, substituída pela Resolução Normativa nº 451/2011, estabelecendo as condições gerais para a formação, o funcionamento e a operacionalização dos conselhos de consumidores.

Inicialmente, vejamos quem participa e quem envia contribuições.

**Tabela 1**<sup>26</sup>

PARTICIPANTES E CONTRIBUIÇÕES POR CATEGORIA		
Categoria	Porcentagem	Qtd. Contribuições
Produtores	74,09%	2.699
Consumidores	17,81%	649
Poder Público	1,29%	47
Outros	6,67%	243
Sem identificação	0,11%	4
Advogados	0,03%	1
<b>TOTAL</b>		<b>3.643</b>

Inferre-se da **Tabela 1** que há uma preponderância da categoria dos “Produtores” (participantes/contribuintes), correspondendo a 74,09% de todas as contribuições enviadas, contra 17,81% de “Consumidores”, 1,29% do “Poder Público”, 6,67% de “Outros”, 0,11% de “Sem Identificação” e 0,03% “Advogados”. Esse fato se explica principalmente pela natureza do setor em questão. A regulação elétrica é um setor que propicia benefícios elevados e concentrados aos agentes e seus custos são, de certa forma, difusos para a maioria dos consumidores, fazendo com que os

26 - Fonte: Elaboração própria.

produtores sejam mais incentivados a se organizar e pressionar em defesa de seus interesses e que sofram mais com os problemas de ação coletiva. Além disso, esses problemas de distribuição de custos e benefícios são ainda mais acentuados quando se verifica a existência de assimetria de informações e recursos empenhados pelos agentes na construção dos documentos enviados, os quais são de difícil elaboração por um não especialista no setor.

**Tabela 2<sup>27</sup>**

TAXA DE EFETIVIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES ENVIADAS		
Resultado Alcançado	Percentual	Qtd. Contribuições
Aceitas	38,10%	1.388
Rejeitadas	61,90%	2.255
<b>TOTAL</b>		<b>3.643</b>

Depreende-se da **Tabela 2** que o índice de contribuições efetivamente incorporadas ao documento final (38,10%) é inferior ao índice de contribuições rejeitadas (61,90%). No entanto, um percentual de 38,10% de contribuições aceitas revela a real capacidade dos grupos de interesse de alterar o resultado final do processo decisório.

Passando agora para a análise das contribuições por categoria, identificaremos quais participantes efetivamente influenciam na política regulatória ou quem tem suas reivindicações atendidas.

**Tabela 3<sup>28</sup>**

PARTICIPANTES E CONTRIBUIÇÕES POR CATEGORIA				
Categoria	Aceitas		Rejeitadas	
	Qtd.	%	Qtd.	%
Produtores	1.096	40,61%	1.603	59,39%
Consumidores	180	27,91%	469	72,09%
Poder Público	29	61,70%	18	38,30%
Outros	80	32,92%	163	67,08%
Sem identificação	2	50,00%	2	50,00%
Advogados	1	100,00%	-	0,00%
<b>TOTAL</b>	<b>1.388</b>		<b>2.255</b>	

De início, cumpre destacar a alta taxa de contribuições aceitas da categoria “Poder Público” (61,70%), evidenciando-se uma articulação não só com a sociedade, mas também com o Estado no âmbito das audiências públicas.

27 - Fonte: Elaboração própria.

28 - Fonte: Elaboração própria.



Por outro lado, observa-se que a categoria dos “Produtores” tem 40,61% de suas contribuições aceitas, ao passo que os consumidores têm 27,91%. Tais índices demonstram uma sutil sobreposição dos interesses dos regulados. Todavia, nesse caso, faz-se necessário atentar para os valores brutos, de onde se pode extrair o curioso fato de que os “Produtores” têm um número de contribuições aceitas bastante elevado comparativamente à categoria dos “Consumidores”.

Sobreleva notar ainda que a taxa de sucesso da categoria “Outros” é ligeiramente alta (32,92%), a significar que atores de fora do setor elétrico, como pesquisadores, estudantes, ambientalistas, sindicatos, empresas de consultorias e empresas de fora do setor elétrico, também estão influenciando na formulação do conteúdo da regulação.

Além disso, pode-se observar também que a taxa de contribuições rejeitadas da categoria dos “Consumidores” (72,09%) é bem maior do que a da categoria dos “Produtores” (59%), o que nos leva a concluir por uma moderada prevalência dos interesses dessa última categoria e nos remete para a importância do papel do órgão regulador nesse processo de integração de interesses.

A categoria de “Consumidores” não é tão homogênea, podendo esconder diferenças em seu interior, daí seu desmembramento em três categorias: consumidores de grande porte (“Industriais/Comerciais”), consumidores de pequeno porte (“Residenciais”) e “Conselhos de Consumidores”.

**Tabela 4**<sup>29</sup>

PARTICIPANTES E CONTRIBUIÇÕES POR CATEGORIA DE CONSUMIDORES		
Categoria	Porcentagem	Qtd. Contribuições
Residenciais	4,19%	27
Industriais/Comerciais	16,59%	107
Conselhos de Consumidores	79,22%	511
<b>TOTAL</b>	<b>100,00%</b>	<b>645</b>

Extrai-se da **Tabela 4** que o número de contribuições do segmento “Conselhos de Consumidores” é preponderante, representando 79,22% do total, contra 16,59% do segmento de consumidores “Industriais/Comerciais” e apenas 4,19% dos consumidores “Residenciais”. Esse resultado pode ser considerado inesperado, sobretudo em relação à elevada participação dos “Conselhos de Consumidores” (79,22%), a indicar que a criação de tais conselhos, conforme mencionado acima, está ajudando a incrementar a participação pública no processo regulatório da agência.

Observa-se também que o número de contribuições dos consumidores “Industriais/Comerciais” (16,59%) é bem maior se comparado ao segmento dos consumidores “Residenciais” (4,19%). Isso ocorre, sobretudo, devido à necessidade de uma alta *expertise* para a elaboração desses documentos, dificilmente encontrada em um consumidor residencial, que, como regra, não tem recursos nem incentivos para a especialização que tem um industrial, já que sua atividade en-

29 - Fonte: Elaboração própria.

volve custos muito altos. Além disso, a participação dos consumidores “Industriais/Comerciais” se dá prioritariamente via associação, e não individualmente, como é o caso dos consumidores “Residenciais”.

Vejam agora a taxa de efetividade das contribuições por categoria de consumidores.

**Tabela 5<sup>30</sup>**

PARTICIPANTES E CONTRIBUIÇÕES POR CATEGORIA DE CONSUMIDORES					
Categoria	Total	Aceitas		Rejeitadas	
		Qtd.	%	Qtd.	%
Residenciais	27	2	7,41%	25	92,59%
Industriais/Comerciais	107	24	22,43%	83	77,57%
Conselho	511	154	30,14%	357	69,86%
<b>TOTAL</b>	<b>645</b>	<b>180</b>	<b>27,91%</b>	<b>465</b>	<b>72,09%</b>

AA análise da **Tabela 5** nos revela que a taxa de sucesso do segmento “Conselhos de Consumidores” (30,14%) é ligeiramente preponderante em relação aos consumidores “Industriais/Comerciais” (22,43%). Por outro lado, a taxa de rejeição dos consumidores “Industriais/Comerciais” (77,57%) e “Conselhos de Consumidores” (69,86%) aproximadamente se equivalem, indicando certo equilíbrio entre esses segmentos, especialmente pela atuação dos Conselhos dos Consumidores.

Porém, um dado a se ressaltar é o fato de a taxa de rejeição dos consumidores “Residenciais” chegar a 92,59%. Esse dado, aliado ao baixo índice de contribuições enviadas (apenas 4,19%) da tabela anterior, evidencia o reduzido poder de influência no processo regulatório da agência por parte dos consumidores “Residenciais”, quando estes atuam de forma individual e isolada. Daí a importância da iniciativa de organizar os consumidores em Conselhos de Consumidores.

Após essa análise de aspectos mais gerais relativos às audiências públicas selecionadas, passaremos agora a uma análise mais pormenorizada de aspectos relevantes que podem ser extraídos dessas audiências.

Nesse sentido, a análise do material coletado e consolidado revelou que a Audiência Pública nº 038/2011 atraiu uma quantidade significativa de interessados, tanto na modalidade “Presencial” – com 90,91% dos participantes tendo a oportunidade de expor suas razões ao vivo e presencialmente – quanto na modalidade “Intercâmbio Documental” – com 419 interessados enviando suas contribuições. A análise em questão também revela um alto índice de participação da categoria dos “Produtores” (87,11% das contribuições e 36,99% das contribuições aceitas). Esse elevado grau de interesse parece se justificar pela relevância e abrangência da matéria objeto da referida audiência pública, cujo objetivo era “obter contribuições à proposta de Resolução Normativa acerca da consolidação e revisão das regras de acesso aos sistemas de distribuição”, resultando na edição de duas Resoluções Normativas: as de nº 506 e 507, ambas do ano de 2012.

30 - Fonte: Elaboração própria.



Outro evento que despertou elevado interesse dos agentes foi a Audiência Pública nº 078/2015, que recebeu contribuições de 482 interessados, com uma participação significativa da categoria dos “Consumidores” (77,39%), especialmente da subcategoria “Conselhos de Consumidores” (72,41%). A justificativa para esse elevado índice de interesse, em especial da categoria de “Consumidores” – por meio dos “Conselhos de Consumidores” –, reside no fato de que referida audiência pública pretendia “Obter subsídios para o aprimoramento da Resolução Normativa nº 451/2011, que estabelece as condições gerais para a criação, organização e funcionamento dos conselhos de consumidores de energia elétrica, no âmbito das concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica”, ou seja, dizia respeito exatamente à criação, organização e funcionamento dos Conselhos de Consumidores, previstos na Lei nº 8.631/1993 e no Decreto nº 2.335/1997.

A Audiência Pública nº 027/2018 também atraiu muitos interessados, recebendo um total de 730 contribuições, com alto índice de participação (80% das contribuições enviadas) e alto índice de contribuições aceitas (45%) em relação à categoria dos “Produtores”. Mais uma vez, a justificativa para esse elevado grau de participação está no tema objeto da referida audiência pública, que buscava “obter subsídios para o aprimoramento das disposições do Atendimento ao Público previstas na Resolução Normativa nº 414/2010 e complementada pelo Módulo 8 dos Procedimentos de Distribuição – PRODIST”, matéria de grande abrangência no setor de *distribuição* de energia.

Por outro lado, agora tendo como foco audiências públicas que tiveram baixo índice de participação, tem-se a Audiência Pública nº 026/2012, com sete contribuições enviadas, e a Audiência Pública nº 074/2015, com apenas quatro contribuições enviadas. A justificativa para esse baixo índice de participação parece situar-se na pouca abrangência do tema objeto da audiência pública, que estava restrito aos interesses da categoria dos “Produtores”. Tanto é assim que, na Audiência Pública nº 026/2012, todas as contribuições enviadas são oriundas da categoria dos “Produtores”, ao passo que, na Audiência Pública nº 074/2015, três das quatro contribuições enviadas são oriundas da categoria dos “Produtores”, devendo-se registrar que, nesse último caso, nenhuma contribuição foi aceita pela agência.

As Audiências Públicas nº 048/2011, 078/2011, 026/2012, 019/2013, 046/2014 e 002/2015 também tiveram altos índices de participação da categoria dos “Produtores” (100% das contribuições enviadas nas cinco primeiras audiências e 99,24% na última), cabendo destacar que, na Audiência Pública nº 048/2011, essa categoria atingiu o índice de 50% das contribuições efetivamente aceitas.

As Audiências Públicas nº 074/2015 e 034/2016, embora ostentem altos índices de participação da categoria dos “Produtores” (75% e 66,67% das contribuições enviadas, respectivamente), apresentam taxa de sucesso igual a zero (0,00%), ou seja, nenhuma contribuição proveniente dessa categoria foi aceita, sendo que, na Audiência nº 074/2015, a taxa de sucesso da categoria dos “Consumidores” também foi igual a zero (0,00%), a revelar uma baixa taxa de incorporação no resultado final do documento nesses dois casos.

Outro dado a ser sublinhado está contido na Audiência Pública nº 010/2009, na qual se verifica um alto índice de participação da categoria “Outros” (41% das contribuições enviadas e 17% das contribuições aceitas). Essa categoria, consoante explicado acima, é bastante heterogênea, formada principalmente por pesquisadores, estudantes, ambientalistas, sindicatos, empresas

de consultorias e empresas de fora do setor elétrico. O tema objeto da referida audiência se refere à utilização das instalações de distribuição de energia elétrica como meio de transporte para a comunicação de sinais, portanto, um tema que envolve também o setor de telecomunicações, daí o elevando grau de participação de empresas de fora do setor elétrico.

### 3. CONCLUSÃO

Portanto, a análise dos índices de participação apresentada neste trabalho permite concluir que o mecanismo de consulta pública vem sendo efetivamente utilizado por outros atores, para além de associações ou empresas do setor elétrico. Esse fato, por si só, comprova que os mecanismos de participação social têm o potencial democrático de ampliar o envolvimento de outros atores da sociedade civil na deliberação sobre o conteúdo da regulação.

Além disso, os resultados da pesquisa demonstraram que outros interesses não restritos aos empresariais privados são levados à agência por atores diversos. Uma gama bastante variada de interesses, enfiados na categoria que denominamos de “Outros”, aparece nas sugestões de distintos atores. Assim, o simples fato de serem publicamente feitas sugestões de alteração normativa com a defesa de interesses difusos na sociedade – mesmo que de forma reduzida – por atores variados nos processos decisórios da ANEEL demonstra o potencial democrático de mecanismos de participação pública, tal como o mecanismo de audiência pública.

Por outro lado, a análise dos dados obtidos também nos indicou uma prevalência dos interesses das empresas reguladas pela agência, em contraposição aos interesses dos consumidores. Tal fato pode ser explicado a partir da distribuição de custos e benefícios na sociedade, que faz com que os benefícios tenham um valor *per capita* alto para os “Produtores” (beneficiados), gerando incentivos para que estes se organizem, e, de forma inversa, os custos tenham um valor *per capita* baixo para os “Consumidores” (prejudicados), cenário que não lhes incentiva a pressionar agindo coletivamente (WILSON, 1989; OLSON, 1999).

Um ponto importante a se destacar sobre esse assunto refere-se à participação dos Conselhos de Consumidores, visto que a instituição e manutenção desses conselhos, obrigação legal das concessionárias e da ANEEL, se constitui no primeiro esforço institucional para diminuir as diferenças de recursos entre consumidores e produtores. Apesar de ainda ser uma iniciativa incipiente, já mostra alguns resultados positivos em seu objetivo de aumentar a participação e a influência dos consumidores relativamente aos produtores.

Cumpramos ressaltar que o fato de as manifestações analisadas em audiências públicas representarem predominantemente interesses empresariais privados (“Produtores”) não constitui um problema em si. Esse fato apenas pode agravar os problemas reais que apontam um provável *déficit de legitimidade* democrática na formulação do conteúdo da regulação na ANEEL.

Consoante demonstrado pelos resultados da pesquisa, não existem discrepâncias significativas entre índices de incorporação de sugestões da categoria “Produtores” (40,61%) e da categoria “Outros” (32,92%). Ao contrário, a taxa de sucesso dessas categorias está relativamente próxima. Além disso, observa-se que os interesses defendidos pela categoria “Poder Público” têm alta taxa de incorporação de suas sugestões (61,70%), o que traz reflexos positivos sobre os interesses defendidos pelas categorias “Consumidores” e “Outros”.

No entanto, se é certo que o índice geral de incorporação de sugestões dos atores que participam das audiências públicas não é tão baixo (38,10%), não menos certo é que a comparação entre as taxas de incorporação dos “Produtores” (40,61%) e dos “Consumidores” (27,91%) indica a existência de problemas quanto ao poder de influenciar o resultado final do processo regulatório.

É certo que a criação dos Conselhos de Consumidores, conforme já ressaltado, elevou o poder dos consumidores relativamente aos produtores. Contudo, essa importante medida ainda não foi suficiente para colocar essas duas categorias em patamares isonômicos, pois ainda não são asseveradas aos consumidores as mesmas condições (tempo, dinheiro e informações) hoje ostentadas pelos produtores.

Por outro lado, a garantia de que os interesses dos atores afetados pelo conteúdo da regulação sejam ouvidos no momento da formulação da norma pela agência depende do aperfeiçoamento dos mecanismos de participação pública por meio da sua prática – da experiência deliberativa.

Todavia, a prática dos mecanismos de participação pública implica muito mais do que a simples realização de audiências públicas pela ANEEL. Essa prática implica o permanente controle de todos os procedimentos previstos para o funcionamento do órgão regulador. Ou seja, não basta que as audiências públicas sejam obrigatórias; é necessário que as sugestões advindas dos vários grupos de interesses afetados pela norma a ser editada sejam efetivamente analisadas e incorporadas – podendo ser descartadas ou aproveitadas –, com fundamentação dada pela Diretoria ao decidir pelo conteúdo normativo *x* ou *y* de determinada norma.

De certa forma, pode-se dizer que a ANEEL implementa com seriedade o mecanismo da audiência pública, pois, conforme já mencionado, todas as audiências públicas analisadas apresentaram o Relatório Análise de Contribuições – RAC, documento que condensa as principais informações da audiência realizada, tais como contribuições enviadas, agentes participantes e a análise da autarquia, com as respectivas justificativas para aceitação ou rejeição de cada sugestão enviada.

Cabe destacar que, recentemente, por meio da Portaria 5.056/2018, a ANEEL instituiu a Comissão de Apoio ao Processo Regulatório sob a Perspectiva do Consumidor, fórum opinativo que visa incrementar a participação social no processo decisório e garantir que a visão do consumidor seja avaliada nos debates, por meio da análise da regulamentação. Trata-se de interessante mecanismo de correção de *assimetria de informação* entre grupos de interesses, a demonstrar a constante preocupação da agência com o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação.

Em conclusão, os resultados da pesquisa empírica realizada demonstram que os mecanismos de participação pública adotados na ANEEL têm efetivamente um potencial democrático, dentro do sentido que se tencionou dar a essa ideia no contexto do modelo habermasiano de democracia, considerando ainda as características da ação regulatória do Estado no Brasil antes das reformas da década de 90. Todavia, esse potencial democrático não se realizou completamente ou pode não se realizar, tendo em vista a ausência de um constante aperfeiçoamento dos mecanismos de participação pública por meio de sua prática e os *déficits democráticos* apontados.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Tradução de Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAGUÃO, Alexandre Santos de. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARAGUÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. **O Conselho de Reforma do Estado/Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Recomendação de 31 de maio**. Brasília: 1997. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno08.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998.

BRUNA, Sérgio Valera. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAMPOS, Luciana Oliveira de. **Setor elétrico: regulação e as audiências públicas promovidas pela ANEEL**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. 1 e 2, 1997.

HABERMAS, Jürgen (2003). **FATICIDADE E VALIDADE: Uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 15 maio 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Vol. 1 e 2.

HABERMAS, Jürgen. Três Modelos Normativos de Democracia. **Lua Nova**, n. 36, 1995.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debates sobre el Liberalismo Político**. Barcelona: Ediciones Paidós/I.C.E da Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.



MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil**: Eficiência e legitimidade. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: 2017. p. 34.

OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva**. São Paulo: Edusp, 1999.

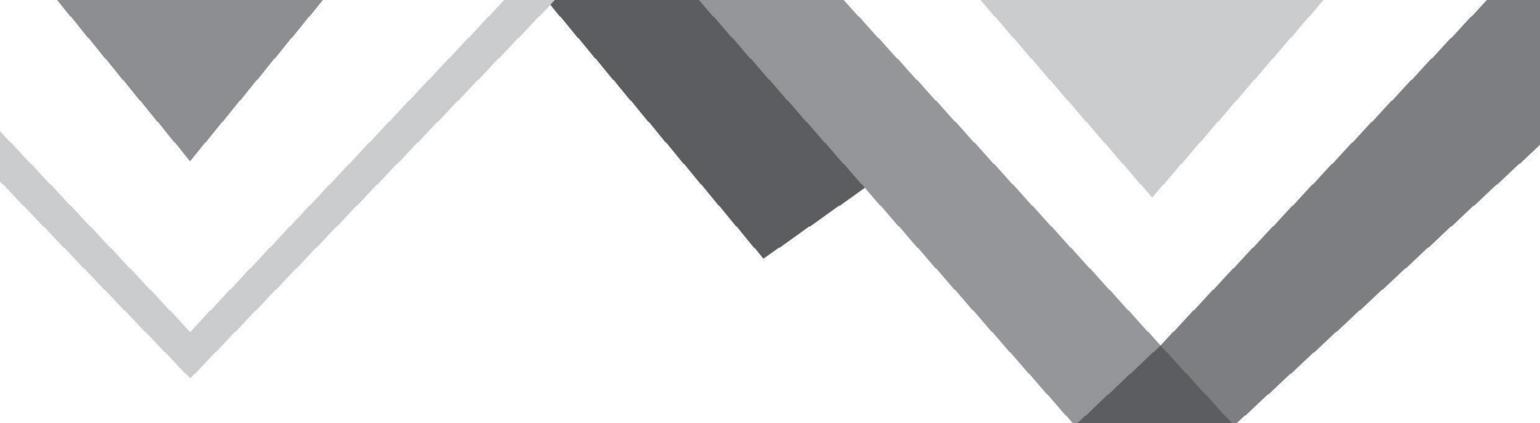
STIGLER, George. The Economic Teory of Regulation. **The Bell Journal of Economics**, 1971, vol. 2. p. 6.

SUNSTEIN, Cass. O Constitucionalismo após o New Deal. *In*: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord). **Regulação Econômica e Democracia**: O Debate Norte-Americano São Paulo: Ed. 34, 2004 (...).

WILSON, James. **Bureaucracy**: what government agencies do and why they do it. Nova York: Basic Books, 1989.







ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA DOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:  
PRINCIPAIS PONTOS DE  
CONVERGÊNCIA E DE DIVERGÊNCIA  
ENTRE OS ORDENAMENTOS

LUSO-BRAZILIAN ANALYSIS OF ADMINISTRATIVE  
CONTRACTS: MAIN POINTS OF CONVERGENCE AND  
DIVERGENCE BETWEEN ORDINATIONS

Pablo Francesco Rodrigues da Silva<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Aspectos históricos iniciais sobre o surgimento dos contratos administrativos; 2. Análise comparada luso-brasileira sobre os contratos administrativos; 2.1 Diferenciação entre as figuras jurídicas; 2.2 Elementos mínimos fundamentais dos contratos administrativos; 2.3 Prévio procedimento para a formação dos contratos administrativos; 2.4 O diálogo concorrencial português e o futuro diálogo competitivo brasileiro; 2.5 Análise comparada das prerrogativas dos contratos administrativos; 3. Conclusão; Referências

1 - Pós-Graduado em Direito Público pela Estácio. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Procurador-Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto à UFRR. Procurador Federal. Atua na área de Direito Público.



**RESUMO:** O sistema de contratações públicas é um dos principais pilares do Direito Administrativo. A partir dele, de forma imparcial, isonômica e com espeque nas regras preestabelecidas pelo legislador, o Poder Público adquire bens e serviços para atender às necessidades coletivas na prestação de serviços públicos. É um sistema rico em particularidades e em constante evolução, refletindo elementos subjacentes que dão a tônica da relação estabelecida entre a Administração Pública e o particular contratado. Nessa linha, este artigo se propõe a realizar um cotejo entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, com o escopo de mostrar as principais convergências e divergências principiológicas. Para se chegar a esse fim, será utilizada como metodologia de investigação uma análise descritiva da doutrina e da legislação, percorrendo-se os principais aspectos do Código de Contratações de Portugal (CCP) e da Lei Geral de Licitações do Brasil, Lei Federal nº 8.666/1993.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei Geral de Licitações. Código de Contratações Públicas. Contratos Administrativos. Procedimento de Formação dos Contratos Administrativos. Natureza Jurídica dos Contratos. Prerrogativas dos Contratos Administrativos.

**ABSTRACT:** The system of public contractions is one of the main pillars of Administrative Law. From it, in an impartial, isonomic way and with respect to the rules pre-established by the legislator, the Public Power provides to acquire goods and services to meet the collective needs in the provision of public services. It is a system rich in particularities and constantly evolving, reflecting underlying peculiarities that underline the relationship established between the Public Administration and the contracted private individual. Along this line, the purpose of this article will be to compare the Portuguese and Brazilian systems in order to show the main points of convergence and divergence. To achieve this, doctrine and legislation will be used as the research methodology, proceeding with a descriptive analysis of the main aspects of the Portuguese Contracting Code (CCP) and the General Bidding Law of Brazil, Federal Law nº 8.666/93.

**KEYWORDS:** General Bidding Law. Public Procurement Code. Administrative Contracts. Procedure for Forming Administrative Contracts. Legal Nature of Contracts. Prerogatives of Administrative Contracts.

## INTRODUÇÃO

No presente artigo, pretende-se realizar uma análise comparada luso-brasileira em relação aos contratos administrativos. Não é o propósito apontar qual o melhor ou o pior modelo de contratação, mas sim proceder a uma abordagem descritiva das diferenças, do contexto em que estão inseridas e dos pontos de convergência.

Nessa linha, cabe uma observação inicial, que servirá de norte no desenvolvimento do texto: o artigo não se debruçará sobre o gênero contratos públicos, dos quais são espécies comumente identificadas as modalidades contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração Pública (ou semipúblicos). A proposta deste texto é apenas se debruçar sobre a modalidade contratos administrativos em sentido estrito, os quais refletem as características típicas da relação desenvolvida entre o Poder Público e o particular contratado.

Para tanto, serão analisados os aspectos históricos iniciais sobre o surgimento dos contratos administrativos. Em seguida, no desenvolvimento central do texto, por meio de uma análise descritiva da doutrina e da legislação, far-se-á uma abordagem comparada luso-brasileira sobre os contratos administrativos, apresentando-se os principais pontos de convergência e de divergência.

Dentro dessa descrição, será possível aduzir diferenças entre as figuras jurídicas relacionadas aos contratos, incluindo-se os elementos mínimos necessários e como se desenvolve o prévio procedimento para a formação dos contratos administrativos. Por fim, será exposta uma análise comparada sobre o diálogo concorrencial português e o futuro diálogo competitivo brasileiro, concluindo-se com uma investigação legislativa e doutrinária sobre o que realmente confere natureza especial aos contratos administrativos.

Como resultado dessa análise, pretende-se apontar as diferenças havidas entre contratos administrativos lusos e brasileiros, com a ressalva de que há muito mais semelhanças no sistema de contratação dos dois países, considerando-se que os ordenamentos possuem eixos estruturais que seguem a mesma sistemática.

No entanto, as diferenças não refletem a imprestabilidade de determinado diploma nem justificam críticas irrefletidas. Na verdade, as diferenças externadas entre os ordenamentos, e que serão delineadas a seguir, devem servir como ponto de partida para reflexão sobre os possíveis aperfeiçoamentos a se aplicar a determinada legislação, sem jamais ignorar as particularidades subjacentes.

### 1. ASPECTOS HISTÓRICOS INICIAIS SOBRE O SURGIMENTO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Historicamente, a Administração<sup>2</sup> se relacionava com o particular de maneira impositiva, cumprindo o Direito Administrativo o papel de regular “relações intrinsecamente desigualitá-

---

2 - É interessante trazer um pouco da historicidade da Administração de Portugal, valendo-se das lições de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, que ensina: “No período medieval que estamos a considerar, a palavra Estado não tem cabimento rigoroso. Na verdade, a Idade Média mostrou-se avessa à ideia de Estado. Todavia, não se pode recusar a existência de um aparelho de poder e de uma organização administrativa e burocrática que o suportava. Em muitos aspectos era escassa e deveras incipiente, mas cumpria o que dela se esperava. Só neste sentido impróprio a história autorizará que utilizemos o termo Estado.” E continua o professor: “Neste quadro, cingia-se a administração aos limites estreitos do património privado do rei, cujo modelo inspirador se encontrava no clássico *bonus pater familias*. Zelava-se pela fazenda do monarca como, elementarmente, se providenciava acerca da segurança interna ou das relações externas que, no contrato traçado, muitas vezes não iam além de relações entre senhores feudais.” MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **História da Administração Pública**. Coimbra: Edições Almedina, p. 182, 2017.

rias”.<sup>3</sup> Nesse cenário, a Administração “[...] habilita-se a actuar, preferencialmente, pela via da autoridade e das decisões unilaterais (os actos administrativos)”.<sup>4</sup>

Em contraste com essa postura, apresentava-se a negociabilidade e o consenso entre as partes na figura da assinatura de um pacto bilateral, já há algum tempo presente na esfera privada, o contrato.<sup>5</sup>

No entanto, explica Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida que a importação do modelo privado encontrou severas críticas, sobretudo de ordenamentos como o alemão e o italiano, tendo em vista a ideia da incompatibilidade da atuação da Administração com a ideia subjacente a um contrato, pelo fato de que o agir da Administração é orientado pela mutabilidade do interesse público, enquanto o contrato privado é regido pelo princípio contratual de que o objeto pactuado, necessariamente, deve ser observado pelos contraentes (*pacta sun servanda*).<sup>6</sup>

Passada essa fase preliminar de resistência, hodiernamente, os contratos, ao lado dos regulamentos e atos administrativos, ganharam outra conotação, sendo verdadeira expressão do exercício do poder administrativo. Além disso, ao ser enquadrado como uma forma de exercício do poder administrativo, explica Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida que tal modo de agir “[...] deixa de definir unilateralmente a sua vontade, antes necessitando de chegar a acordo com os particulares com vista à constituição, modificação ou extinção de relações jurídico-administrativas”.<sup>7</sup>

Explica ainda Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida que, conquanto a relação entre a Administração e o particular remonte à antiguidade, foi entre os séculos XIX e XX que os contratos administrativos ganharam expressividade.<sup>8</sup> Nas palavras do professor português:

Impeliu-se a realização de grandes obras públicas, a construção de infra-estruturas (*v.g.*, estradas, pontes, caminhos de ferro, etc) e a exploração de serviços de carácter económico (iluminação pública, abastecimento de água, etc) – tudo cometimentos para os quais escasseavam na Administração os meios humanos, técnicos e financeiros, tornando-se, pois, imprescindível a colaboração do sector privado, materializada nos contratos de concessão.<sup>9</sup>

Com efeito, a procura do particular pelo Poder Público com o intuito de colaborar na realização de certas atividades não é uma novidade. Valendo-se das lições de Pedro Gonçalves, Diogo Freitas do Amaral aponta que se tornou comum a criação das *societas publicanorum*, as quais

3 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 238.

4 - *Ibidem*, loc. cit.

5 - *Ibidem*, loc. cit.

6 - *Ibidem*, loc. cit.

7 - *Ibidem*, p. 238-239.

8 - *Ibidem*, p. 239.

9 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 239.

possuíam forte capital econômico e político na época da República e nos primeiros tempos do Império, assumindo a feição de concessionárias da lavra de minas e cobrança de impostos.<sup>10</sup>

Na mesma toada, nos séculos XIX e XX, o Poder Público sentiu uma forte necessidade de aumentar a prestação de serviços criados em uma época de melhoria da própria sociedade, como transporte coletivo e energia elétrica, contudo, sem capital suficiente para tanto. A alternativa para a empreitada foi o desenvolvimento do contrato de concessão, “[...] por força do qual a construção e a exploração de obras públicas eram transferidas para empresários particulares.”<sup>11</sup>

Inicialmente, esses vínculos formados entre o Poder Público e o particular foram tratados como contratos civis, atraindo a competência dos tribunais comuns. Todavia, as diversas transformações pelas quais a Europa estava passando no século XIX mudaram esse entendimento inicial, já que “[...] nem todos os contratos que a Administração celebra são da mesma natureza.”<sup>12</sup>

Para ilustrar essa situação, Diogo Freitas do Amaral traz o seguinte exemplo:

Em 1902, o Conselho de Estado Francês foi chamado a pronunciar-se sobre o litígio que opunha um município ao seu concessionário de uma rede de iluminação pública a gás: descoberta a eletricidade, a câmara municipal impôs ao concessionário que passasse do sistema de iluminação a gás (que constava do contrato de concessão) ao sistema da iluminação elétrica (não previsto no contrato, mas tornado possível pelo progresso técnico e exigido, desde logo, pela opinião pública). A câmara argumentava que o interesse público exigia o mais moderno sistema de iluminação; o concessionário contrapunha que só estava obrigado pelo contrato a assegurar o serviço público de iluminação a gás. O Conselho de Estado deu razão ao município, proclamando que este tinha o poder de modificar unilateralmente o conteúdo das prestações contratuais do contraente privado, desde que o interesse público assim o exigisse. A doutrina concluiu daí que, não sendo isso possível nos quadros do direito civil, o contrato de concessão não podia mais ser considerado como um *contrato civil*, antes devia passar a ser considerado como um *contrato administrativo* – isto é, como um contrato de natureza diferente e, por isso mesmo, sujeito a um diferente regime jurídico (igualdade das partes nos contratos civis *versus* supremacia da Administração sobre o contraente particular nos contratos administrativos, para garantir a satisfação do interesse coletivo).<sup>13</sup>

Em outro exemplo, o autor traz a seguinte narrativa:

Em 1910, novo caso foi submetido à jurisdição da mais instância do contencioso francês: o concessionário de transporte coletivo em «carros elétricos» foi obrigado, pelo município de uma cidade em expansão, a criar novas linhas de tráfego que o contrato não previa. A câmara argumentou que o interesse que o interesse público exigia a criação das novas linhas; o concessionário contra-argumentou que só estava obrigado a proporcionar as

10 - Gonçalves apud Amaral, 2018, p. 450.

11 - AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de **Direito Administrativo**. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 450.

12 - Guesdes apud Amaral, 2018, p. 451.

13 - AMARAL, op. cit., p. 451.

linhas previstas no contrato. O Conselho de Estado deu razão ao município, reafirmando a existência do poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações dos contratos administrativos pela Administração Pública.<sup>14</sup>

A partir dessa conjuntura, Amaral assevera que:

Assim nasceu em França, de onde se espalhou para vários outros países europeus **(especialmente, Portugal e Espanha) e também sul-americanos**, a teoria dos contratos administrativos, que passou a construir uma das traves mestras da parte geral do Direito Administrativo nos países onde vigora um sistema de administração executiva, ou do tipo francês.<sup>15</sup> (grifo nosso)

## 2. ANÁLISE COMPARADA LUSO-BRASILEIRA SOBRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 2.1 Diferenciação entre as Figuras Jurídicas

No ordenamento português, o legislador teve a preocupação de esclarecer o que se entende por contratos administrativos. No Código do Procedimento Administrativo (CPA), Decreto-Lei n.º 4/2015, o item 2 do art. 200<sup>16</sup> assevera que são contratos administrativos os que como tal são classificados no Código dos Contratos Públicos (CCP), Decreto-Lei n.º 18/2008, ou em legislação especial. Além disso, o CPA preceitua a aplicação de um regime especial previsto no CCP, identificado pelo art. 202 do CPA como *Regime Substantivo dos Contratos Públicos*.

Como se pode observar, toda a sistemática orquestrada para a formalização de um contrato administrativo no ordenamento português é feita atualmente pelo Código dos Contratos Públicos (CCP).

No ordenamento brasileiro, há um microsistema de contratações públicas, cujas linhas gerais são disciplinadas pela Lei Federal n.º 8.666/93,<sup>17</sup> diploma que estabelece regras e procedimentos aplicáveis a todos os entes, públicos e privados.

No entanto, antes de se passar a qualquer análise comparativa entre os ordenamentos, é importante anotar a diferenciação feita pelas doutrinas portuguesa e brasileira em relação às figuras jurídicas dos contratos administrativos.

Para Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida, com espreque no item 1 do art. 200 do CPA, é possível identificar dois tipos de contratos públicos numa classificação ampla: os contratos administrativos e os contratos de direito privado da Administração Pública.<sup>18</sup>

14 - AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 451.

15 - *Ibidem*, p. 452.

16 - PORTUGAL. *Decreto-lei n.º 4, de 7 de Janeiro de 2015*. Aprova o novo Código do Procedimento Administrativo. Disponível em: [https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/66041468/details/normal?p\\_auth=SyHaegM2](https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/66041468/details/normal?p_auth=SyHaegM2). Acesso em: 03 jul. 2020.

17 - BRASIL. *Lei n.º 8.666, 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

18 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. *Direito Administrativo*. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 241.

Essas espécies são obra do legislador, já que os órgãos da Administração Pública podem celebrar contratos administrativos, sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo, ou contratos submetidos a um regime de direito privado.<sup>19</sup>

Sistematizando o raciocínio, teríamos o seguinte quadro, sendo a nomenclatura contratos públicos o grande gênero que abarcaria as seguintes espécies:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO	CONTRATOS PÚBLICOS
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Previstos nos artigos 1, 3, 278 e ss do CCP;</li> <li>- Predominantemente regulados pelo direito administrativo;</li> <li>- O regime substantivo de execução consta da Parte III do CCP;</li> <li>- <b>Em regra</b>, estão sujeitos a um regime procedimental de formação específica, previsto na Parte II do CCP (regras públicas de contratação).<sup>20</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Encontram-se submetidos a um regime substantivo de direito privado;</li> <li>- Possibilidade de serem aplicadas as normas de direito administrativo e princípios gerais da atividade administrativa (art. 202, n° 2, do CPA);</li> <li>- Eventualmente, a aplicação do regime administrativo de formação (regras de contratação pública).<sup>21</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Espécie não qualificada como contratos administrativos, mas, por disposição legal, submetida aos regimes procedimentais de formação previstos na Parte II do CCP;</li> <li>- Segundo Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida, esse regime está de acordo com as Diretivas da União Europeia.<sup>22</sup></li> </ul>

A diferenciação é importante para a delimitação da abordagem, tendo em vista que não é o propósito deste artigo analisar de forma genérica propriamente os contratos públicos, mas sim, de forma específica, voltar a análise àqueles contratos tidos como típicos tanto pelo CCP como pela Lei Federal brasileira n° 8.666/93, enquadrados como contratos administrativos.

Para ficar a clara a diferenciação, Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida aponta que, de fato, é difícil entender a classificação que o legislador português quis dar aos contratos públicos no sentido *lato* do termo. Nesse sentido, eis o que vaticina o professor:

Daqui decorre, algo estranhamente, que pode haver contratos públicos que não são contratos administrativos e, inversamente, contratos administrativos que não são contratos públicos (no sentido do CCP).

Vejam os.

Certos contratos públicos não são contratos administrativos. Será o caso dos contratos celebrados pelos contraentes públicos (entidades adjudicantes da Administração Pública),

19 - PORTUGAL. **Decreto-lei n° 4, de 7 de Janeiro de 2015**. Aprova o novo Código do Procedimento Administrativo. Artigo 200: Espécies de contratos. 1 - Os órgãos da Administração Pública podem celebrar contratos administrativos, sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo, ou contratos submetidos a um regime de direito privado. Disponível em: [https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/66041468/details/normal?p\\_p\\_auth=SyHaegM2](https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/66041468/details/normal?p_p_auth=SyHaegM2). Acesso em: 03 jul. 2020.

20 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 241.

21 - Ibidem, p. 241-242.

22- Ibidem, loc. cit.

que, todavia, a lei ou as partes qualificam como contratos de direito privado ou que não são submetidos a um regime de direito privado. Trata-se, pois, de “contratos públicos de direito privado” (Pedro Gonçalves) (v.g., contratos de compra e venda, doação, permuta e arrendamento de bens imóveis, etc. – exemplos de Vieira de Andrade).

De outra banda – e talvez desafiando um pouco a lógica – há contratos administrativos que, em bom rigor, não são contratos públicos, no sentido que o Código atribui a esta expressão (“contratos administrativos não públicos”). Pense-se, v.g., naqueles que, por não originarem prestações sujeitas à concorrência de mercado (ao menos, potencialmente), se encontram fora da alçada das regras (procedimentais) da contratação pública, previstas na Parte II do CCP (v.g., alguns contratos sobre o exercício de funções públicas – Vieira de Andrade).<sup>23</sup>

Arrematando a explicação, pode-se dizer que o contrato público: “[...] é o contrato, a título oneroso, celebrado por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que tenha por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços”. Já os contratos administrativos teriam como elementos fundamentais: “[...] a sua natureza contratual, a participação de (pelo menos) um contraente público e o cumprimento de um dos “critérios legais de administratividade”.<sup>24</sup>

No ordenamento brasileiro, a doutrina costuma dar uma classificação mais simples que a portuguesa. Basicamente, é assente que o gênero que rege as relações entre a Administração e os particulares é denominado por “contratos da administração”, comportando as espécies contratos administrativos e contratos privados ou contratos semipúblicos.<sup>25</sup>

Essa é a classificação que melhor reflete a realidade. No entanto, é importante destacar que existem doutrinadores de peso, a exemplo de Marçal Justen Filho, advogando pela tese de que, no ordenamento brasileiro, o gênero contrato administrativo comporta três espécies, quais sejam: contratos administrativos propriamente ditos (Ex: contrato de obra pública); contratos de direito privado praticados pela Administração (Ex: contrato de locação ou de seguro); e contratos administrativos de delegação de atribuições administrativas (Ex: concessão de serviço público).<sup>26</sup>

A espécie contratos administrativos é regida por normas de direito público, sobretudo as cláusulas exorbitantes, encontrando suporte nas regras da Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93). Já a segunda espécie relativiza várias das prerrogativas presentes nos contratos administrativos e coloca os pactuantes em relativa igualdade,<sup>27</sup> sendo regidos predominantemente pelo direito privado.<sup>28</sup>

23 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 243.

24 - Ibidem, p. 243-244.

25 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 254.

26 - Filho apud Torres, 2019, p. 698.

27 - Como características dessa espécie contratual, Rafael Carvalho Rezende (2018, p. 254) expõe: “(i) equilíbrio contratual relativo, em razão da ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes (“horizontalidade”); e (ii) regime predominantemente de direito privado, devendo ser observadas, no entanto, algumas normas de direito público (ex.: licitação, cláusulas necessárias etc.) Ex: contratos de compra e venda, se seguro, de locação (quando a Administração for locatária) etc.”

28 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 455-456.

## 2.2 Elementos Mínimos Fundamentais dos Contratos Administrativos

No que pertine aos elementos fundamentais dos contratos administrativos portugueses, em relação à natureza contratual, teríamos a convergência de vontades entre dois ou mais interessados, com a promoção de efeitos jurídicos e a criação de direitos e obrigações, além da licitude do objeto e da inexistência de vícios que maculem o objeto pactuado.<sup>29</sup>

Como segundo elemento, tem-se a obrigatoriedade da presença de pelo menos um dos contraentes públicos para a existência de um contrato administrativo, trazendo o legislador (artigos 3º e 8º do CCP) a conceituação desse requisito.<sup>30</sup>

Por fim, como último elemento do ordenamento português, cite-se a necessidade de cumprimento dos chamados critérios legais de administratividade, identificados como aqueles que recebem a qualificação da lei como contratos administrativos. O art. 343 e ss. do CPP trazem esse rol, especificando as empreitadas de obras públicas, as concessões de obras públicas e de serviços públicos, a aquisição e locação de bens móveis e a aquisição de serviços, além de facultar a previsão de outras espécies mediante legislação específica.<sup>31</sup>

Noutro giro, Diogo Freitas do Amaral apresenta outra abordagem para os contratos administrativos portugueses, enxergando o contrato administrativo como sendo *um acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa*.<sup>32</sup> O regime geral dos contratos está consubstanciado na Parte III do CCP, tendo como distinção “a colaboração subordinada e a cooperação paritária”.<sup>33</sup>

Nessa acepção, o contrato administrativo, na verdade, tornou-se uma opção conferida à Administração relativamente ao ato administrativo e até mesmo ao contrato de direito privado. Para explicar essa ideia, aduz Diogo Freitas do Amaral:

Se não existir nenhuma disposição legal que proíba expressa ou implicitamente (através da imposição da utilização do ato administrativo) o recurso à figura do contrato administrativo, e se, por outro lado, a natureza da relação a estabelecer for compatível com tal forma de atuação (o que não sucederá, tipicamente, no domínio sancionatório), a Administração pode, em princípio, utilizar o módulo contratual em alternativa ao ato administrativo para constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas administrativas.<sup>34</sup>

Em outros termos, significa que nem todo encontro de relações entre a Administração e o particular será formado mediante um contrato administrativo. Primeiramente, há de se verificar a lei e a própria relação a se estabelecer.<sup>35</sup>

29 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 244.

30 - Ibidem, p. 245.

31 - Ibidem, p. 246.

32 - Esse é o conceito consolidado no Código de Processo Administrativo de Portugal, no art. 178, nº 1.

33 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 457.

34 - Ibidem, p. 462-463.

35 - Ibidem, loc. cit.

De mais a mais, sistematizando os contratos administrativos, Diogo Freitas do Amaral ensina que eles podem ser classificados como: a) contratos entre a Administração e particulares, entre entidade públicas e só entre particulares; b) contratos de colaboração e de atribuição; c) contratos de subordinação e de cooperação; d) contratos primários e secundários;<sup>36</sup> e) contratos administrativos típicos e atípicos; e, por fim, f) contratos administrativos com objeto passível de ato administrativo e com objeto passível de contrato de direito privado.<sup>37</sup>

Já o ordenamento brasileiro possui uma abordagem mais objetiva, apresentando como elementos o formalismo moderado, a bilateralidade, a comutatividade, o personalismo (contrato *intuitu personae*), o desequilíbrio e a instabilidade.<sup>38</sup>

Esses critérios do ordenamento brasileiro são consubstanciados mediante a presença de cláusulas necessárias nos contratos administrativos, tais como: a) caracterização do objeto; b) regime de execução ou forma de fornecimento; c) preços e condições de pagamento; d) critérios de reajuste; e) critério de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; f) prazos de execução contratual; g) crédito pelo qual correrá a despesa; h) garantias exigidas; i) direitos e responsabilidades das partes; j) penalidades cabíveis e valores das multas; k) hipóteses de rescisão; l) reconhecimento dos direitos da Administração em caso da rescisão administrativa prevista no art. 77 da Lei nº 8.666/93; m) legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; n) obrigação do contratado de manutenção das condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.<sup>39</sup>

### 2.3 Prévio Procedimento para a Formação dos Contratos Administrativos

Na doutrina de Diogo Freitas do Amaral, desmitificando a ideia de amplo gozo de privilégios por parte da Administração Pública quanto seu sistema de contratação, é possível encontrar a premissa de que a formação dos contratos administrativos está sujeita a regras muito restritas, diversamente das regras a que os particulares estão sujeitos. Sistematizando-se a etapa da formação contratual, pode-se apontar a seguinte cadência de atos: “decisão de contratar – procedimento pré-contratual – adjudicação – celebração do contrato.”<sup>40</sup>

Ainda sobre a formação dos contratos administrativos, é importante lembrar, como o fez Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida,<sup>41</sup> que o CCP português atual recebeu uma revisão relativamente recente para incorporar as diretivas exaradas pela União Europeia sobre contratações públicas. Sobre o assunto, Amaral ensina que:

36 - Sobre os contratos primários, pontua o administrativista português (2018, p. 458): “São primários os que regulam diretamente as situações da vida (concessões, empreitadas, fornecimentos). São secundários os que versam sobre anteriores contratos administrativos, modificando-os ou extinguindo-os (rescisão por mútuo acordo ou revogação, subconcessão ou subempreitada, trespasse de uma concessão, etc).”

37 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 467-468.

38 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 459-461.

39 - TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 703.

40 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 488.

41 - *Ibidem*, p. 255.

Como se referiu em momento anterior, o regime de Direito Comunitário derivado hoje vigente em matéria de contratação pública consta, nomeadamente, de três diretivas transpostas para o ordenamento jurídico nacional através do Decreto-Lei n.º 111-B/2007, de 31 de agosto, que aprovou o nosso 2.º CPP. Uma dessas diretivas diz respeito genericamente ao regime de formação de contratos públicos de empreitadas, bens e serviços em geral celebrados por autoridade adjudicantes (Diretiva 2004/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.2.2014); outra cuida daqueles contratos públicos celebrados pelas entidades que operam os setores de água, de energia, dos transportes e dos serviços postais (Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.2.2014); a terceira – que, ao contrário das pretéritas, não veio substituir um diploma europeu anterior sobre o mesmo objeto –, também já citada, é relativa aos contratos de concessão (Diretiva 2014/23/UE, também do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.2.2014)<sup>42</sup>

Segundo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, constitui-se como propósito da alteração a implementação de simplificação, desburocratização e flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos, com vistas ao aumento da eficiência da despesa pública e à promoção de um melhor e mais fácil acesso àqueles contratos por parte dos operadores económicos.<sup>43</sup>

É importante observar que, em virtude das peculiaridades de cada tipo de contrato, existem, inevitavelmente, diferenças típicas na sua formação. No entanto, isso não impede a consideração de pontos comuns, de modo a se trazer a **estruturação** das suas fases no arcabouço do CCP português.<sup>44</sup>

Segundo o CCP, é possível identificar uma fase preparatória ou pré-contratual, a qual integra, na visão do professor Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida, a fase de iniciativa e a fase de instrução, além de uma fase decisória.<sup>45</sup>

Formação dos contratos (fases)	Preparatória (iniciativa e de instrução)	Decisória
--------------------------------	--	-----------

Diferentemente do Brasil, Portugal não nomina a fase que antecede a formação do contrato de procedimento licitatório. O Decreto-Lei n.º 18/2008 não faz referência à nomenclatura licitação, optando pelo termo “Fase de Formação do Contrato” no Título II da Parte II do CCP.

No referido **Título II** do CCP, artigos 34 a 111, há a discriminação das seguintes etapas: a) fase de formação do contrato; b) preparação do procedimento; c) início do procedimento; d) peças do procedimento; e) regras de participação; f) proposta; g) júri do procedimento; h) análise das

42 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 481.

43 - PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 111-B, de 31 de agosto de 2017**. Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Diretivas n.º 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/108086621/details/maximized>. Acesso em: 05 jul. 2020.

44 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 256.

45 - *Ibidem*, p. 256.

propostas e adjudicação; i) habilitação; j) caução; k) confirmação de compromisso; l) celebração dos contratos; m) relatórios; e n) delegação de competências.

É imperioso perceber que estamos diante de uma sucessão de atos perfeitamente harmônicos, dirigidos à consecução de um fim. Os procedimentos acima são construídos em um sistema bifásico, iniciando-se (fase de iniciativa) com a «*decisão de contratar*», seguida da «*decisão de escolha do procedimento a adotar*» e «*do aviso de abertura e elaboração das peças do procedimento*». Tem-se ainda, nessa fase, «*programa do procedimento*» e o «*caderno de encargos*».

Segundo o professor Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida, valendo-se das lições de Vieira de Andrade,<sup>46</sup> o programa do procedimento é, de acordo com o art. 41º do CCP, “[...] o regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até a sua celebração”. Trata-se, portanto, de um documento de natureza regulamentar destinado a disciplinar o procedimento pré-contratual, o qual, nomeadamente, contém as regras de participação e as garantias administrativas de recurso. Já o caderno de encargos, por seu turno, contempla as cláusulas a inserir no futuro contrato, constituindo, por isso, a respectiva base negocial (art. 42º, nº 1, do CCP).

Aponta-se que a tomada de decisão sobre a contratação leva em consideração a natureza do contrato e o seu valor. A esse respeito, Diogo Freitas do Amaral postula que:

Com o CP, a regra geral, que traduz uma mudança de paradigma, é a de que escolha do tipo de procedimento pré-contratual condiciona o valor do contrato a celebrar, em virtude do princípio da concorrência. Ou seja, de acordo com o artigo 17.º e seguintes do Código, sendo adotado um determinado tipo procedimento, este vai determinar o valor máximo do benefício económico que pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato a celebrar.<sup>47</sup>

Na fase de instrução, faz-se a apresentação de candidaturas e a qualificação dos interessados. Nesse momento, explica o professor Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida que essas duas situações “[...] ocorrem no âmbito do regime-modelo do concurso limitado por qualificação prévia, para o qual, de resto, remetem igualmente os procedimentos (também bifásicos) de negociação e diálogo concorrencial.”<sup>48</sup>

Segundo a sistemática do CCP, tem-se a seguinte linha no tempo:

Concurso limitado -> interessados apresentam a respectiva candidatura -> candidatura inserida numa plataforma eletrônica (com os respectivos documentos necessários à qualificação) -> prazo estabelecido pela entidade adjudicante no programa de procedimento -> júri do concurso procede à análise das capacidades do interessado – resultado preliminar (qualificação ou exclusão de candidaturas).<sup>49</sup>

46 - Andrade apud Almeida, 2018, p. 257.

47 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 489.

48 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 259.

49 - Ibidem, loc. cit.

Após a sistemática acima, os concorrentes ainda possuem a oportunidade de aduzir algum ponto que queiram esclarecer na audiência prévia, competindo ao júri confeccionar o relatório a ser encaminhado ao órgão para a tomada de decisão sobre a contratação.<sup>50</sup>

A próxima fase é identificada como decisória, na qual o contrato é efetivamente celebrado. Nesse momento, é importante destacar que, embora seja declarado o vencedor do certame e, nessa condição, detentor do direito de assinar o contrato com o poder público, isso não implica necessariamente o direito absoluto à assinatura do contrato.

Em outros termos, conforme preconiza o CCP (arts. 70 e 80), a entidade pública pode proferir uma decisão negativa (*decisão de não adjudicação*) diante de circunstâncias imprevisíveis ou supervenientes que tragam algum óbice à assinatura do contrato, atraindo, por outro lado, como não poderia ser diferente, o direito à indenização do vencedor do procedimento de contratação.<sup>51</sup>

É importante registrar que, tal qual no Brasil, em Portugal, compete ao órgão adjudicante proferir a decisão de classificação da lista, prevendo os concorrentes que se encontram aptos e os que serão desclassificados.<sup>52</sup> No caso brasileiro, a Lei nº 8.666/93 não denomina a pessoa jurídica que assinará o contrato de órgão adjudicante, mas simplesmente de entidade pública (autarquias e fundações, por exemplo) ou órgão público.

Cabe registrar que, nessa fase de tomada de decisão dos contratos portugueses, ainda são exigidos dos concorrentes todos os documentos de habilitação,<sup>53</sup> visando demonstrar a ausência de impedimento de serem contratados pela Administração, mediante a comprovação da inexistência de dívidas perante a Seguridade Social ou condenação por crime que afete a “honorabilidade profissional”.<sup>54</sup>

De mais a mais, diante da iminente contratação, fica o concorrente obrigado a prestar garantia do cumprimento da execução contratual, mediante caução. A falta de caução, como aponta o professor Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida, enseja “a caducidade da adjudicação”, com a escolha do concorrente subsequente.<sup>55</sup>

50 ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 260.

51 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 261-262.

52 - *Ibidem*, loc. cit.

53 - PORTUGAL. **Lei nº 18, de 29 de Janeiro de 2008**. Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

Artigo 77.º

1 - A decisão de adjudicação é notificada em simultâneo a todos os concorrentes, indicando-se, quando aplicável, o prazo de suspensão previsto no n.º 3 do artigo 95.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º, conforme o caso.

2 - Juntamente com a notificação da decisão de adjudicação, o órgão competente para a decisão de contratar deve notificar o adjudicatário para:

- a) Apresentar os documentos de habilitação exigidos nos termos do disposto no artigo 81.º;
- b) Prestar caução, se esta for devida, indicando expressamente o seu valor;
- c) Confirmar no prazo para o efeito fixado, se for o caso, os compromissos assumidos por terceiras entidades relativos a atributos ou a termos ou condições da proposta adjudicada.
- d) Se pronunciar sobre a minuta de contrato, quando este for reduzido a escrito;
- e) Confirmar no prazo para o efeito fixado, se for o caso, a constituição da sociedade comercial, de acordo com os requisitos fixados nas peças do procedimento e os termos da proposta adjudicada.

3 - As notificações referidas nos números anteriores devem ser acompanhadas do relatório final de análise das propostas. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/248178/details/maximized>. Acesso em: 03 jul. 2020.

54 - ALMEIDA, op. cit., p. 262-263.

55 - ALMEIDA, op. cit., loc. cit.

Como uma das últimas etapas dessa fase do ordenamento português, está o momento no qual o contrato será celebrado. O regramento português<sup>56</sup> propicia uma interessante análise desse momento, já que, nessa ocasião, a entidade (órgão) adjudicante irá elaborar e aprovar a minuta do contrato “[...] com possíveis ajustamentos, reclamados por razões de interesse público – pelo órgão competente para a decisão de contratar, e aceite pelo órgão adjudicatário, após o que se procederá à *outorga do contrato* [...]”,<sup>57</sup> além de o CCP possibilitar a existência de contratos eletrônicos.<sup>58</sup>

Esse é um dos pontos de mais acentuada diferenciação em relação ao sistema brasileiro de contratação. Consoante a Lei nº 8.666/93, quando da publicação do edital de concorrência (de licitação ou convocação dos interessados que possuam interesse em prestar algum serviço ao poder público), a minuta do edital está inserida como um dos anexos do instrumento publicizado. Ou seja, antes mesmo de qualquer decisão sobre a contratação, a minuta já estará presente no processo que ensejará a vindoura contratação, possibilitando que o concorrente esteja previamente ciente dos reais termos que serão estipulados quando da assinatura do pacto administrativo. Tal conhecimento prévio poderá subsidiar a impugnação do interessado sobre a minuta apresentada.

Voltando ao ordenamento luso, um dos aspectos importantes sobre os contratos administrativos é o tipo de procedimento utilizado para desenvolver a relação necessária com o particular que irá disputar a contratação pelo Poder Público.

Em Portugal, tal relação é disciplina no Título III do CCP (artigos 112 ao 218-D), que prevê as seguintes figuras: a) consulta prévia e ajuste direto; b) concurso público; c) concurso limitado por prévia qualificação; d) procedimento de negociação; e) diálogo concorrencial; e f) parceria para a inovação.

Além disso, o CCP português ainda reserva uma estrutura própria para procedimentos especiais (artigos 219 ao 250-D). No Título IV, temos: a) concurso de concepção; b) sistemas de aquisição dinâmicos; c) sistemas de qualificação; d) serviços sociais e outros serviços específicos. Como ponto de convergência em relação a todos os procedimentos, o CPP possui a natureza e o valor do contrato.

Já o ordenamento brasileiro adota o sistema bifásico para a formação dos contratos administrativos, sendo uma fase interna e uma externa.

---

56 - PORTUGAL. Lei nº 18, de 29 de Janeiro de 2008. Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

Artigo 94º

Redução do contrato a escrito

1 - Salvo nos casos previstos no artigo seguinte, o contrato deve ser reduzido a escrito através da elaboração de um clausulado em suporte papel ou em suporte informático com a aposição de assinaturas electrónicas.

2 - Salvo disposição em contrário constante do programa do procedimento, as despesas e os encargos inerentes à redução do contrato a escrito são da responsabilidade da entidade adjudicante, com excepção dos impostos legalmente devidos pelo adjudicatário. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/248178/details/maximized>. Acesso em: 03 jul. 2020.

57 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 263.

58 - Sobre o ponto, Diogo Freitas do Amaral afirma que o CCP português promoveu verdadeira revolução em termo de tramitação dos diferentes tipos pré-contratuais: “Com efeito, ainda antes de tal lhe ser exigido pelo Direito Europeu, o legislador nacional optou pela desmaterialização integral (princípio do «tout électronique») dos procedimentos respeitantes à formação de contratos públicos, tendo-se assistido, por esta via, «à substituição dos tradicionais suportes (*máxime* o papel), ao cumprimento de novas exigências (caso de assinatura eletrónica da proposta) ou ao abandono de práticas ancestrais (*v.g.* a fase do ato público do concurso)».” (AMARAL, 2018, p. 490).

Na fase interna, há as seguintes etapas: a) requisição do objeto que será contratado; b) estimativa do valor da contratação; c) autorização da despesa, com a verificação da existência de orçamento; d) designação de comissão processante de licitação; e) elaboração das minutas do instrumento convocatório e do contrato; f) análise jurídica das minutas do instrumento convocatório e do contrato por órgão de assessoramento jurídico; e g) outras exigências, tais como a realização de audiência pública em virtude do valor da contratação e elaboração de certos projetos em virtude da complexidade da contratação.<sup>59</sup>

Dessas etapas, um dos pontos de maior diferenciação do ordenamento português em relação ao brasileiro se refere à análise jurídica das minutas dos instrumentos, submetidas previamente ao órgão que presta assessoramento jurídico.

No Brasil, a Lei nº 8.666/93 estabeleceu, como condição para o prosseguimento da contratação, que os principais instrumentos (edital e minuta do contrato)<sup>60</sup> sejam analisados previamente por um órgão de assessoramento jurídico, o que comumente é feito pelas Procuradorias de Justiça (federal, estaduais e municipais), sob pena de ilegalidade do gestor e possível responsabilização perante órgão de controle. Em Portugal, até pela diferenciação do sistema de representação dos órgãos públicos, não há essa mesma exigência no Código de Contratações Públicas (CCP).

Por fim, a fase externa para a formação dos contratos administrativos brasileiros inicia-se com a assinatura do contrato, com a subsequente execução do objeto avençado, findando com o término da vigência e adimplemento das obrigações pactuadas, reservando a Lei nº 8.666/93 os artigos 54 a 88 para tratar de temáticas como alteração contratual, rescisão e inexecução.

## 2.4 O Diálogo Concorrencial Português e o Futuro Diálogo Competitivo Brasileiro

Ponto interessante e peculiar ao ordenamento português atine a uma das formas procedimentais para a formação do contrato administrativo. Trata-se do diálogo concorrencial, figura prevista entre os artigos 29 a 30 e, em capítulo específico, nos artigos 204 ao 218.

Primeiramente, impende salientar que o diálogo concorrencial português é fruto de um amadurecimento do instituto que começou a ser gestacionado em meados de 2004, mediante a Diretiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Evidentemente que, no momento inicial, a configuração do instituto se mostrava diferente do que é consubstanciado no atual Código de Contratações Públicas de Portugal (CCP).

59 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 130-132.

60 - BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

**Parágrafo único.** As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (grifos acrescidos). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

Luís Verde de Sousa afirma que a Diretiva nº 2004/18/CE possuía um caráter restritivo repensado a partir da edição da Diretiva nº 2014/24/EU.<sup>61</sup> Foi a partir dessa nova Diretiva que o diálogo concorrencial ganhou os atuais contornos e com a previsão de sua aplicação a todos os Estados-membros.<sup>62</sup>

Hodiernamente, segundo as disposições do art. 29 do CCP, o diálogo concorrencial é utilizado quando a entidade adjudicante perceber que as suas necessidades não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis, sem os bens ou serviços incluírem a concepção de soluções inovadoras ou quando não for objetivamente possível adjudicar o contrato sem negociações prévias devido à circunstâncias específicas relacionadas com a sua natureza, complexidade, montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a ele associados e não for objetivamente possível definir com precisão as especificações técnicas por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica.<sup>63</sup>

Em outros termos, a modalidade diálogo concorrencial é adotada quando há certa complexidade no objeto a ser contratado pela Administração (art. 30, nº 1 do CPP). Essa complexidade se configura mediante as seguintes circunstâncias: quando for impossível definir, de forma objetiva, “[...] a solução técnica mais adequada à satisfação das necessidades da entidade adjudicante” (*alínea “a”, nº 2*); os meios técnicos aptos a concretizar a solução definida pela entidade administrativa (*alínea “b”, nº 2*); e existir a necessidade de definir, em termos suficientemente claros e precisos, a estrutura jurídica ou a estrutura financeira inerentes ao contrato a celebrar (*alínea “c”, nº 2*).

Diante das sobreditas dificuldades, o diálogo concorrencial possibilitará que a entidade adjudicante debata a formação do contrato, de forma prévia, com os potenciais interessados na execução do contrato a celebrar. Com esse instrumento, haverá uma sinergia entre a entidade administrativa e o particular para a construção da viabilidade do objeto a ser vindouramente adquirido pela Administração.<sup>64</sup>

É importante ter em mente que o procedimento de contratação não pode ser enxergado como um instrumento de equidistância entre os interessados. Haverá situações em que o Poder

---

61 - Eis o que aponta o art. 26, nº 4 da Diretiva 2014/24/EU:

4. Os Estados-Membros devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizarem um procedimento concorrencial com negociação ou um diálogo concorrencial nas seguintes situações:

a) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços que preencham um ou mais dos seguintes critérios:

i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis,

ii) os produtos ou serviços incluem a concepção ou soluções inovadoras,

iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associadas,

iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, na aceção dos pontos 2 a 5 do Anexo VII; DIRECTIVA (UE) 2014/24. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 03 jul. 2020.

62 - SOUSA, Luís Verde de. Novidades em matéria de negociação de propostas na nova directiva europeia da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Belo Horizonte, ano 6, n. 10, set./fev. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pidCntd=246929>>. Acesso em: 16 maio 2020.

63 - PORTUGAL. **Lei nº 18, de 29 de Janeiro de 2008**. Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Disponível em: [https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/248178/details/normal?p\\_auth=Gqk0VQ5s](https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/248178/details/normal?p_auth=Gqk0VQ5s). Acesso em: 03 jul. 2020.

64 - Ibidem.

Público apresentará uma demanda específica, altamente complexa e de pouco conhecimento do mercado ou da própria Administração, fazendo-se necessário dialogar com vistas à definição dos procedimentos e à adequada quantificação do objeto do contrato, evitando-se, assim, desperdício de recursos públicos.

Nas palavras de Marcelo Dantas Rocha, o diálogo possibilita:

A proposta legislativa também inclui entre as modalidades de licitação o diálogo competitivo (inciso VI do artigo 25) para situações que envolvam questões técnicas, tecnológicas ou metodológicas específicas (artigo 29).

A modalidade possui ampla experimentação no direito europeu.

Diante de necessidades complexas, a administração, por não ter domínio naquele campo, pode não conseguir estabelecer uma solução adequada para sua demanda sem uma construção conjunta com a iniciativa privada.

Então, partindo apenas das “necessidades e exigências já definidas”, após a etapa de pré-seleção dos licitantes, o diálogo propriamente dito terá início, fase de discussões que poderá se desenvolver em diversas etapas até a identificação da melhor solução.

Concluído o diálogo, a administração acolherá as propostas finais dos licitantes, que deverão conter todos os elementos necessários para a realização do projeto.<sup>65</sup>

A legislação brasileira não prevê a figura do diálogo concorrencial e muito menos trabalha com essa nomenclatura. Ao que tudo indica, a inserção dessa nova figura, ou modalidade licitatória, como previsto em projeto de lei, será inaugurada no ordenamento com a denominação de diálogo competitivo, mediante a votação e publicação do Projeto de Lei (PL) nº 1.292/1995, atualmente em discussão no Congresso brasileiro.

No PL nº 1.292/1995,<sup>66</sup> o legislador tenciona realizar uma interpretação autêntica, trazendo no bojo do vindouro diploma o que se entende por diálogo competitivo.

Além disso, o PL nº 1.292/1995 informa que o diálogo competitivo brasileiro só poderá ser utilizado nas seguintes hipóteses: quando objetivar a contratação de objeto necessário a inovação tecnológica; as necessidades do órgão administrativo não puderem ser atendidas sem adaptações de soluções disponíveis no mercado; a Administração não puder definir, com precisão, as especificações técnicas de determinada contratação.

Como se pode observar, há linhas de convergência entre o diálogo concorrencial do modelo português e o futuro diálogo competitivo do modelo brasileiro, conquanto as nomenclaturas utilizadas sejam diferentes.

65 - ROCHA, Marcelo Dantas. **Anotações sobre o PLC 6.814/2017: principais aspectos da proposta da nova Lei Geral de Licitações.** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 16, n. 190, out. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248552>>. Acesso em: 16 maio 2020.

66 - XLII – diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras de grande vulto em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo.

## 2.5 Análise Comparada das Prerrogativas dos Contratos Administrativos

Após a formação do contrato (assinatura da avença), segue-se propriamente o período executivo, ou seja, o momento a partir do qual o contratado irá entregar à Administração o objeto pactuado.

O legislador português foi muito arguto na montagem da estrutura do Código de Contratações Públicas, pois estabeleceu regras gerais próprias para os contratos administrativos e outras para os contratos de natureza específica.

Para os primeiros, há a Parte III, Título I do CCP, que prevê o regime substantivo dos contratos administrativos, englobando: a) uma disposição geral (artigos 278 a 282); b) regras sobre invalidades do contratos (vícios) (artigos 283 a 285); c) a execução propriamente do pacto, prevendo, por exemplo, quais princípios se aplicam à fase de execução, as informações que podem ser compartilhadas e o que deve ser mantido sob sigilo, o gestor do contrato, o prazo para pagamento e a revisão dos preços (artigos 286 a 301-A); d) conformação da relação contratual (artigos 302 a 310), e) modificações objetivas do contrato (artigos 311 a 315), f) cessão da posição contratual e subcontratação (artigos 316 a 324), g) regras sobre o incumprimento do contrato, o que envolve, *verbia gratia*, inadimplemento por fato imputável pelo cocontratante e o direito de retenção (artigos 325 a 329); h) causa sobre o que enseja a extinção do contrato (artigos 330 a 335); e, por fim, h) regras especiais na fase de execução dos contratos administrativos, o que envolve a negociabilidade da vigência dos vínculos contratuais (artigos 336 a 337).

Na parte sobre os contratos especiais, o legislador teve a preocupação de sistematizar algumas figuras, ante a peculiaridade do tipo de relação desenvolvida e o que se pretende com o contrato. Nesse caso, há cinco tipos de contratos especiais: a) empreitadas de obras públicas; b) concessões de obras públicas e de serviços públicos; c) locação de móveis; d) aquisição de bens; e e) aquisição de serviços.

Do exposto, cabe indagar o que dá a tônica especial dos contratos administrativos. Segundo Francisco António de M.L. Ferreira de Almeida:

A existência de um regime substantivo próprio de execução dos contratos administrativos radica na necessidade de assegurar o cumprimento da imposição constitucional da prossecução do interesse público. De modo que, sem desfigurar a *dimensão consensual* do contrato, importa dotar o contraente público de certos *poderes de autoridade*, denunciativos da sua *supremacia jurídica* sobre o co-contratante privado.<sup>67</sup>

A doutrina portuguesa nomina esse regime de *poderes de conformação da relação contratual*, repousando no art. 302 do CCP o permissivo para a Administração adotar ações diferentes em relação ao seu cocontratante privado, como, *exempli gratia*:

- a) dirigir o modo de execução das prestações;
- b) fiscalizar o modo de execução dos contratos;
- c) modificar unilateralmente, em relação ao conteúdo e ao modo de execução, as cláusulas dos contratos;

67 - ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 264.

- d) aplicar as sanções previstas diante da inexecução contratual;
- e) rescindir unilateralmente os contratos; e
- f) ordenar a cessão da posição contratual entre terceiros.

No Brasil, o legislador conferiu outra nomenclatura, nominando esse regime de cláusulas exorbitantes,<sup>68</sup> consubstanciando a sua previsão no art. 58 da Lei nº 8.666/93. Tais cláusulas conferem significativa prerrogativa à Administração, possibilitando a sua invocação mesmo que não estejam previstas expressamente no contrato.<sup>69</sup> Nesse sentido, Ronny Charles Lopes de Torres assevera que:

Tais prerrogativas advêm do próprio ordenamento jurídico, o que significa que eventual omissão não prejudica o direito da Administração de tomar algumas das atitudes previstas pelo artigo 58. Isso não impede que a minuta contenha expressamente as prerrogativas previstas pela legislação, contudo, mesmo omisso o instrumento, nos contratos administrativos em sentido estrito, tais prerrogativas existirão, por determinação legal.<sup>70</sup>

No Brasil, tendo em vista a determinação legal,<sup>71</sup> os contratos administrativos são regidos com as seguintes cláusulas exorbitantes: alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de sanções e ocupação provisória. Por pertinente, registre-se emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ versando sobre as cláusulas exorbitantes:

EMENTA: [...] A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. Em atenção aos termos do pedido cumulativo formulado na exordial, no qual se pede a aplicação da cláusula penal e, ainda, do ressarcimento a título de perdas e danos, este Juízo entende que os pedidos são excludentes, não podem merecer aplicação cumulativa, diante do poder de rescisão unilateral por parte da Administração Pública, como decorrência da incidência das denominadas cláusulas exorbitantes. [...] <sup>72</sup>

68 - Valendo-se da doutrina de Juan Alfonso Santamaria Pastor, Rafael Carvalho Resende Oliveira afirma que as cláusulas exorbitantes também estão presentes no ordenamento espanhol, com cláusulas de interpretação unilateral, modificação unilateral, poder de correção ou sancionatório etc. (PASTOR apud OLIVEIRA, 2018, p. 264).

69 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 264.

70 - TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 742.

71 - BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

72 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1438568/RJ**. Relator: Min. Herman Benjamin, 11 de outubro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=CL%C1USULAS+EXORBITANTES&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 23 maio 2020.

Conquanto praticamente todos os ordenamentos prevejam as prerrogativas contratuais, tais cláusulas não estão imunes a críticas de várias ordens. Rafael Carvalho Rezende Oliveira afirma que, na verdade, a presença das cláusulas exorbitantes de forma absoluta traz consequências negativas para a eficiência administrativa, haja vista a insegurança ocasionada ao particular contratado e a inserção de incertezas na relação contratual.<sup>73</sup> Defende o ilustre administrativista que a inexistência das cláusulas exorbitantes não prejudica o interesse público, já que existe a possibilidade de a Administração Pública promover as alterações pela via consensual ou até mesmo com uma nova contratação.<sup>74</sup>

Corroborando essa vertente da flexibilização ou inaplicabilidade das cláusulas contratuais o doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que advoga pela tese de que as cláusulas exorbitantes poderiam ser incluídas de maneira discricionária em cada contrato.<sup>75</sup>

Em que pesem as opiniões de peso que advogam essa tese, é necessário consignar que a flexibilização ou aplicação discricionária das cláusulas exorbitantes nunca terá o efeito prático que se defende na teoria. Basta perceber que os interesses subjacentes ao contrato firmado são diferentes. Além disso, impende observar que os precedentes que ensejaram essas prerrogativas remontam ao século passado;<sup>76</sup> se persistem até os dias atuais, só demonstram que pouca coisa mudou no que se refere a estabelecer uma relação contratual com a Administração Pública. Soma-se a isso o fato de que a consensualidade não estará presente em todas as contratações, e uma nova contratação pode ser mais custosa do que a que estava vigente.

Noutro giro, é importante consignar que, mesmo diante da excepcionalidade inerente aos contratos administrativos, ainda assim, em boa parte das ações desenvolvidas pela Administração Pública na avença, está presente a natureza negocial, o que, nos termos do art. 307, n° 1, do CPP, “[...] significa que a Administração não goza neste domínio de autotutela declarativa: ou seja, na falta de acordo do cocontratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através de uma ação administrativa”.<sup>77</sup>

No entanto, determinadas ações representam, por outro lado, verdadeiro ato administrativo, motivo pelo qual o Poder Público acaba assumindo prerrogativas que denotam o poder de conformação, sintetizadas, por exemplo, por ordens ou instrução de exercício e fiscalização do contrato, aplicação de sanções, resolução unilateral do pacto, etc.<sup>78</sup>

Desses poderes, o de maior impacto na relação é o da necessidade de o contraente privado esperar a mora da Administração Pública no adimplemento da avença, comumente conhecida como *exceptio non adimpleti contractus*.

73 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 272.

74 - *Ibidem*, p. 273.

75 - Moreira Neto apud Oliveira, 2018, p. 272.

76 - Os precedentes, como aponta Diogo Freitas do Amaral, remontam ao século XIX, quando o Conselho de Estado Francês passou a se pronunciar em litígios envolvendo entidades públicas (municípios) e concessionárias que estavam explorando serviços públicos de energia elétrica e transporte público.

77 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 521.

78 - *Ibidem*, loc. cit.

Essa situação é bem sintetizada por Diogo Freitas do Amaral:

[...] dadas as especificidades do contrato administrativo, nomeadamente em termos de prossecução do interesse público, a conduta do cocontratante não é, neste domínio, inteiramente livre. Assim, apenas pode recusar-se a cumprir, ao abrigo da exceção de não cumprimento, se a recusa não implicar grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual (art. 327.º, n.º 1).<sup>79</sup>

O instituto da *exceptio non adimpleti contractus* confere um poder de mora por parte da Administração em relação ao inadimplemento de suas obrigações. Defende-se que a partir do momento em que Poder Público realiza uma contratação, subjacente a esse pacto, há o interesse público da coletividade, que, provavelmente, está usufruindo de um serviço essencial, a ponto de sua interrupção ensejar danos significativos e, porventura, irreparáveis. Além disso, na confecção do contrato, a Administração não estaria buscando o lucro, mas sim atender a uma demanda direcionada anteriormente ao órgão público, mediante um pleito coletivo.

Evidentemente que o referido instituto encontra resistência, sobretudo dos que defendem a necessidade de isonomia contratual, já que o cocontratante privado também cumpre o seu papel social na sua atividade empresarial.

Na linha do que expõe a legislação portuguesa, a invocação da *exceção de não cumprimento invocável pelo cocontratante* privado só pode ser aduzida quando a interrupção do serviço não ensejar grave prejuízo para a realização do interesse público. No entanto, o legislador trouxe uma questão interessante, tendo em vista que o cocontratante privado não pode arcar com os custos que decorram da inexecução contratual por parte da Administração, sob pena de insolvência.

Nesse caso, diante da presença de relevante interesse público, o cocontratante pode alegar a *exceção de não cumprimento* quando a realização das prestações contratuais comprometa a sua viabilidade econômico-financeira ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados presentes.<sup>80</sup>

Pela pertinência, ressalte-se que o Supremo Tribunal Administrativo português já teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria no Acórdão n.º 0344/15, da relatoria de José Veloso. Confira-se:

79 - AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 540.

80 - PORTUGAL. **Lei n.º 18, de 29 de Janeiro de 2008**. Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Artigo 327.º

Exceção de não cumprimento invocável pelo co-contratante

1 - Nos contratos bilaterais, quando o incumprimento seja imputável ao contraente público, o co-contratante, independentemente do direito de resolução do contrato que lhe assista, nos termos do disposto no artigo 332.º, pode invocar a exceção de não cumprimento desde que a sua recusa em cumprir não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual.

2 - Se a recusa de cumprir pelo co-contratante implicar grave prejuízo para a realização do interesse público nos termos do disposto na parte final do número anterior, aquele apenas pode invocar a exceção de não cumprimento quando a realização das prestações contratuais coloque manifestamente em causa a viabilidade econômico-financeira do co-contratante ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença.

3 - O exercício pelo co-contratante do direito de recusar o cumprimento da prestação depende de prévia notificação ao contraente público da intenção de exercício do direito e dos respectivos fundamentos, com a antecedência mínima de 15 dias, se outra não for estipulada no contrato.

4 - Considera-se que a invocação da exceção de não cumprimento não implica grave prejuízo para a realização do interesse público quando o contraente público, no prazo de 15 dias contado da notificação a que se refere o número anterior não reconhecer, mediante resolução fundamentada, que a recusa em cumprir seria gravemente prejudicial para o interesse público. Disponível em: [https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/248178/details/normal?p\\_p\\_auth=Gqk0VQ5s](https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/248178/details/normal?p_p_auth=Gqk0VQ5s). Acesso em: 03 jul. 2020.

Sumário: I - Numa empreitada, cuja realização é financiada por «pagamentos mensais dos trabalhos» feitos, medidos, e aceites pelo dono da obra, o sinalagma prestativo estabelece-se entre esses trabalhos e o seu preço facturado e aceite pelo dono da obra;

II - O dono da obra não pode sobrestar no pagamento de trabalhos realizados, medidos, facturados e por ele aceites sem reservas, invocando como sinalagma operante outros trabalhos, embora da mesma obra, e ainda não realizados pelo empreiteiro.<sup>81</sup>

No ordenamento brasileiro, a exceção do contrato não cumprido está disciplinada nos incisos XIV e XV do art. 78 da Lei nº 8.666/93,<sup>82</sup> sendo motivo de discordância da doutrina o seu real alcance. Como expoente contrário da aplicação do instituto em face do Poder Público, Helly Lopes Meirelles sustentava que a *exceptio nom adimpleti contractus* não poderia ser aplicada em desfavor da Administração, em razão dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da continuidade do serviço público.<sup>83</sup>

Na atualidade, todavia, sobretudo após a publicação da Lei nº 8.666/93, a grande maioria dos administrativistas brasileiros<sup>84</sup> enxerga a possibilidade da aplicação do *exceptio nom adimpleti contractus*, já que o legislador brasileiro delineou os contornos do instituto.

Nos termos dos incisos XIV e XV do art. 78 da Lei nº 8.666/93 – a exemplo do que é realizado pelo CCP português, quando prevê que a interrupção do serviço não pode ensejar grave prejuízo para a realização do interesse público –, a legislação brasileira vale-se da calamidade pública, da grave perturbação da ordem interna ou da guerra para afastar a exceção do contrato não cumprido, forçando o particular a arcar com as despesas do contrato em longo período de inadimplência do Poder Público.

Contudo, ressalvada a exceção, no primeiro caso de suspensão da execução (inciso XIV, do art. 78), o prazo limite da mora do Poder Público é de 120 dias, contínuos ou intercalados, após o qual ficará assegurada a possibilidade de o contratado suspender a prestação dos serviços. Já na segunda hipótese (inciso XV, do art. 78), a tolerância em relação ao atraso dos pagamentos devidos pelo Poder Público é de 90 dias, momento a partir do qual o contratado poderá suspender a prestação do serviço.

Todavia, cotejando-se o art. 327 do CCP português com os incisos XIV e XV do art. 78 da Lei nº 8.666/93, observa-se que o Código de Contratações Públicas de Portugal foi muito mais

81 - PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **Acórdão nº 0344/15**. Relator: José Veloso, 12 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/f3487ee2365b4d1580257fb50051dd79?OpenDocument&ExpandSection=1>. Acesso em: 03 maio 2020.

82 - BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Art. 78 [...]

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

83 - MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 200-201.

84 - Nesse sentido, há doutrinadores do peso de José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello.

sensível ao tratamento da matéria, porquanto prevê que, mesmo diante de relevante interesse público a exigir a manutenção dos serviços, o cocontratante privado poderá suspender a sua execução quando ficar demonstrado que a continuidade das prestações contratuais comprometa a sua viabilidade econômico-financeira ou se revele excessivamente onerosa (art. 327 do CCP), exceção não prevista pelo legislador brasileiro.

### 3. CONCLUSÃO

Muito se tem discutido nos últimos anos sobre a necessidade de atualização da Lei nº 8666/1993, haja vista o cenário de inovações impostas à Administração Pública, o que certamente torna a Lei Geral de Contratações, datada de 1993, bastante defasada em alguns aspectos. Não à toa, depois de quase duas décadas parado, o Projeto de Lei (PL) nº 1.292/1995 voltou a ganhar atenção, sofrendo toda a tramitação necessária no parlamento brasileiro para sua aprovação no ano de 2019.

Com isso, os críticos olham para o velho continente e, de forma apressada, proferem pré-julgamento de que a legislação brasileira está atrasada em relação ao mundo.

No entanto, ao se cotejar a legislação brasileira com o Código de Contratações Pública de Portugal, constantemente atualizado em virtude das Diretivas exaradas pela União Europeia, observa-se que, de fato, há diferenças entre os estatutos, porém, há mais pontos de convergência, sendo possível apreender que a matriz do sistema de contratação é muito semelhante em ambos os países.

Existem balizas que trazem à tona características muito similares entre Brasil e Portugal no que se refere às respectivas normas de contratos administrativos, como, por exemplo, a formação dos contratos; as prerrogativas conferidas ao Poder Público na execução contratual – exceção do contrato não cumprido – e, muito provavelmente, no futuro, após a aprovação da nova lei geral de contratações brasileira, o diálogo a ser construído para se chegar à melhor solução de contratação em situações mais complexas.

As diferenças, por outro lado, não refletem a imprestabilidade de determinado diploma nem podem justificar críticas irrefletidas. Na verdade, as diferenças externadas entre os ordenamentos, e que foram esboçadas neste artigo, devem servir como ponto de partida para reflexão sobre os possíveis aperfeiçoamentos a se aplicar a determinada legislação, sem jamais ignorar as particularidades subjacentes.

### REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. 320 p.

AMARAL, Diogo Freitas do Amaral. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. 676 p.

ARABI, Abhner Youssif Mota; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **Terceirização: uma leitura constitucional e administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 182 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 616 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1438568/RJ**. Relator: Min. Herman Benjamin, 11 de outubro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=CL%C1USULAS+EXORBITANTES&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 23 maio 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIRECTIVA (UE) 2014/24. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **História da Administração Pública**. Coimbra: Edições Almedina, 2017. 405 p.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. 2. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2016. 416 p.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. 942 p.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. 480 p.

PATTO, Pedro Vaz. **No cruzamento do Direito e da Ética**. Coimbra: Edições Almedina, 2008. 380 p.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro de 2008**. Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Disponível em: [https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/248178/details/normal?p\\_p\\_auth=Gqk0VQ5s](https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/248178/details/normal?p_p_auth=Gqk0VQ5s). Acesso em: 22 jul. 2020.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 4, de 7 de Janeiro de 2015**. Aprova o novo Código do Procedi-



mento Administrativo. Disponível em: [https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/66041468/details/normal?p\\_p\\_auth=SyHaegM2](https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/66041468/details/normal?p_p_auth=SyHaegM2). Acesso em: 03 jul. 2020.

ROCHA, Marcelo Dantas. Anotações sobre o PLC 6.814/2017: principais aspectos da proposta da nova Lei Geral de Licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, out. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248552>>. Acesso em: 16 maio 2020.

RODRIGUES, Fernanda; ZAZO, Marina. **O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/opinioao-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas>. Acesso em: 27 abr. 2020.

SOUSA, Luís Verde de. Novidades em matéria de negociação de propostas na nova directiva europeia da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 10, set./fev. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246929>>. Acesso em: 16 maio 2020.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. 1.184 p.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). **Os Desafios do Direito no Século XXI: Genoma Humano, Europeísmo, Poder e Política, Constituição e Democracia**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. 240 p.







.....

# A REFORMA PSIQUIÁTRICA E O MARCO REGULATÓRIO DA POLÍTICA DE SAÚDE MENTAL: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PACIENTES EM TRATAMENTO DE TRANSTORNOS MENTAIS

.....

THE PSIQUIATRICH REFORM AND THE REGULATION OF  
THE MENTAL HEALTH POLICY: THE FUNDAMENTAL RIGHTS  
OF THE PATIENTS IN TREATMENT FOR MENTAL DISORDERS

Deomar da Assenção Arouche Junior<sup>1</sup>

Artenira da Silva e Silva<sup>2</sup>

Edith Maria Barbosa Ramos<sup>3</sup>

---

1 - Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade CEUMA. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Juiz Federal Substituto.

2 - Pós-doutora em Psicologia e Educação pela Universidade do Porto, Portugal. Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Saúde e Ambiente pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Graduada em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Docente e pesquisadora do Departamento de Saúde Pública e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

3 - Pós-Doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Brasília/DF. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora do Departamento de Direito e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão.



**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A evolução do tratamento psiquiátrico e as relações de poder envolvendo o paciente em tratamento; 1.1 O Holocausto Brasileiro e o Hospital Psiquiátrico de Barbacena; 1.2 A Carta de Bauru e o movimento pela Reforma Psiquiátrica; 1.3 A condenação do Estado brasileiro no caso Damião Ximenes Lopes; 2. Os direitos fundamentais dos portadores de transtornos mentais; 3. A Política de Desinstitucionalização e seus mecanismos de efetivação; 3.1 Retrocessos na Política de Saúde Mental; 4. Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo tem como objetivo analisar os direitos fundamentais dos portadores de transtornos mentais no sistema público de saúde do Brasil. Dessa forma, no primeiro capítulo, o trabalho trata da evolução da normatização sobre saúde psiquiátrica no país e estuda as principais normas sobre tratamento de pessoas com doenças mentais e suas mudanças, com objetivo de garantir os direitos fundamentais dos pacientes. A abordagem analisa o movimento pela Reforma Psiquiátrica iniciada com o objetivo de modificar as normas para tratamento de saúde mental, tendo em vista que o tratamento de doenças psiquiátricas no Brasil comumente não observava os direitos fundamentais básicos, como liberdade, dignidade da pessoa humana, integridade física e saúde do paciente durante o tratamento. Analisa a evolução das normas sobre o tema até os dias atuais, especialmente alterações e propostas recentes para permitir, entre outras mudanças, internações manicomialis. Ao final, avalia-se a possibilidade de as referidas mudanças implicarem retrocessos na política de saúde mental brasileira. Adotou-se o método dedutivo por meio da análise de conteúdo e da revisão bibliográfica de livros e artigos relativos ao tema abordado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reforma Psiquiátrica. Direitos Fundamentais. Saúde Mental. Dignidade. Tratamento.

**ABSTRACT:** The article aims to analyze the fundamental rights of the people with mental problems in the Brazilian public health system. Therefore in the first section the article addresses the evolution of the legislation concerning psychiatric health in Brazil. So we studied the public policies that concern psychiatric treatments and how it changes to guarantee the fundamental rights of the patients. The study highlights the movement called psychiatric reform which started in order to change the rules aimed at the treatments of mental diseases. Prior to this movement, the treatment of psychiatric diseases did not respect the fundamental rights as liberty, dignity, physical integrity and health during the therapy. Despite the psychiatric reform, that improved mental health treatments in Brazil and its regulation, recently the government has been trying to change the previously mentioned regulation in order to allow admission of the considered patients in psychiatric facilities once again. At last the article analyzes these changes that can be considered a step back in the Brazilian mental health policy. As a methodological procedure, this article has used a deductive approach through content analysis and bibliographical revision of books and articles related to the theme.

**KEYWORDS:** Psychiatric Reform. Fundamental Rights. Mental Health. Dignity. Treatment.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, como o direito à saúde, dependem de uma série de ações afirmativas do Estado para serem efetivados. A política de saúde mental brasileira passou por diversas transformações nas últimas três décadas, com reformas legislativas e mudanças nas diretrizes do tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais.

Além de ser um grupo relativamente reduzido, os portadores de transtornos mentais em geral sofrem com a discriminação perpetrada por grande parte da sociedade, inclusive familiares, resultando muitas vezes em um quadro de completa exclusão social. Essa situação fez com que as políticas voltadas para a saúde mental se tornassem essenciais, visando garantir a inserção dessas pessoas ao convívio social, na medida de suas possibilidades.

Este trabalho tenciona analisar as transformações legislativas decorrentes do movimento pela Reforma Psiquiátrica, bem como outros fatores que contribuíram para a sua consolidação nos planos nacional e internacional. Adotou-se, como referencial teórico, o pensamento de Michel Foucault sobre as restrições impostas aos pacientes durante os tratamentos de transtornos mentais e os prejuízos por eles suportados em razão de tais práticas. Foucault contestou o pensamento de que esses tratamentos deveriam ser realizados mediante o isolamento social do paciente. Essa linha de pensamento influenciou fortemente o movimento pela mudança nas formas de realizar as políticas de saúde mental em todo o mundo.

Nesse contexto, o trabalho analisou o desencadeamento do movimento pela Reforma Psiquiátrica iniciado no Brasil nos anos 80, descrevendo a situação da política pública de saúde mental praticada naquele momento, que era baseada em um modelo que priorizava a internação em grandes unidades hospitalares. O crescente número de denúncias de profissionais da área da saúde e familiares de pacientes revelou um quadro sistemático de desrespeito aos direitos humanos, em que se revelou corriqueira prática de violações à integridade física dos pacientes. Como exemplo emblemático dessa situação, cita-se o Hospital Colônia de Barbacena, fundado em 1903, que permaneceu em funcionamento até meados da década de 80. O caso ficou conhecido como Holocausto Brasileiro, em razão das 60 mil mortes ocorridas no referido hospital.

Os fundamentos da Reforma Psiquiátrica buscam alterar esse quadro, preconizando a humanização do tratamento por meio da mudança das diretrizes relativas às estruturas de tratamento. O abandono dos grandes manicômios em favor de outras formas de atendimento, como residências terapêuticas e programas de reinserção social, constitui o principal vetor da nova Política de Saúde Mental. Com o início da Reforma Psiquiátrica nos anos 80, muitas iniciativas levaram a mudanças em regulamentos e leis. Entretanto, apenas em 2001, foi aprovada a Lei nº 10.216/01, cujo objeto é a regulamentação e implementação das novas diretrizes para o tratamento de transtornos mentais. Essa lei estabelece atribuições para todos os entes da Federação na execução da política pública e define os instrumentos para a sua execução.

No plano internacional, também ocorreram fatos importantes para a consolidação do Movimento. A condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

no caso Damião Ximenes Lopes resultou na determinação para que o Estado buscasse formas efetivas de eliminar a violação sistemática de direitos humanos nas unidades de tratamento de saúde. Posteriormente, a incorporação, sob a forma de emenda constitucional, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reforçou o caráter fundamental desses direitos, constituindo-se em mais um avanço no processo.

Entretanto, o trabalho concluiu que, apesar dos progressos na consolidação da Reforma Psiquiátrica, algumas iniciativas governamentais, embora não materializadas, podem acarretar retrocessos no desenvolvimento da Política de Saúde Mental. Muitas dessas iniciativas, aparentemente, têm relação com a alegada necessidade de redução de custos em decorrência da crise fiscal do Estado. Entre as propostas apresentadas pelo Governo Federal, está a inclusão dos manicômios entre os estabelecimentos adequados ao tratamento de pacientes, o que, para a grande maioria dos profissionais e acadêmicos da área médica, contraria os preceitos da Reforma Psiquiátrica e do novo marco regulatório da matéria.

## 1. A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO E AS RELAÇÕES DE PODER COM O PACIENTE EM TRATAMENTO

Ao longo dos séculos, muito se discutiu acerca das questões sociais que envolviam as pessoas com problemas psiquiátricos. O filósofo Michel Foucault realizou importantes estudos a respeito tema, como as diferentes percepções da loucura ao longo da história e a representação da loucura como fenômeno histórico e social. Dedicou-se a analisar as imagens construídas em relação à loucura nos séculos XVII e XVIII, notadamente os temores que provocaram e os conhecimentos que se formaram em torno do tema. Na obra intitulada *O Poder Psiquiátrico*, ele faz uma análise dos hospitais psiquiátricos como forma de imposição do poder disciplinar baseado na separação entre normais e anormais.

Nesse contexto, enquadra-se o que Foucault denominou de biopoder, caracterizado, de uma forma geral, como o poder sobre a vida e a morte. A manifestação do biopoder pode ser verificada em um conjunto de procedimentos e técnicas voltados para a regulação e o controle dos pontos comuns entre o indivíduo e a população. A vida como corpo biológico torna-se objeto da “mecânica do poder” em um Estado-governo preocupado com a administração da vida individual e populacional, cuja finalidade é sua total normalização (MATTOS; RAMOS; CRUZ, 2019, p. 1752)

Em um primeiro momento, Foucault se dedicou ao estudo dos problemas do isolamento e da violência inerente ao tratamento da loucura. Posteriormente, passou a se preocupar com a maneira como se estabeleciam as relações de poder dentro da Psiquiatria, analisando as maneiras como se articulam o saber, a verdade e o poder nesse ambiente. Concluiu que as sociedades se sustentam em instituições disciplinares, como os hospitais, e que teriam função de isolar os indivíduos inaptos ao convívio. Nesse sentido:

É evidente que o internamento, em suas formas primitivas, funcionou como um mecanismo social, e que esse mecanismo atuou sobre uma área bem ampla, dado que se estendeu dos regulamentos mercantis elementares ao grande sonho burguês de uma cidade onde imperaria a síntese autoritária da natureza e da virtude. Daí a supor que o sentido do

internamento se esgota numa obscura finalidade social que permite ao grupo eliminar os elementos que lhe são heterogêneos ou nocivos, há apenas um passo. O internamento seria assim a eliminação espontânea dos «a-sociais»; a era clássica teria neutralizado, com segura eficácia — tanto mais segura quanto cega — aqueles que, não sem hesitação, nem perigo, distribuímos entre as prisões, casas de correção, hospitais psiquiátricos ou gabinetes de psicanalistas (FOUCAULT, 1978, p.90).

Segundo Foucault, a loucura só existe em sociedade, não existindo fora das formas de sensibilidade que a isolam e das formas de repulsa que a excluem ou a capturam. Diante disso, a partir do século XVIII, a loucura se tornou objeto da Medicina, passando-se a adotar a nomenclatura doença mental, momento em que se evidencia a persistência do processo de exclusão social, em razão do isolamento em hospitais gerais, da mesma forma que outros grupos tidos como indesejáveis (FOUCAULT, 2006, p. 163).

Vigorou, nesse período, a concepção de que, para se obter a cura, seria necessário afastar o paciente da família e que o isolamento no hospital, que seria um espaço terapêutico, consistia na forma adequada para o êxito do processo de cura. O filósofo afirma que a mesma dinâmica aplicada aos criminosos era aplicada aos portadores de doença mental, predominando o uso de uma técnica corretiva sobre o corpo, restringindo-se sua liberdade por meio da vigilância e absoluto controle de suas atividades.

Diante desse quadro, Foucault buscou romper com essas tendências e passou a defender um modelo de atendimento baseado na liberdade do paciente. Afirma, em *O Nascimento da Clínica*, que:

O comitê de Mendicidade da Assembleia Nacional aderiu, ao mesmo tempo, às ideias dos economistas e dos médicos que julgam que o único lugar possível de reparação da doença é o meio natural da vida social – a família. Nesta, o custo da doença reduz-se ao mínimo para a nação e também desaparece o risco de vê-la complicar-se no artifício, multiplicar-se por si mesma e tomar, como no hospital, a forma aberrante de uma doença da doença (FOUCAULT, 1998, p. 42-43).

Em outra passagem da obra, ele afirma que a liberdade deve quebrar todos os entraves que se opõem à força viva da verdade, cabendo aqui repisar o fragmento acima transcrito, de que “(...) o único lugar possível de reparação da doença é o meio natural da vida social – a família”. Em família, o doente tem uma série de benefícios que lhe trazem alívio e conforto. Destaca, entretanto, que o hospital é necessário nos casos contagiosos e complexos, e que, para pessoas pobres, que não possuem condições materiais, seria necessário criar casas comunais de doentes, que deveriam funcionar como substitutos da família e fazer circular em forma de reciprocidade o olhar da compaixão (FOUCAULT, 1998, p.48-49).

Assim, Foucault confronta o pensamento de que o tratamento de transtornos mentais deveria ser realizado prioritariamente via internação com isolamento do convívio social. Sustenta que esse modelo se caracteriza por ser opressor, uma vez que suprime as liberdades básicas do indivíduo em tratamento, submetendo-o completamente ao poder médico. Ao contrário disso, defende que o tratamento deve ser realizado sem a necessidade de exclusão social, pois essa é a melhor maneira de se buscar a cura.

No período pós-guerra, intensificam-se os questionamentos a esse modelo, apontando-se para a necessidade de desinstitucionalização.<sup>4</sup> Um dos principais aspectos dessa nova visão é a substituição do conceito de “doença mental” pela percepção da loucura como “existência-sofrimento” da pessoa (DEL’OLMO; CERVI, 2017, p. 200).

### 1.1 O Holocausto Brasileiro no Hospital Psiquiátrico de Barbacena

Embora os trabalhos de Foucault em grande parte tenham como parâmetros situações vivenciadas em séculos passados, constatamos que o modelo questionado pelo filósofo, baseado no poder psiquiátrico como forma de disciplina dos corpos, ainda é utilizado e defendido em situações atuais e recentes.

Até a década de 1980, no Brasil, estava em pleno funcionamento o Hospital Psiquiátrico de Barbacena, cidade situada no estado de Minas Gerais que recebeu a alcunha de “cidade dos loucos”, em função dos sete hospitais psiquiátricos que abrigou. O Hospital Colônia começou a funcionar em 1903, em uma área equivalente a oito milhões de m<sup>2</sup>, com a função de clínica de repouso para nervos e posteriormente como um sanatório para tuberculose. Posteriormente, com a falência da instituição, o prédio passou a ser ocupado por um hospital psiquiátrico, em que os pacientes dividiam-se em pagantes e indigentes. Os pacientes pobres e considerados indigentes eram submetidos a trabalhos forçados sem qualquer remuneração, em razão do modelo de tratamento vigente à época (BRASIL, 2003, p.01).

O Hospital Colônia acabou por se tornar símbolo do modelo combatido por Foucault e pelo marco regulatório da matéria. A instituição praticava uma política de tratamento apontada como violenta, excludente, ineficaz e violadora dos direitos humanos. O Hospital, que, a princípio, deveria ser destinado ao tratamento de pessoas com transtornos mentais, na prática, se revelava um ambiente de violações de direitos humanos, no qual milhares de pacientes foram internados à força, sem diagnóstico de doença mental. Filhas de fazendeiros que haviam perdido a virgindade e esposas trocadas por amantes acabavam silenciadas pela internação no Colônia. Da mesma maneira, prostitutas eram enviadas para o pavilhão feminino Arthur Bernardes após cortarem com gilete os homens que se recusavam a pagar pelo programa. Epilépticos, alcoólatras e homossexuais, todos foram torturados, violentados e mortos durante os anos de funcionamento do hospício. (ARBEX, 2013, p. 29).

Conforme consta do documento de apresentação do Programa de Volta pra Casa, do Governo Federal, em seu auge, o hospital chegou a abrigar 5.000 internos, vindos de diversos locais do Brasil, amontoados em um trem que parava em frente aos pavilhões (BRASIL, 2003, p.01). O trem em questão ficou conhecido como “trem de doido”, dando origem inclusive a expressão popular pejorativa em relação a doentes mentais (ARBEX, 2013, p. 26). Há relatos de que, para acomodar tantas pessoas, retiravam-se camas, substituindo-as por feno espalhado no chão. Aproximadamente 60 mil pessoas morreram no período de funcionamento do local, sendo aproximadamente 60 óbitos por semana e 700 por ano. As mortes ocorriam em razão de diarreia, desnutrição, desidratação e tantas outras doenças ou maus tratos (BRASIL, 2003, p.01).

4 - O termo é utilizado para designar a retirada de pacientes psiquiátricos das instituições manicomiais para a colocação em instalações onde possam ter melhor assistência com residências terapêuticas e acolhimento familiar.

Seria ainda prática constante no hospital o método de desencarnar os mortos, o que consistia em colocá-los em tonéis com ácido para tirar-lhes a carne e vender os esqueletos às faculdades de medicina. Entre 1969 e 1980, 1.853 corpos de pacientes do manicômio foram vendidos para 17 faculdades de medicina do país. Em 1979, o psiquiatra italiano Franco Basaglia, pioneiro na luta antimanicomial, esteve no Brasil e conheceu o Hospital Colônia, comparando-o a um campo de concentração nazista (ARBEX, 2013, p. 14-15).

A dinâmica utilizada nesses casos é praticamente a mesma aplicada aos criminosos, sendo que, quando eles também são portadores de transtornos mentais, essa repressão se intensifica. Fazendo uma análise histórica do desenvolvimento do sistema penal, constata-se que o grupo social dominante determina as condutas ilícitas e seleciona aqueles que serão etiquetados como desviantes, inimigos, não cidadãos. A internação então seria a resposta encontrada para o tratamento da loucura, como verdadeiro mecanismo de controle. (ZENKNER; SILVA, 2017, p. 176).

## 1.2 A Carta de Bauru e o Movimento pela Reforma Psiquiátrica

No fim dos anos 70, com o advento de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, ganhou força no Brasil o movimento pela reforma psiquiátrica, que buscava uma transformação no modelo vigente para tratamento de doenças psiquiátricas, até então baseado predominantemente na internação e isolamento dos pacientes em grandes manicômios. Assim, a inserção dos ditos loucos em manicômios era considerada a forma mais adequada de tratamento, reforçando o aspecto de invisibilidade social.

Em 1971, fora aprovada pela ONU a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, com o objetivo de direcionar as técnicas de tratamento psiquiátrico para incentivar os portadores de transtornos mentais a desenvolverem suas aptidões nas mais diversas atividades do cotidiano.

No caso brasileiro, o marco da luta pela reforma foi o ano de 1978, com denúncias de profissionais de saúde mental e familiares de pacientes acerca dos maus-tratos praticados nas instituições manicomiais. Assim, o movimento de Reforma Psiquiátrica eclodiu com o episódio denominado crise da DINSAM, Divisão Nacional de Saúde Mental, estrutura integrante do Ministério da Saúde responsável pela formulação de políticas públicas da área de saúde mental. O então órgão federal estava, naquele momento, há dois anos sem realizar concurso; os pacientes ficavam aos cuidados de profissionais de outras categorias em regime de bolsas. O movimento então cresceu e se organizou, tornando-se, na década seguinte, o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM), que promoveu, em 1987, o II Congresso de Saúde Mental na cidade de Bauru/SP (SILVA; LIMA, 2017, p.116).

Lá se reuniram profissionais da área de saúde mental contrários às diretrizes em vigor e que clamavam por mudanças. Ao final, elaborou-se um manifesto, assinado por 350 participantes, chamado de Carta de Bauru, que se tornou referência na luta pelo fechamento dos manicômios. As reivindicações contidas na Carta eram relativas à humanização da política pública de tratamento de doenças psiquiátricas e à garantia do respeito aos direitos humanos dos pacientes. No modelo vigente até então, baseado em isolamento em grandes hospitais, isso era quase impossível.



A partir desse ato, teve início um movimento de contestação à política manicomial, tendo como consequência imediata a propositura de um projeto de lei em 1989 pelo então deputado federal Paulo Delgado (PT-MG). O projeto previa, em três artigos, o impedimento à construção ou contratação de novos hospitais psiquiátricos pelo poder público, o direcionamento de recursos para a criação de técnicas não manicomiais de atendimento, além de obrigar a comunicação das internações compulsórias à autoridade judiciária (BRITO; VENTURA, 2012, p.52).

Em dezembro de 1991, foi aprovada, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Resolução nº 46/119, que trata da proteção das pessoas com doenças mentais e da melhoria da assistência à saúde mental (ONU, 1991). O documento buscou, de forma taxativa, declarar que pessoas nessas condições têm o direito de exercer todos os seus direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais (BRITO; VENTURA, 2012, p. 44).

Em 1987, na primeira Conferência Nacional de Saúde Mental (CNSM), já se realizavam os primeiros debates sobre desinstitucionalização. Após, em 1992, no segundo encontro, a temática ainda continuava o foco central. Em 1990, a Organização Mundial de Saúde adotou a Declaração de Caracas, o que impulsionou o debate acerca da saúde mental (SILVA; LIMA, 2017, p.117).

Assim, é possível perceber que o movimento Antimanicomial antecede a Constituição Federal de 1988, sendo que, com aprovação da Lei nº 10.216/2001, o tema ganhou densidade normativa em âmbito federal, uma vez que o referido diploma legal estabeleceu expressamente as diretrizes da política pública voltada à aludida área da saúde, reconhecendo, assim, a importância de um tratamento sistematizado e estruturado desse assunto. Importante mencionar que, no período em que a referida norma esteve em discussão no Congresso Nacional, alguns estados, como Pernambuco e Rio Grande do Sul, aprovaram leis prevendo a substituição do tratamento manicomial por outras modalidades de terapia.

### 1.3 A Condenação do Estado Brasileiro no Caso Damião Ximenes Lopes

Fato de grande relevância nesse contexto foi a denúncia do caso Damião Ximenes Lopes, ocorrido em outubro de 1999, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Quando tinha 30 anos, ele foi internado por sua mãe na única clínica psiquiátrica do município de Sobral, no estado do Ceará. O rapaz apresentava um intenso quadro de sofrimento mental, razão pela qual foi levado por sua mãe, Albertina Viana Lopes, à clínica, chamada Casa de Repouso Guararapes, que era credenciada pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Quatro dias depois, sua mãe foi visitá-lo, e o porteiro da Casa de Repouso não autorizou sua entrada. Mesmo com esse impedimento, ela conseguiu entrar e chamar por Damião (DEL'OLMO; CERVI, 2017, p.207).

O relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos transcreveu depoimento prestado pela mãe de Damião ao Ministério Público Federal, em que ela narra o momento em que foi ao encontro dele na clínica:

[...] ele veio até ela caindo e com as mãos amarradas para traz, sangrando pelo nariz, com a cabeça toda inchada e com os olhos até fechados, vindo a cair a seus pés, todo sujo, rasgado com cheiro de cocô e urina, Que quando ele caiu nos seus pés chamando polícia, polícia, polícia, e que ela não sabia o que fazer, pedindo que fosse desamarrado, todo cheio de mancha roxa pelo corpo, com a cabeça tão inchada parecendo que não fosse dele [...]  
(CIDH, 2002, p.599).

Consta ainda que, após isso, a mãe Albertina conseguiu a ajuda de alguns profissionais de saúde da casa que providenciaram cuidados a Damião. Após voltar para casa, recebeu recado para retornar à instituição, quando soube do falecimento do seu filho. Em um primeiro momento, a necropsia do corpo, realizada pelo médico da casa de repouso, foi inconclusiva, o que levou a família a solicitar novo procedimento, dessa vez, pelo Instituto Médico Legal. A segunda necropsia então identificou sinais de tortura no corpo de Damião. Diante disso, a família ajuizou ação civil indenizatória e criminal contra a clínica psiquiátrica e peticionou contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ante a falta de resposta do Estado brasileiro, a Comissão admitiu a petição, levando o caso à Corte, que, posteriormente, condenou o país ao pagamento de reparação por danos morais e materiais à família de Damião e a investigar e identificar os culpados pela morte do rapaz (DEL'OLMO; CERVI, 2017, p. 208-209).

Por se tratar de um caso envolvendo um portador de transtorno mental, a sentença enfatizou que a demora da justiça brasileira na conclusão dos processos criminal e cível constituía uma deficiência mais grave na atuação do Estado. Concluiu a Corte que o Estado, além de proteger esses grupos contra qualquer ato atentatório a seus direitos, deve adotar medidas adicionais de repressão contra novas violações. Além da obrigação de investigar e identificar os responsáveis pela morte de Damião em tempo razoável, impôs-se ao Brasil a responsabilidade de promover programas de formação e capacitação para profissionais de saúde como médicos psiquiatras, psicólogos, enfermeiros e auxiliares de enfermagem (CIDH, 2006, p.80).

Outro aspecto importante a ser destacado nesse caso é que a sentença da Corte Interamericana foi a primeira a abordar o tratamento cruel e discriminatório dispensado às pessoas com transtornos mentais. Ao reconhecer a condição de vulnerabilidade desse grupo, a Corte ampliou a jurisprudência internacional e fortaleceu no âmbito nacional as ações do Movimento de Luta Antimanicomial, que visam denunciar violações de direitos humanos em instituições psiquiátricas (DEL'OLMO; CERVI, 2017, p. 209).

Nesse contexto, o manifesto reconhecimento da Corte em circunstâncias inéditas e específicas reforça o caráter de historicidade desses direitos, que estão em constante transformação, a fim de atender a outras exigências de proteção que vierem a surgir. O caso Damião Ximenes Lopes foi o primeiro em que o Brasil foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA). Ações dessa natureza têm o efeito de obrigar o Estado violador a adotar medidas que protejam os direitos humanos fundamentais, uma vez que dão visibilidade a casos de violações, constrangendo os Estados, sobretudo nos campos político e moral, a apresentar justificativas e a adotar medidas que cessem ou amenizem a situação objeto de denúncia (PIOVESAN, 2008, p.262-263).

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PORTADORES DE TRANSTORNOS MENTAIS

Na esteira do caso Damião Ximenes, veio a aprovação da Lei nº 10.216/2001 e do Código Civil (CC) de 2002, esse último com um novo tratamento para a capacidade civil dos portadores de transtornos mentais. Assim, de acordo com o art. 3º, eram consideradas absolutamente incapazes as pessoas que não tivessem o discernimento necessário para os atos da vida civil; já o art. 4º inseria entre os relativamente capazes as pessoas com discernimento reduzido. Com isso, passou-se a considerar que o sofrimento mental não geraria, necessariamente, a completa incapacidade,

excluindo-se todo paciente psiquiátrico de atos civis. O campo jurídico passa, então, a considerar a perícia médica como auxiliar na determinação da incapacidade para os casos de interdição (DEL'OLMO; CERVI, 2017, p.210).

A Lei nº 10.216/2001 foi aprovada inicialmente com a intenção de pôr fim à construção de novos hospícios e humanizar a política de tratamento dos portadores de transtornos mentais. O novo diploma estabeleceu diretrizes que visavam garantir a dignidade dos indivíduos com transtornos mentais. Entretanto, a implementação esparsa dessa política pública previamente à edição da lei a tornava incipiente, tendo em vista que não se caracterizava por ser uma rede vertical com atuação da União, estados (e Distrito Federal) e municípios. Por conta dessa falta de articulação da atuação dos entes, a também chamada Lei Paulo Delgado ganhou ainda mais importância, pois passou a tratar a matéria de forma integrada e uniforme (ESCOSSIA; ALVES, 2018, p.399).

Nesse sentido, a nova legislação teve como objetivo superar um paradigma baseado na exclusão das pessoas com transtornos mentais do convívio em sociedade. As normas de regência até então, em sua maioria, apenas regulamentavam aspectos do ambiente interno dos hospitais psiquiátricos. A partir desse movimento, as leis mudaram o seu enfoque para a pessoa do paciente (BRITO; VENTURA, 2012, p. 51).

A internação dos considerados loucos em manicômios levava à sua quase total invisibilidade social, excluindo-os inclusive da convivência familiar. Além de terem completamente tolhidos os direitos básicos de liberdade, integridade física e dignidade humana, as pessoas internadas nessas condições tinham seu problema de saúde agravado, em razão da inadequação do tratamento ao qual eram submetidas. Como se pode observar, o movimento de luta antimanicomial revelou o tratamento indiscriminado dos pacientes, que não levava em conta suas particularidades, capacidades e limitações.

Nesse contexto, a política de saúde mental brasileira, desde a década de 1990, passou por profundas transformações em seu marco regulatório e, conseqüentemente, nos seus objetivos, com vistas a transformar essa realidade. Se, em um primeiro momento, os objetivos do tratamento eram apenas de cura ou controle da situação do indivíduo, com o fortalecimento da luta antimanicomial e o advento da Constituição Federal de 1988, a luta passou a ser também pelo reconhecimento de direitos a desses pacientes e da sua capacidade de exercê-los. Esse parâmetro foi reforçado com a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, internalizada com status de emenda constitucional em 2008. Da mesma forma, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (13.416/2015) veio a integrar esse sistema normativo de proteção às pessoas portadoras de transtornos mentais. O referido Estatuto altera o Código Civil de 2002 e retira do rol de incapazes todas as pessoas com sofrimento mental para considerar que todas são consideradas capazes e que qualquer restrição a suas liberdades depende de ação judicial (DEL'OLMO; CERVI, 2017, p.210).

Embora não houvesse a necessidade da elaboração de outros atos normativos reconhecendo essas pessoas como sujeitos de direito, em razão da previsão em documentos internacionais e na Constituição Federal, a promulgação da Lei Antimanicomial reforçou essa garantia, na medida em que estabeleceu regras específicas para o tratamento humanizado e para a reinserção social do indivíduo. Desse modo, a lei facilitou a reivindicação para que o Poder Público adote medidas que deem provimento a esses direitos.

Os direitos fundamentais das pessoas com deficiência, nos atuais parâmetros legais, abrangem ainda o direito à saúde psicológica, que vai além da noção de ausência de doença, exigindo também a consideração do bem-estar emocional do paciente. O bem-estar é atingido com o auxílio de ações públicas que preservem a saúde psicológica dos cidadãos. Nessa linha, a Reforma Psiquiátrica surgiu como um movimento sociopolítico na seara da saúde pública, cujo documento de expressividade é a Declaração de Caracas, aprovada na Conferência Regional para a Reestruturação da Atenção Psiquiátrica na América Latina dentro dos Sistemas Locais de Saúde, convocada pela Organização Mundial da Saúde, que contou com a aderência brasileira (BRAUNER; CABRAL JÚNIOR, 2017, p. 236).

### 3. A POLÍTICA DE DESINSTITUCIONALIZAÇÃO E SEUS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO

Um dos principais objetivos da reforma psiquiátrica é a desinstitucionalização do tratamento. Assim, o fator fundamental para o desenvolvimento dessa política é a reinserção do portador de transtorno mental na coletividade. A intenção é acabar com o alijamento do convívio social do paciente, sem, logicamente, negligenciar os aspectos médicos do tratamento.

A Lei nº 10.216/01 trata, em sua totalidade, do processo de desinstitucionalização dos pacientes, atribuindo funções a todos os entes da Federação. O diploma inova ao tratar o portador de transtorno mental como sujeito de direitos, buscando inverter a situação provocada pela internação manicomial, que impunha sofrimento adicional ao o paciente, com o fim dos seus vínculos sociais e afetivos. Veja-se:

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental (BRASIL, 2001).

Para avaliar o potencial de efetividade dessa política, é necessário adotar critérios que

permitam aferir a adequação dos seus instrumentos aos fins pretendidos. A forma adotada por muitas pesquisas acerca de políticas públicas é trifásica, ou seja, com relação aos *inputs*, aos *outputs* e aos *outcomes* (NORTON; ELSON *apud* ESCOSSIA; ALVES, 2018, p. 396). Os *inputs* consistem nos recursos alocados na implementação da política pública, os *outputs* consistem nas medidas de implementação da política pública e os *outcomes* são os resultados pretendidos e alcançados (ESCOSSIA; ALVES, 2018, p. 397).

Os *outcomes* (objetivos) da política pública buscam substituir a coisificação do indivíduo em tratamento por um *status* de visibilidade e respeito aos direitos fundamentais. O art. 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei 10.216/01 traz previsão expressa de tratamento com humanidade<sup>5</sup> e respeito a quem sofre de transtorno mental, expressando também a preocupação com sua reinserção social. O art. 4º estabelece como princípio norteador de toda a política para tratamento de doenças mentais a internação hospitalar como última opção a ser considerada (ESCOSSIA; ALVES, 2018, p. 400-401).

Os *outcomes* identificados seriam o resgate da indivisibilidade social, o fechamento de leitos e do modelo hospitalocêntrico e a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas sujeitas a tratamento por transtornos mentais.

De antemão, é possível admitir que o primeiro *outcome*, qual seja, o resgate da indivisibilidade social (por meio do tratamento com humanidade e respeito e sua paulatina reinserção em sociedade) é de difícil mensuração, até porque é corolário de uma mudança na cultura da sociedade em lidar com esse grupo estigmatizado (ESCOSSIA; ALVES, 2018, p. 401)

Entretanto, por meio da mensuração do segundo *outcome*, o fechamento de leitos e do modelo hospitalocêntrico, seria possível deduzir em que medida o resgate da indivisibilidade social está sendo realizado. Desse modo, a soma desses dois *outcomes* representaria o terceiro, que seria a efetivação dos direitos fundamentais de liberdade, saúde e dignidade dos portadores de transtorno mental (ESCOSSIA; ALVES, 2018, p. 401).

Assim, os principais *outputs*, instrumentos previstos na lei para viabilizar o alcance dos *outcomes*, seriam os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), o Programa Volta pra Casa, a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), os Serviços Residenciais Terapêuticos (SRTs) e o Programa de Desinstitucionalização. Vejamos a seguir em que consiste cada um deles.

O Programa de Volta Pra Casa busca incentivar o acolhimento fora do hospital dos indivíduos portadores de transtorno mental considerados aptos ao convívio familiar. Foi criado pela Lei nº 10.708/2003 como forma de reforçar a política de desinstitucionalização. O principal mecanismo acionado pelo referido programa seria o auxílio-reabilitação psicossocial, benefício pecuniário destinado ao paciente ou ao seu representante em caso de incapacidade. Esse instrumento tem como *outcome* imediato a reinserção do louco em sociedade, já que constitui requisito da concessão do benefício (BRASIL, 2003b).

5 - Aqui, o termo “humanidade” representa a observância do Princípio da Humanidade, que decorre do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Muito relacionado ao Direito Penal, manifesta-se em alguns artigos da Constituição Federal, a exemplo do Artigo 5º, III, o qual assegura que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2018.

Os CAPS são instrumentos de tratamento para indivíduos acometidos de transtorno mental encarregados de decidir qual encaminhamento será dado ao paciente. Esse *output* possui função estratégica na política de desinstitucionalização e na substituição do modelo hospitalocêntrico, pois a operacionalização do processo de desinternação ocorre por meio desses Centros. Existem cinco modalidades de CAPS, as quais possuem horário de funcionamento, tamanho da equipe e finalidades que variam conforme o tamanho do município atendido e quanto ao público. Além disso, há atendimento específico para adultos, crianças, adolescentes e dependentes químicos, conforme previsto no art. 4º da Portaria nº 336, de 19 de fevereiro de 2002, do Ministério da Saúde (ESCOSSIA; ALVES, 2018, p. 403-404).

A Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), criada pela Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011, do Ministério da Saúde, atua integrada aos CAPS e também visa a reinserção social dos pacientes, tudo sob a égide do Sistema Único de Saúde. Atua na conscientização da importância e na busca da humanização do sistema de tratamento de saúde mental, com foco na questão da desinstitucionalização juntamente com o combate à dependência química, traçando estratégias educativas e de prevenção, nos termos dos arts. 2º e 4º da Portaria nº 3.088/2011. A norma reguladora da RAPS fixa também o compromisso dos entes da Federação quanto à política de desinstitucionalização, estabelecendo a divisão de competências no sistema de monitoramento e avaliação de responsabilidade compartilhada entre os entes (ESCOSSIA; ALVES, 2018, p. 404-405).

No que tange à divisão de tarefas, o art. 14 da Lei nº 10.216/01 estabelece as atribuições de cada ente federativo:

Art. 14. Para operacionalização da Rede de Atenção Psicossocial cabe:

I – à União, por intermédio do Ministério da Saúde, o apoio à implementação, financiamento, monitoramento e avaliação da Rede de Atenção Psicossocial em todo território nacional;

II – ao Estado, por meio da Secretaria Estadual de Saúde, apoio à implementação, coordenação do Grupo Condutor Estadual da Rede de Atenção Psicossocial, financiamento, contratualização com os pontos de atenção à saúde sob sua gestão, monitoramento e avaliação da Rede de Atenção Psicossocial no território estadual de forma regionalizada; e

III – ao Município, por meio da Secretaria Municipal de Saúde, implementação, coordenação do Grupo Condutor Municipal da Rede de Atenção Psicossocial, financiamento, contratualização com os pontos de atenção à saúde sob sua gestão, monitoramento e avaliação da Rede de Atenção Psicossocial no território municipal (BRASIL, 2001).

Existem ainda os Serviços Residenciais Terapêuticos, criados pela Portaria nº 106/00 do Ministério da Saúde. O ato antecede a própria Lei nº 10.216/01, sendo instrumento complementar ao “De Volta Pra Casa”, que é direcionado aos indivíduos que possuem vínculos familiares conhecidos. Dessa forma, são residências destinadas a quem sofre de transtorno mental e deve ser reinserido em sociedade em caso de desconhecimento da existência de familiares. (SILVA; LIMA, 2017, p. 119).

A implementação dos Serviços Residenciais Terapêuticos está condicionada a um pro-

jeto terapêutico, o que, de certa forma, deixa clara a consonância desse *output* com os *outcomes* da desinstitucionalização. A portaria reguladora, em seu art. 4º, institui expressamente as diretrizes para que o projeto promova a autonomia, a reinserção social, a reabilitação psicossocial e a percepção do usuário como cidadão e sujeito de direitos. Além disso, estabelece a criação de dois tipos de Residências, um para quem sofre de transtorno e está no processo de saída da instituição e outro para aqueles que necessitam de cuidados permanentes por apresentarem um maior grau de dependência (ESCOSSIA; ALVES, 2018, p.403).

Embora a desinstitucionalização fosse o ponto central de toda essa estrutura desde o início, o Programa de Desinstitucionalização, como estratégia de retirada de pacientes do RAPS, foi formalmente instituído apenas com a edição da Portaria nº 2.840/2014 do Ministério da Saúde. Esse programa visa efetivar as diretrizes gerais da Lei nº 10.216/01, reforçando o objetivo de abandono do modelo hospitalocêntrico (SILVA; LIMA, 2017, p.120).

Nesse sentido, o Programa de desinstitucionalização reforça o arcabouço normativo já existente em prol da política pública de desinstitucionalização, por exemplo, por meio da criação de uma Equipe de Desinstitucionalização e novamente a previsão, a avaliação e o monitoramento desse programa (ESCOSSIA; ALVES, 2018, p.406).

Diante da análise de todos esses instrumentos, é possível constatar que de fato o objetivo direto e imediato é o fechamento dos hospitais psiquiátricos, entretanto, deve-se ressaltar que o objetivo último de tais instrumentos é garantir ao portador de transtorno mental o respeito aos seus direitos fundamentais básicos.

### 3.1 Retrocessos na Política de Saúde Mental

Até o presente momento, o trabalho discorreu acerca da construção do marco regulatório, de sua evolução em direção aos objetivos de humanização do tratamento de saúde mental e dos principais instrumentos da política de saúde mental. Entretanto, recentemente, algumas alterações em normas regulamentadoras parecem contrariar as diretrizes da Lei Antimanicomial e da própria Constituição Federal.

Como indicativo desse retrocesso, por meio da Portaria nº 3.588, de 21 de dezembro de 2017, do Ministério da Saúde, foi reintroduzida na RAPS a figura do Hospital Dia, que resgata as intervenções biomédicas em detrimento das ações de recuperação e inserção social. A portaria ainda determina o reajuste no valor das Autorizações de Internações Hospitalares (AIH) de hospitais psiquiátricos segundo seu tamanho, indo na contramão de todas as recomendações internacionais e do próprio e bem-sucedido processo brasileiro de redução de tamanho dos hospitais monovalentes iniciado no início do século XXI (CAMPOS, 2019, p.3).

Tais fatos são considerados contrários à indicação da Organização Mundial da Saúde, que preconiza, no Relatório Mundial da Saúde: Saúde Mental – Nova Concepção, Nova Esperança, de 2001, que os países devem substituir os hospitais psiquiátricos por serviços de cuidado na comunidade (OMS, 2001, p. 153-155). Essa mudança causou manifestações de grupos de representantes da luta antimanicomial, apontando para um direcionamento contrário ao que se esperava na questão do tratamento psicossocial. (GOMES, 2018).

Até então, é possível notar avanços no processo de redução do sistema baseado em manicômios:

Em que pesem eventuais críticas e comentários, por vezes necessários e justos, à condução da política, é importante reconhecer muitos avanços ocorridos na RP brasileira. Uma delas é a expressiva diminuição de leitos psiquiátricos: dos 80 mil na década de 1970 para 25.988 em 2014. Considerando o investimento em serviços de atenção psicossocial, especialmente em CAPS, que em 2014 ultrapassam a cifra dos 2 mil, e alcançam uma cobertura de 0,86 CAPS por 100 mil/habitantes, os gastos com hospitais caíram de 75,24% em 2002 para 20,61% em 2013, enquanto que, revertendo a política, os gastos com atenção psicossocial passam de 24,76% para 79,39% no mesmo período. Em 2014, foram registrados 610 SRT's com 2.031 moradores egressos de instituições psiquiátricas e o Programa de Volta Para Casa passou a ter 4.349 beneficiários e as iniciativas de geração de renda chegaram a 1.008 (AMARANTE; NUNES, 2019, p. 2072).

Entretanto, o Governo Federal chegou a elaborar documento com a finalidade de colocar em prática uma nova política de atendimento à saúde mental no Brasil, que entre outros pontos, previa a internação em hospitais psiquiátricos e o financiamento para compra de máquinas de eletrochoques. Tais medidas estariam amparadas em portarias e resoluções publicadas entre outubro de 2017 e agosto de 2018 (PINHEIRO, 2019). O referido documento foi publicado em 4 de fevereiro de 2019.

Em novembro de 2019, a Coordenação-Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas do Ministério da Saúde divulgou a Nota Técnica nº 11/2019, intitulada Nova Saúde Mental. A nota apresenta, entre outras questões, a indicação de ampliação de leitos em hospitais psiquiátricos e comunidades terapêuticas dentro da Rede de Atenção Psicossocial. Consta do documento que o Hospital Psiquiátrico, incluído na RAPS, deve ser modernizado e seguir protocolos e padrões modernos vigentes. Afirma que, embora a desinstitucionalização dos pacientes moradores de hospitais psiquiátricos continue sendo incentivada pelo Governo Federal, não entende esses serviços como locais de moradias de pacientes, motivo pelo qual a desinstitucionalização não será mais sinônimo de fechamento de leitos e hospitais psiquiátricos (BRASIL, 2019a, p.17-18).

A unidade justifica a nova diretriz em razão de o país contar com cobertura deficitária de leitos na modalidade assistencial. Segundo a Nota nº 11/2019, somados os leitos em Hospitais Psiquiátricos e em Hospitais Gerais, há cerca de 0,1 leito por 1.000 habitantes, quando o preconizado pelo próprio Ministério da Saúde seria de 0,45 por 1.000 habitantes. Consta ainda que o CAPS, em muitos casos, não tem condições de cuidar do paciente e que seriam situações em que o indivíduo teria que ser internado em qualquer hipótese. Ressalta que a mentalidade antimanicomial não é para deixar de internar, é para não internar aqueles que podem ser tratados fora dos hospitais. (BRASIL, 2019a, p. 5).

Por outro lado, profissionais da área da saúde sustentam que há um retrocesso, pois a RAPS nunca incorporou os manicômios em razão de estes não serem locais onde há um tratamento de fato dos pacientes. Argumentam que é um local em que as pessoas são simplesmente depositadas sem qualquer acompanhamento. Os autores da proposta contida na Nota afirmam que a alternativa para os casos que não possam ser atendidos pelos CAPS seria a manutenção de

leitos para pacientes psiquiátricos nos hospitais gerais, os quais seriam monitorados por equipes especializadas. Outra alternativa prevista no documento é o aumento de leitos e de equipes especializadas nos CAPS em razão da resistência dos hospitais gerais em aceitarem a manutenção de alas psiquiátricas em suas instalações (PINHEIRO, 2019).

Os hospitais psiquiátricos, repaginados agora como “modernos e humanizados” – como descritos na Nota Técnica 11/2019 do MS–, fortalecem a categoria médica, com o modelo hospitalocêntrico e centrado no psiquiatra, e a utilização de tecnologias duras, sejam elas os psicofármacos ou as intervenções cirúrgicas remotas ou recentes. Não é demais lembrar que, nos rincões brasileiros, ou nas zonas remotas marginalizadas das cidades, até essa ideia de “moderno e humanizado” será apenas mais uma pá de cal atirada em um espaço blindado ao olhar externo e, portanto, imune ao controle social, característica maior dos espaços manicomial que persistem em território nacional (NUNES et al, 2019, p.4493).

Outro ponto de controvérsia da nota é a previsão do financiamento da compra de aparelhos de eletroconvulsoterapia (ECT), artefato que passou a compor a lista de Equipamentos e Materiais do Fundo Nacional de Saúde, apesar de seu uso não ser um consenso no meio acadêmico e estar historicamente vinculado às práticas indiscriminadas, punitivas e de tortura em instituições psiquiátricas, um dos motivos pelos quais foi intensamente questionado e contraindicado pelo movimento da Reforma Psiquiátrica, na defesa dos direitos humanos dos usuários (LUSSI et al., 2019, p. 01).

A contrariedade ao emprego dessa técnica se deve ao temor de uso inadequado, inclusive como forma de punição, o que ainda ocorre com alguma frequência.

A ECT quando realizada deve ocorrer em ambiente hospitalar, sob anestesia, após a avaliação do estado clínico do paciente. Deve ser obtido antes do procedimento o consentimento do paciente ou de seu responsável, em situações em que ele não tenha condições mentais e/ou etárias para o preenchimento (GUIMARAES et al, 2013, p.365).

O Coordenador-Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas do Ministério da Saúde, Quirino Cordeiro – que assina a nota técnica –, defendeu o destaque dado ao tratamento. A ideia, de acordo com ele, é orientar gestores do SUS sobre a política de saúde mental, o que inclui abordar o uso da eletroconvulsoterapia. Em defesa das alterações propostas no documento, ele argumenta ainda que os rumos da política de saúde mental foram alterados nos últimos anos, pois, após o esforço para reduzir a hospitalização dos pacientes, alguns setores passaram a pressionar pelo aumento do número de vagas para internação (FORMENTI, 2019, p.1).

Em resposta, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, do Ministério Público Federal (MPF), publicou a Nota Técnica nº 5/2019/PFDC/MPF, de 22 de março de 2019, em que pede a anulação da Resolução nº 32; da Portaria nº 3.588 e da Portaria Interministerial nº 2, publicadas em dezembro de 2017, por as considerarem ilegais e inconstitucionais, uma vez que tendem a conduzir a atual política de saúde mental para permitir a internação manicomial por longos períodos e a submissão dos pacientes a tratamento desumano. O MPF afirmou ainda que tais disposições representam um retrocesso na política de saúde pública, por acarretarem o retorno a um modelo arcaico de tratamento, que subtrai o paciente da sua existência e da possibilidade concreta de sociabilidade, lançando-o num espaço de exclusão. O direito à vida independente e à

inclusão na comunidade determina a excepcionalidade da internação hospitalar. Portanto, o dever do Estado brasileiro é garantir os serviços extra-hospitalares, a suficiência destes serviços e que as internações hospitalares sejam decrescentes (BRASIL, 2019b, p. 4-5)

Após inspeção realizada em 40 hospitais psiquiátricos em 17 estados de todas as regiões do país pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Ministério Público do Trabalho (MPT) e Conselho Federal de Psicologia (CFP), foi elaborado o Relatório de Inspeção Nacional. Consta do documento que, em setembro de 2018, 131 hospitais psiquiátricos públicos ou conveniados ao SUS estavam em funcionamento no país. Ao final, foram constatadas violações de direitos em todos os estabelecimentos e, por conta disso, recomendado o fechamento da entrada para que não ocorresse novas internações (BRASIL, 2019c, p. 505)

#### 4. CONCLUSÃO

Nos últimos 40 anos, houve um intenso debate acerca dos direitos fundamentais dos portadores de transtornos mentais, especialmente no curso do tratamento para suas enfermidades. Após o período de redemocratização, o debate em torno da humanização do tratamento de doenças mentais se intensificou, principalmente em razão das denúncias de maus-tratos praticados em manicômios.

O caso mais emblemático do quadro de desrespeito aos direitos fundamentais foi o do Hospital Psiquiátrico de Barbacena. A situação ocorrida naquela instituição foi de extremo desrespeito aos direitos humanos, não encontrando similaridade com nenhum outro caso no país, haja vista terem morrido aproximadamente 60 mil pessoas. Entretanto, segundo relato dos próprios profissionais de saúde, a situação de um modo geral era de violação sistemática dos direitos à integridade física, à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Assim, o quadro geral das instituições de saúde mental se caracterizava por imposição de maus-tratos com torturas, castigos cruéis, ausência de acompanhamento adequado nos tratamentos e isolamento social dos pacientes. A partir da iniciativa dos profissionais da área de saúde, desencadeou-se o movimento pela Reforma Psiquiátrica, que teve como objetivos gerais mudar o parâmetro vigente de tratamento de transtornos mentais e garantir os direitos básicos dos indivíduos em tratamento. A elaboração da Carta de Bauru em 1987 constituiu um importante marco nessa luta ao consolidar em um documento novos objetivos e diretrizes para o tratamento de transtornos mentais.

Embora a Lei 10.216/01 tenha entrado em vigor somente em 2001, antes desse momento, em algumas unidades da Federação, a exemplo do Rio Grande do Sul e de Pernambuco, já havia mudanças relativas à humanização do tratamento psiquiátrico, com a implantação das diretrizes referentes ao respeito aos direitos fundamentais, à desinstitucionalização, à inclusão social e ao fechamento de manicômios, com a descentralização dos tratamentos por meio dos CAPS e das Residências Terapêuticas.

Nesse sentido, a referida lei constituiu importante avanço na consolidação dos objetivos da Reforma Psiquiátrica. O diploma estabeleceu as obrigações de cada ente federativo, fortalecendo a exigibilidade do seu cumprimento até mesmo pela via judicial. Esse aspecto talvez seja um

dos que tornam sua implementação ainda mais complexa, uma vez que requer articulação entre os três poderes de todas as esferas.

O fato é que, passados 19 anos da entrada em vigor da Lei Antimanicomial, ainda não houve uma realização plena dos seus mandamentos, visto que ainda existem aproximadamente 131 hospitais psiquiátricos em funcionamento, onde situações de maus-tratos e tratamentos inadequados são bastante comuns, conforme revelado no Relatório de Inspeção Nacional do CFP (BRASIL, 2019c, p.505).

Assim, não bastasse a comprovada inércia do Poder Público em implementar efetivamente a previsão legal, dado não ter viabilizado o fechamento de manicômios ou no mínimo garantido o seu funcionamento de maneira próxima aos ditames do marco regulatório, há também o risco de retrocesso nos avanços conquistados até aqui. Dessa forma, considerando a tolerância e até mesmo o incentivo da manutenção de pacientes internados em manicômios, a intenção demonstrada quanto à mudança de direção na política de saúde mental caracteriza retrocesso e contrariedade ao marco legal.

O Estado não se desincumbiu da tarefa de fechar os manicômios e agora atua para remediar sua própria falha. Estabeleceu uma meta que entendera necessária para realizar direitos fundamentais e agora tenta relativizar essa meta por não ter atingido os objetivos propostos. Admitir a abertura de novos manicômios e a manutenção dos que já existem caracteriza afronta à Constituição Federal, já reconhecida pelo próprio Estado brasileiro quando aprovou a Lei Antimanicomial.

O argumento de que é possível manter tais instituições mediante a fiscalização do cumprimento dos padrões fixados pelo marco legal não se mostra convincente porque o próprio Estado já reconhecera anteriormente a sua incapacidade de cumprir essa tarefa e pelo fato de que a internação deve ser uma opção excepcional, utilizada apenas em casos extremos, conforme determina a lei.

Diante disso, embora a aprovação da Lei nº 10.216/2001 visasse concretizar a norma constitucional enunciativa de direitos fundamentais, para os portadores de doenças psiquiátricas, o que se observa é que isso não foi o bastante para essa concretização. A inconstitucional omissão persiste pela falta de coordenação do Poder Público para a adequada implementação da política pública. Por fim, os regulamentos em questão podem ampliar a situação de precariedade desses direitos, caso sejam efetivados.

## REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo; NUNES, Mônica de Oliveira. A reforma psiquiátrica no SUS e a luta por uma sociedade sem manicômios. **Ciência saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, p. 2067-2074, jun. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232018000602067&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018000602067&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 02 jun. 2020.

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro, Vida Genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; CABRAL JÚNIOR, Luciano Roberto Gulart. Direito Fundamental À Saúde Psicológica: Vulnerabilidade, Consentimento E Cidadania Sob O Prisma Jurídico-Bioético. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 227-243, jun. 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-AJURIS\\_142.09.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_142.09.pdf). Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Centro Cultural Ministério da Saúde. **Apresentação de Programa de Volta pra Casa**. 2003a. Disponível em: <http://www.ccs.saude.gov.br/VPC/barbacena01.html>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm). Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. **Lei 10.708/2003. 2003b**. Institui o auxílio-reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais egressos de internações. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.708.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.708.htm). Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Fundação Oswaldo Cruz. **Hospitais Psiquiátricos no Brasil. Relatório de Inspeção Anual, 2019**. Disponível em: [http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/Relatorio\\_Inspecao\\_Nacional\\_Hospitais\\_Psiquiatricos\\_FINAL\\_WEB%20\(1\).pdf](http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/Relatorio_Inspecao_Nacional_Hospitais_Psiquiatricos_FINAL_WEB%20(1).pdf). Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Nota Técnica nº 11/2019**. Esclarecimentos sobre as mudanças na Política Nacional de Saúde Mental e nas Diretrizes da Política Nacional sobre Drogas. Brasília: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: <http://pbpd.org.br/wp-content/uploads/2019/02/0656ad6e.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota Técnica Nº 5/2019/PFDC/MPE, de 22 de março de 2019**. Brasília, DF. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/notas-tecnicas/nota-tecnica-5-2019-pfdc-mpf/>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRITO, Emanuelle Seiscenti de; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Evolução dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais: uma análise da legislação brasileira. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 13, n.2, p. 41-63, jul./out. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v13i2p41-63>. Acesso em: 26 jun. 2019.

ONOCKO-CAMPOS, Rosana Teresa. Saúde mental no Brasil: avanços, retrocessos e desafios. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 11, out. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2019001300501&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2019001300501&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02 jun. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 38/02. Admissibilidade da Petição 12.237, de Damião Ximenes Lopes**. Brasil, 2002. Disponível em: <http://cidh.oas.org/>. Acesso em: 19 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença, 4 de julho de 2006. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf). Acesso em: 22 ago. 2019.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. CERVI, Taciana Marconatto Damo. Sofrimento Mental e Dignidade da Pessoa Humana: os desafios da reforma psiquiátrica no Brasil. **Seqüência**, Florianópolis, n. 77, p. 197-220, nov. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S217770552017000300197&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S217770552017000300197&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 10 jun. 2019.

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da; ALVES, André Farah. Saúde Mental e Direitos Fundamentais: A Análise da Desinstitucionalização a partir dos indicadores e do Monitoramento Interno. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 391-497, jun. 2018. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-AJURIS\\_n.144.14.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-AJURIS_n.144.14.pdf). Acesso em: 15 jun. 2019.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da Clínica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

FOUCAULT, Michel. **O Poder Psiquiátrico**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FORMENTI, Lígia. Texto do Ministério da Saúde dá aval ao eletrochoque. Nota técnica orienta compra de aparelhos no SUS, além de pregar abstinência para usuários de drogas e leitos psiquiátricos infantis. **O Estado de São Paulo**, 2019. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,texto-de-ministerio-da-saude-da-aval-ao-eletrochoque,70002712508>. Acesso em: 12 jul. 2019.

GOMES, Erick Gomes. Reforma Psiquiátrica à prova: avanços e retrocessos no tratamento psicossocial. **Ufrgs Humanista Jornalismo e Direitos Humanos**, 2018. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2018/11/01/reforma-psiquiatrica-tratamento-psicossocial/>. Acesso em: 09 jul. 2019.

GUIMARAES, Andréa Noeremberg *et al.* Tratamento em saúde mental no modelo manicomial (1960 a 2000): histórias narradas por profissionais de enfermagem. **Texto e Contexto - Enfermagem, Florianópolis**, v. 22, n. 2, p. 361-369, jun. 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-07072013000200012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072013000200012&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 05 jun. 2020.

LUSSI, Isabela Aparecida de Oliveira *et al.* Saúde mental em pauta: afirmação do cuidado em



liberdade e resistência aos retrocessos. **Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional**, São Carlos, v. 27, n. 1, p. 1-3, jan. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2526-89102019000100001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2526-89102019000100001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02 jun. 2020.

MATTOS, Delmo; RAMOS, Edith; CRUZ, Saile Azevedo da. A judicialização da saúde e a gestão biopolítica da vida: O Poder Judiciário e as estratégias de controle do sistema de saúde. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1745-1768, set. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662019000301745&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000301745&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 07 jun. 2020.

NUNES, Mônica de Oliveira *et al.* Reforma e contrarreforma psiquiátrica: análise de uma crise sociopolítica e sanitária a nível nacional e regional. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 12, p. 4489-4498, dez.2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232019001204489&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019001204489&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 05 jun. 2020.

ONU. Assembleia Geral. **A/RES/46/119**. 1991. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/46/119>. Acesso em: 08 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **RELATÓRIO MUNDIAL DA SAÚDE**. Saúde mental: nova concepção, nova esperança. 2001. Disponível em: [https://www.who.int/whr/2001/en/whr01\\_po.pdf?ua=1](https://www.who.int/whr/2001/en/whr01_po.pdf?ua=1). Acesso em: 10 dez. 2020.

PINHEIRO, Lara. Atendimento à saúde mental terá nova diretriz no Brasil; entenda 4 pontos e veja opiniões contra e a favor. G1, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/02/12/nova-politica-de-saude-mental-e-alvo-de-criticas-entenda-pontos-e-veja-opinioes-contra-e-a-favor-das-medidas.ghtml>. Acesso em 12 de julho de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Victoria Muniz Cabral; LIMA, Paolla Vieira da. Desinstitucionalização: análise dos direitos fundamentais e saúde mental pública. **Revista Cadernos do Desenvolvimento Fluminense**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 115-127, jan. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/cdf/article/view/36740/25938>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ZENKNER, Fernanda Arruda Léda Leite; SILVA, Artenira da Silva e. Hipossuficiência Técnica e Medida de segurança: a periculosidade com o subterfúgio para o exercício da violência institucional. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 04, p. 167-192, out./dez. 2017. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1019/1823> . Acesso em: 10 jul. 2019.





.....

# ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTROLE CONSENSUAL

.....

## PUBLIC ADVOCACY PERFORMANCE IN CONSENSUAL CONTROL

Felipe Sordi Macedo<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Do Controle Administrativo; 2. A consensualidade como novo modelo de controle administrativo; 2.1 O controle externo e a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta pelos Tribunais de Contas; 2.2 O controle interno da Administração Pública e a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta e de Gestão; 2.3 Mecanismos consensuais no controle judicial da Administração Pública; 3. Atuação funcional da Advocacia Pública no controle consensual; 4. Conclusão; Referências.

---

1 - Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Pós-graduado em Direito Público (UNIDERP/LFG). Bacharel em Direito (UFSC), Procurador do Estado de São Paulo, exercendo a função de Chefe do Contencioso Geral da Seccional de Mogi das Cruzes, na Procuradoria Regional da Grande São Paulo. Endereço eletrônico: fsmacedo@sp.gov.br



**RESUMO:** O artigo analisa o consensualismo como novo modelo de controle administrativo, em que é dada primazia a soluções negociadas e bilaterais com o intento de alcançar o resultado visado pelas políticas públicas. O consensualismo encontra esteio na Constituição Federal de 1988 e surge como corolário do princípio da eficiência da Administração Pública. Além disso, numa perspectiva de obtenção de resultados eficazes, tem preferência em relação à mera aplicação de sanção, ferramenta inerente ao modelo de controle burocrático. Contudo, nem sempre a adoção do modelo consensual é alternativa eficaz ao alcance pretendido, de modo que a atuação da Advocacia Pública como função essencial à Justiça mostra-se sobremaneira importante, a possibilitar ao gestor a escolha da melhor opção de controle do ato diante da situação concreta em análise.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Normas de Introdução ao Direito Brasileiro – Lei nº 13.655/2018. Controle da Administração Pública. Consensualismo. Termo de Ajuste. Advocacia Pública.

**ABSTRACT:** The article analyzes consensualism as a new model of administrative control in which negotiated and bilateral solutions are given priority in order to achieve the intended result of public policies. Consensualism is the mainstay of the Federal Constitution of 1988 and a means of achieving the principle of efficiency in public administration, whose search for effective results takes precedence over the mere application of sanctions in the bureaucratic control model. However, the adoption of the consensual model may not always prove effective within the intended scope, so that the performance of Public Advocacy as an essential function of Justice is extremely important, enabling the manager to choose the best option to control the act in the face of the concrete situation under analysis.

**KEYWORDS:** Administrative Law. Rules of Introduction to Brazilian Law - Law 13.655/ 2018. Control of Public Administration. Consensualism. Adjustment Term. Public Advocacy.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo expor o contexto que levou à recente mudança na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, levada a efeito pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, prestigiando o consensualismo como novo modelo para o controle da administração pública, em que sobressaem mecanismos bilaterais e soluções negociadas, a fim de alcançar o resultado previsto pela política pública em execução. Dado que o modelo de controle burocrático, baseado na aplicação de sanções aos controlados, nem sempre se mostrou eficaz ao alcance dos resultados visados pelo gestor público, a opção pelo controle consensual exsurge como tentativa de verdadeira concretização do princípio constitucional da eficiência da Administração Pública.

Dessa forma, a novidade legislativa reforça o modelo de controle consensual na Administração Pública como nova opção ao controle sancionatório. Com isso, atrai segurança jurídica ao estabelecimento de mecanismos bilaterais que prestigiam a solução pacífica e negociada das controvérsias. Necessário, portanto, estudar os instrumentos postos para a operacionalização desse novo modo de atuação, dos quais são exemplos os Termos de Ajuste de Conduta ou de Gestão, que vêm sendo amplamente utilizados pelos órgãos de controle externo na busca de adequação de atos irregulares aptos à sanatória e do verdadeiro alcance de resultados pretendidos. No controle interno, tais termos também são utilizados em homenagem à eficiência administrativa. Consta-se também que, no controle judicial da administração pública, as alternativas consensuais são cada vez mais positivadas, como demonstram as possibilidades conferidas pelo Código de Processo Civil de 2015; pela Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, conferindo a possibilidade de autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, e, mais recentemente, pela Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que revogou a proibição para transações em ações de improbidade, autorizando expressamente que tanto o Ministério Público quanto os entes lesados por atos ímprobos possam celebrar acordos com quem os cometeu.

Em meio a críticas e dúvidas decorrentes da aplicação de um novo modo de atuação, a Advocacia Pública, como função essencial à justiça, deve avaliar ao gestor público a escolha da opção de controle que melhor se adequa ao caso concreto, eis que nem todas as situações admitem o modelo consensual. Também é sua função atuar na regulamentação das novas possibilidades trazidas pela lei, a fim de buscar a máxima eficácia dos novos instrumentos.

### 1. DO CONTROLE ADMINISTRATIVO

No desempenho das funções administrativas, a Administração Pública, regida pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/1988), submete-se ao controle interno e externo no tocante à verificação e eventual correção de seus atos, com o fim de aferir a observância das normas e princípios de regência, a concretização e o resultado esperado das ações e decisões administrativas.

Os entes administrativos e gestores públicos estão assim compelidos ao escorreito cumprimento dos princípios e das regras jurídicas. Para tanto, em um contexto de administração pública burocrática, estabeleceu-se, em nossa tradição jurídica, a primazia ao controle punitivo, subsequente, corretivo ou “*a posteriori*”, embora a doutrina tradicional classifique também o controle administrativo – quanto ao momento – em prévio, preventivo ou “*a priori*” e também em controle concomitante ou sucessivo.

Nas palavras de Maria Silvia Zanella Di Pietro,<sup>2</sup> o controle tem por finalidade:

[...] assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade. [...] o controle constitui poder-dever dos órgãos que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado sob pena de responsabilidade de quem se omitiu.

Tem-se assim um paradigma da administração pública burocrática, calcado em positivismo exegético e representado instrumentalmente no controle punitivo, de forma a perseguir fidedignamente os procedimentos e regulamentos organizacionais. O descumprimento desses preceitos redundará em possível condenação do autor do suposto ato lesivo (controle *a posteriori*) ao ressarcimento do dano, contudo, tal método demonstrou não ser eficiente para proteger a sociedade das más práticas de gestão.

A teoria do controle sancionatório decorre da própria tradição jurídico-cultural e romano-germânica em que se baseou a formação institucional da nação, sendo que, na esfera do direito público pátrio, a grande influência é da escola francesa do Direito Administrativo. Em suma, pelo pensamento francês, os poderes administrativos do Estado encontram-se em relação de verticalidade frente ao cidadão comum, tanto é assim que seus atos contam com os seguintes atributos: presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade. No direito anglo-saxão, a cultura jurídica é marcada pela horizontalidade da administração pública em relação ao particular. Os órgãos e agentes da administração pública comungam e submetem-se ao direito comum, via de regra, não dispondo de privilégios ou de prerrogativas de autoridade pública. É nessa premissa da horizontalidade, não suscetível a tantas resistências teóricas, que se baseia a ideia de consensualidade no âmbito da Administração Pública, fazendo da solução negociada, baseada no diálogo, o instrumento prioritário do controle voltado a resultados.

*Pari passu*, diante do amplo espectro de atribuições e deveres da Administração Pública perante a sociedade, suprindo anseios comuns de saúde, educação, segurança, assistência social, previdência, entre outros, regulados pelas correspondentes normas jurídicas de regência, passou-se também a exigir uma revisitação do Direito Administrativo e de seu modelo de atuação, marcado pela tentativa de implantação de uma administração gerencial, corroborada pela inclusão da eficiência como um dos princípios constitucionais da Administração Pública (atividade administrativa), via Emenda Constitucional nº 19/1998. A eficiência, como princípio constitucional, passou a vincular a atividade administrativa, a ser exercida com presteza, perfeição e maior rendimento.

Consequência dessa transformação do Direito Administrativo, em face da já mencionada ineficiência ou até mesmo ausência de resultados práticos no controle punitivo aplicado, é a necessidade de aproximação entre a realidade inserida e as normas de controle. Para tanto, é necessário superar, em certa medida, o paradigma do controle sancionatório, o que, ao longo do tempo, pode ter contribuído para o engessamento da Administração Pública, e adotar mecanismos de controle consensual, com objetivos resolutivos e pragmáticos.

2 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 622-623.

É nesse contexto que, após transcorridos praticamente 20 anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998 e a consagração do princípio da eficiência, o acréscimo legislativo nas Leis de Introdução ao Direito Brasileiro, doravante apenas LINDB, por meio da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, prestigiou o modelo de controle consensual da administração pública, em harmonia com o preâmbulo e com o art. 4º, VII, da CRFB/1988 – solução pacífica das controvérsias e conflitos –, legitimando mecanismos bilaterais que dão primazia a noções de consensualidade, com atenção às consequências práticas na tomada de decisões. Abre-se, assim, uma importante base legal para a composição administrativa em matéria de controle administrativo.

Veja-se o que dispõem os artigos 20, 26 e 27, acrescidos à LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas

[...]

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO)”.

“Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos<sup>3</sup>.

3 - BRASIL. Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, Brasília, DF, 25 de abril 2018.

A doutrina, inclusive, chama a atenção pela opção político-legislativa advinda do fato de o escopo da novel lei ter sido a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e não a instituição de regramento autônomo. Com isso, os artigos acrescidos à LINDB ganham o status de um ‘superdireito’, ou seja, acima do universo normativo das demais normas infraconstitucionais em geral e com caráter norteador na disciplina e elaboração de novas normas jurídicas.

Essa mudança de paradigma no ramo do direito público é motivada pelo desenvolvimento e a própria transformação dos modelos jurídicos e filosóficos (liberal, social, regulatório, neoliberal) e também pelas crises institucionais e econômicas vivenciadas, levando o legislador a buscar alternativas ao estático e cada vez mais disfuncional modelo de controle em aplicação. Gestores e agentes públicos incumbidos de executar políticas públicas alegam existir uma verdadeira cultura de medo arraigada no exercício dos seus deveres funcionais, com sobreposição desproporcional do controle frente à gestão. Assevera Luciano Ferraz:

Na lógica do controle-sanção, não há meio termo: ou a conduta é conforme as regras e procedimentos ou não é. No segundo caso, o sujeito deverá ser penalizado, independente das circunstâncias práticas por ele vivenciadas na ocasião e das consequências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa e quiçá à perspectiva de justiça inerente ao Direito na modernidade<sup>4</sup>.

A novidade legislativa aplicada ao art. 20 da LINDB exsurge para possibilitar certo equilíbrio entre o dever de controle e as necessidades urgentes de resolução de problemas enfrentados pelos gestores diuturnamente. Na linha do consequencialismo, o controle transmuda-se da sua roupagem burocrático/sancionatória para materializar-se em controle por resultados, ou seja, a prestação de contas pelos agentes públicos, em termos de resultados e de conformidade, aproximando-se ao que, no direito privado, denomina-se *accountability*.

## 2. A CONSENSUALIDADE COMO NOVO MODELO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO

### 2.1 O controle externo e a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta pelos Tribunais de Contas

A inclusão dos citados artigos 26 e 27 à LINDB reforça o modelo de controle consensual na Administração Pública como nova opção em relação ao controle-sanção, permitindo o fortalecimento de instrumentos que, esparsamente, já se encontravam em utilização. Atrai-se, assim, segurança jurídica para o estabelecimento de mecanismos bilaterais em alternativa à vertente sancionatória para prestigiar a solução pacífica e negociada das controvérsias. Não à toa, a alcuha da nova LINDB é Lei da Segurança para a Inovação Pública.

O controle consensual, em prestígio ao princípio constitucional da eficiência, visa também a concretização do interesse público, por meio da cooperação negociada entre os celebrantes do acordo, a suscitar entre as partes envolvidas o entusiasmo e o desejo de colaboração para o alcance dos resultados pretendidos. Isso sempre com o devido respeito à transparência administrativa.

A análise do citado art. 26 abre margem a uma ampla dimensão de instrumentos colocados à disposição pela lei interpretativa, a serem ratificados pelo legislador, dado o permissivo

4 - FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 8, n. 31, 2010. p. 46.



concedido para a celebração de “*compromissos com os interessados*”, aptos a pôr fim a controvérsias jurídicas e interpretativas, mediante solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

Como exemplo de instrumentos adequados ao modelo proposto pelo acréscimo na LINDB, têm-se, no âmbito do controle externo efetuado pelos Tribunais de Contas, os chamados Termos de Ajustamento de Gestão ou de Conduta, conforme a denominação adotada pela regulamentação interna de cada órgão controlador, doravante apenas TAG(s).

A função principal dos Tribunais de Contas em sede de controle externo dos atos administrativos é o julgamento das contas dos administradores públicos, determinando prazos para o saneamento das irregularidades eventualmente encontradas. Em breve síntese, no julgamento de contas de seus jurisdicionados, a Casa de Contas do ente respectivo pode julgar a prestação de contas como regular, regular com ressalvas ou irregular.

Em apertada síntese, regulares são as contas que expressam a exatidão dos demonstrativos contábeis, a economicidade e a legalidade dos atos da gestão responsável (Ibidem, p. 164); regulares com ressalvas são as contas que evidenciam “impropriedade ou qualquer falta de natureza formal de que não resulte danos ao erário” (Ibidem, p. 164); e irregulares são as contas em que foi comprovada omissão, ilegalidade, ausência de economicidade, infração à norma contábil ou financeira (Ibidem, p. 164). Ainda, no caso de irregularidade das contas há a possibilidade de imputação de débito ou multa, que terão eficácia de título executivo (Ibidem, p. 165)<sup>5</sup>.

Surge assim o TAG como proposta alternativa ao punitivismo das penalidades administrativas, com a pretensão de inaugurar uma lógica de consenso no controle exercido por esses tribunais sempre que dispensável a aplicação do poder coercitivo. O TAG, ressalte-se, deve estar fora do escopo de aplicação nas hipóteses em que esteja configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processo com decisão definitiva irrecorrível, guardando observância ao princípio da moralidade administrativa.

Melhor conceituando, o TAG pode ser definido como um acordo de vontades entre o jurisdicionado controlado e a corte controladora, diante da constatação de irregularidades, de ordem jurídica ou fática, que levariam à aplicação de sanção. Em substituição a essa imperatividade, pactuam-se objetivos e correções de rumo para implementação em determinado espaço de tempo, visando sanear o ato e torná-lo regular. Nesse período, suspende-se a aplicação de penalidades ou sanções, com monitoramento pelos órgãos técnicos do Tribunal. Somente a hipótese de novo descumprimento resultaria na cominação.

[o TAG] afina-se com a moderna tendência da Administração Pública e do Direito Administrativo, menos autoritário e mais convencionais, imbuídos do espírito de ser a consensualidade alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível [...] sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo.<sup>6</sup>

5 - TEIXEIRA Oliveira, Alan José de. O Termo de Ajustamento de Gestão no controle eficiente da Administração Pública. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 235-258, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://arnsdeoliveira.adv.br/artigos/o-termo-de-ajustamento-de-gestao-no-controle-eficiente-da-administracao-publica/>. Acesso em: 13 dez. 2018.

6 - FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão e o alerta previsto no art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: dez anos depois. **Revista Técnica dos Tribunais de Contas**, Belo Horizonte, ano 1, n. 0, p. 205-214, set. 2010.

Esse instrumento de gestão guarda relação estreita com o princípio constitucional da eficiência, pautando-se pelos princípios da consensualidade, voluntariedade e boa-fé, de modo que os conflitos com a Administração se resolvam de forma livre e voluntária pelos acordantes. A segunda chance representada pelo TAG justifica-se na medida em que o controle sancionatório – ao longo do tempo – demonstrou-se incapaz de realizar o interesse público pretendido com a implementação de políticas públicas, pois a simples imposição de sanções disciplinares e pecuniárias a gestores não têm propiciado melhorias na execução dessas políticas.

O TAG, por sua vez, preconiza a entrega do resultado final do produto (*accountability*), o que é o próprio interesse público pretendido pela lei, valendo-se da análise do consequencialismo jurídico e fático ocorrido no âmbito da execução, para que seja alcançado acordo entre as partes que seja apto a produzir o resultado planejado. Subsistindo o não atendimento do resultado planejado, permanece a possibilidade de aplicação de penalidades administrativas ou até mesmo a adaptação do acordo por meio de termos aditivos, tudo conforme criteriosa análise do caso concreto. É, portanto, uma alternativa negociada a viabilizar o atendimento do interesse público.

Importante frisar que, ao celebrar um TAG, o gestor responsável assume que a irregularidade constatada, de fato, existiu, ficando vedada, dessa forma, a apresentação de qualquer justificativa ou argumentação que impeça eventual medida sancionatória. A diferença é que, no caso da celebração negociada e consensual, fica afastada, por ora, a aplicação de ato unilateral coercitivo para alcançar o resultado pretendido.

Ao firmar um TAG, o proponente não tutela um interesse próprio, mas sim um interesse coletivo indisponível. A transação deve ocorrer nos limites do ato normativo regulamentar já previamente estabelecido pelo proponente. O objeto do acordo não abrange o direito em si, mas sim novas estipulações relativas às condições de tempo, lugar e modo para a consecução do resultado pretendido, respeitada a discricionariedade do gestor na escolha das alternativas legítimas para que ocorra o efetivo atendimento do interesse público.

Vale dizer que a opção pelo TAG deve conter limites, sendo que as regulamentações já existentes no âmbito das Cortes de Contas que adotam esse novo instrumento vedam, modo geral, a pactuação do acordo nas hipóteses em que o ato irregular configurou-se em ato doloso de improbidade administrativa, desvio de recursos públicos, renúncia de receitas, decisão irrecurável sobre ato ou fato impugnado ou redução dos percentuais mínimos de investimentos nas áreas de saúde e educação.

Em artigo na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Antônio França da Costa<sup>7</sup> compilou algumas das limitações existentes, regulamentadas pelos Tribunais:

Nas leis orgânicas citadas, os tribunais de contas trazem expressamente os seguintes limites ao TAG: • TCE-SE: não pode implicar renúncia de receitas; não pode ser celebrado quando configurar ato doloso de improbidade administrativa; • TCEMG: não pode ser celebrado nos casos em que esteja previamente configurado desvio de recursos públicos e nos casos de processo com decisão irrecurável; não pode retroagir se resultar

7 - DA COSTA, França Antônio. Termo de ajustamento de gestão: busca consensual de acerto na gestão pública. *Revista TCEMG*, jul./ago./set. 2014. p. 29. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2824.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.



no desfazimento de atos administrativos ampliativos de direitos, salvo comprovada má-fé; • TCE-RN: não cabe a celebração do TAG para os casos em que ficar configurado ato doloso de improbidade administrativa; • TCE-MT: não cabe a celebração de TAG quando a situação configurar ato doloso de improbidade administrativa; ajustamento que implique renúncia de receita e casos em que já houver decisão irrecurável sobre o ato ou fato impugnado; • TCE-AM: situação que configure indícios de improbidade administrativa; existência de processo com decisão definitiva irrecurável; implicação de renúncia de receita, com a ressalva das multas aplicadas pelo Tribunal e implicação de redução dos percentuais constitucionais mínimos de investimento nas áreas de saúde e educação.

O Tribunal de Contas da União (TCU), na última reforma do seu regimento interno, Resolução nº 246, de 30/11/2011, ainda não incorporou os TAG(s) ao seu ordenamento, mas passou a admiti-los,<sup>8</sup> conforme se infere do Acórdão nº 2.121/17 – relatado pelo Ministro Bruno Dantas e tratado pelo próprio Tribunal como *leading case*, bem ainda do Acórdão nº 1.707/2017 (Plenário, rel. min. Augusto Nardes) e do Acórdão nº 393/2018 (Plenário, rel. min. Augusto Nardes).

## 2.2 O controle interno da Administração Pública e a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta e de Gestão

O controle interno da Administração Pública também pode ser chamado de controle horizontal, na medida em que – diversamente do controle externo – oportuniza a conformação legal dos atos, com a efetivação de ajustes antes da ocorrência de eventuais efeitos nocivos. Representa assim uma atuação proativa da Administração Pública, a fim de verificar e corrigir seus próprios atos, punir seus infratores e, assim, viabilizar plenamente a execução das políticas públicas.

Consagrado na doutrina, na própria legislação e no conhecido verbete Sumular do Supremo Tribunal Federal com o Enunciado nº 473<sup>9</sup> como reconhecida prerrogativa da Administração Pública, o controle interno também é um típico mecanismo consensual, cuja formalização pode ser operada via TAG(s), que também têm sido adotados com bastante frequência em sede de fiscalização de serviços concedidos, como, por exemplo, energia elétrica, telefonia, transportes e rodovias.

As agências reguladoras, por exemplo, disciplinam regramento específico sobre as matérias que podem ser objeto de TAG(s), dispondo, ainda, sobre o momento em que o acordo pode ser proposto, a autoridade competente para decidir sobre a celebração do instrumento, sanções e restrições no caso de descumprimento das obrigações assumidas e o momento de arquivamento do processo administrativo sancionador após o cumprimento integral do TAG. Assim, no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a disciplina está regradada pela Resolução Normativa nº 333/2008; na Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL,

8 - Os atos negociais da Administração praticados no âmbito de TAC, quando envolvem transação de bens e recursos públicos, estão sujeitos à jurisdição do TCU, tal qual ocorre com os procedimentos de mediação (Lei nº 13.140/2015) ou com os acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), cabendo, caso a caso, a avaliação de conveniência e oportunidade de o Tribunal atuar, com base em critérios de materialidade, relevância e risco. Tribunal de Contas da União, Acórdão 2121/2017-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS.

9 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.



pela Resolução nº 629/2013; na Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, pela Resolução nº 442/2004, c/c a Resolução nº 4.071/2013. Contudo, diante da diversidade de situações que envolvem o contexto fático ou jurídico, cabe pontuar que nem sempre haverá uma regulamentação prevendo, de forma taxativa, expressa ou exaustiva, as obrigações que podem ser estabelecidas pelo acordo. Essa eventual lacuna normativa confere curial importância à regra geral interpretativa do art. 20 da LINDB, haja vista que o pragmatismo envolto na escolha de uma decisão deve admitir certa flexibilidade na definição das obrigações a serem ajustadas, com a devida análise das consequências possíveis e do resultado prático da decisão, de modo a atingir a finalidade a que se destina.

Nessa toada, em recente decisão emanada no Acórdão nº 2.121/2017, Plenário TCU, sobre o cabimento dos ajustes celebrados no âmbito do autocontrole, considerou-se que tais instrumentos, em caráter complementar ao processo sancionatório, podem ser mais efetivos para o cumprimento de certas obrigações ou de reparação de danos. Para o órgão de controle, o consenso em torno das obrigações tem o condão de aumentar “as chances de cumprimento dos compromissos acordados, com possibilidade real de correção/cessão das condutas danosas”, o que resulta na “eliminação dos elevados custos de carregamento desses processos [sancionatórios] ao longo dos anos de suas existências, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e, eventualmente, judicial, recorrente e duradoura, por um termo objetivo e consensual”.<sup>10</sup>

Segundo o TCU, a perseguição à eficiência é o critério definidor do cabimento da celebração de um termo de ajuste, devendo estar devidamente demonstrada na motivação que fundamentou o acordo.

Experiência pioneira no âmbito do controle interno de órgãos da Administração perante outros órgãos do mesmo ente é a do município de Belo Horizonte/MG, que editou a Lei nº 9.155, de 12 de janeiro de 2006, regulamentada pelo Decreto nº 12.634, de 22 de fevereiro de 2007, concedendo à Controladoria-Geral do Município a prerrogativa de acordar com outros órgãos municipais Termo de Compromisso de Gestão (TCG), com meios corretivos para o saneamento de irregularidades.

No âmbito federal, ao regulamentar a novel legislação, o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, elenca instrumentos para a execução da lei pelos órgãos e entidades da Administração. Prevê, assim, a celebração de compromisso com os interessados, quando entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, conforme previsão do art. 10 do citado Decreto, que fixa a forma, conteúdo e procedimento desse instrumento. O art. 11, por sua vez, elenca expressamente o Termo de Ajustamento de Gestão, ressalvando a sua não aplicação nos casos em que se observe que o dano ao erário foi praticado por agentes públicos de forma dolosa ou mediante erro grosseiro.

Materialmente, as atribuições dos órgãos de autocontrole e do controle externo dos tribunais de contas não se mostram distintas, com cada um apurando em sua instância os atos administrativos praticados, o que representa a importância dada pelo constituinte à boa prática administrativa na gestão da *res* pública, a evitar o desperdício de recursos e em favor da escorreita

10 - Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-termos-de-ajuste-de-conduta-da-anatel-e-da-antt-na-visao-do-tcu-15022018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-termos-de-ajuste-de-conduta-da-anatel-e-da-antt-na-visao-do-tcu-15022018).



consecução das políticas formuladas. Isso porque quanto mais frágeis os mecanismos de controle, mais a Administração estará sujeita a erros, desperdícios e até mesmo condutas fraudulentas.

### 2.3 Mecanismos consensuais no controle judicial da Administração Pública

Também no âmbito do controle judicial dos atos da Administração Pública, as soluções consensuais são mais demandadas e utilizadas. Cite-se como exemplo a edição da Lei Federal nº 13.140/2015, que possibilita a resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público. O Novo Código de Processo Civil – Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, doravante apenas NCPC, ao estabelecer as normas fundamentais do Processo Civil, estimula o Estado ao uso dos meios consensuais de controvérsia: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” – art. 3º, §2º, do NCPC, cabendo ao advogado a sujeição a tal dever para que verifique as chances de mediação ou conciliação. E o § 3º do citado art. 3º arremata: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Registre-se que tais normas do CPC podem ser utilizadas também no processo administrativo, supletiva ou subsidiariamente, conforme disposto no art. 15 do NCPC.

José Santos Carvalho Filho (2015, p. 1036) aduz que o sentido moderno do princípio da legalidade coaduna com a visão de que não está vedado ao Estado transacionar sob a alegação de indisponibilidade do interesse público:

Não há dúvida de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego de recursos públicos, visto que estes se originam, em última instância, dos integrantes da coletividade. Entretanto, o sentido moderno do princípio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transações, sobretudo quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado, a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral; mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configure como gestão dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade.

Outra recente novidade legislativa que reforça a busca de soluções consensuais é a possibilidade da celebração do “acordo de não persecução cível”, expressamente inserida na Lei de Improbidade Administrativa. Dentro do chamado pacote anticrime, a Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, revogou a proibição para transações em ações de improbidade, de modo que o § 1º do art. 17 da Lei 8.429/1992<sup>11</sup> passou a admitir que tanto o Ministério Público quanto os entes lesados por atos ímprobos possam celebrar acordos com quem os cometeu. Sem confundir indisponibilidade com intransigibilidade, a novel dicção pode proporcionar reparação mais rápida e eficaz ao erário, efetivando assim o princípio constitucional da eficiência nos âmbitos administrativo e judicial.

11 - Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput. (Revogado pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Citem-se ainda os estímulos à conciliação judicial no sistema processual pátrio com a edição da pioneira Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei Federal nº 10.259, de 12 de julho de 2001), nos litígios de até 60 salários mínimos em que demandada a União. Nessa esteira, a Lei Federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, estendeu a possibilidade de conciliação judicial nos processos em que figuram como requeridos os demais entes da Federação, a necessitar de complementação normativa de cada ente, mas pugnando pela busca de soluções negociadas entre Poder Público e os particulares em juízo.

#### 2.4 Normatização para a celebração de mecanismos consensuais. O exemplo da Advocacia Pública Federal

O avanço obtido por meio do acréscimo legal ora em estudo à Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, no âmbito da Advocacia Pública Federal, não é propriamente uma novidade no sentido estrito da palavra.

A Constituição Federal de 1988 outorgou à Advocacia-Geral da União competência para representação extrajudicial da União. Veja-se:

##### DA ADVOCACIA PÚBLICA

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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<sup>12</sup> (grifo nosso).

Na construção legislativa do órgão encarregado da atividade técnica da advocacia pública da União, suas autarquias e fundações, o assessoramento jurídico sempre teve destaque, o que converge aos moldes de uma administração pública dialógica. Não se deve perder de linha que o nascimento da Advocacia-Geral da União dá-se já em um contexto de reforma de estado, ou seja, o Estado brasileiro como promotor e regulador do desenvolvimento socioeconômico do país, não mais o executor direto da produção de bens e serviços. Logicamente, essa concepção irá refletir na atuação do órgão.

Assim, a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 –, seus regulamentos e a legislação superveniente de estruturação do órgão, ainda que de modo não tão explícito como feito pela novel principiologia inserta na LINDB, já conduziam a Advocacia Pública Federal para a consecução de políticas consensuais. O art. 4º, inciso VI, da Lei Orgânica da AGU, por exemplo, autorizou o Advogado-Geral da União “a desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente”. A Lei nº 12.411, de 11 de junho de 2010, incluiu o art. 4-A à Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, *in verbis*:

Art. 4o-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter:(Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

12 - BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.



[...]

Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

O art. 5º da citada lei, em redação original, também merece nota:

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Sem adentrar nos pormenores técnicos que abrangem a construção de um termo de ajustamento de conduta pelo órgão encarregado na Advocacia-Geral da União, já é possível vislumbrar, a partir dos dispositivos legais acima vistos, a adoção de mecanismos consensuais, ainda que ancorados somente no instrumento formal, ou seja, o termo de ajuste, bem como a análise de consequências práticas da decisão (art. 5º, parágrafo único).

A formação de um termo de ajuste de conduta deve conter a análise de elementos de fato e de direito que conduzam à verificação da vantajosidade que a sua subscrição pelas partes interessadas acarretará ao interesse público, de modo a afastar a adoção dos mecanismos tradicionais de controle (aplicação de multas ou sanções, judicialização, entre outros). Também não se pode olvidar da previsão de restabelecimento desses métodos tradicionais de controle, sob pena de transformarem-se em instrumento nefasto de descumprimento de obrigações com o Poder Público.

Atos internos da Advocacia-Geral da União designam as autoridades que podem firmar as transações. Exemplo disso é a recente Portaria nº 12, de 16 de janeiro de 2020, por meio da qual o Advogado-Geral da União delega ao Consultor-Geral da União e ao Procurador-Geral Federal a competência de que trata o art. 4º-A da Lei nº 9.469/1997. Tais autoridades, ainda, podem subdelegar a competência, o que envolve a edição de regulamentos internos, observando-se, geralmente, limites de alçada com base em determinado valor econômico.

Por sua vez, os acréscimos da Lei 13.140/2015 trouxeram importante avanço à Lei 9.469/1997, ao autorizar o Advogado-Geral da União, ou autoridade por ele delegada, a realizar acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

Nesse sentido, em convergência a um modelo consensual, inclusive, a reforçar a prática do federalismo de cooperação, pode-se citar recente acordo firmado pela União e os estados-membros, referente à Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, conhecida como Lei Kandir. A antiga controvérsia cingia-se sobre a desoneração (não incidência), pela União, do Imposto de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transportes e Comunicação (ICMS), imposto estadual por excelência, quando da exportação de operação e prestações de mercadorias,

produtos primários e industrializados semielaborados ou serviços. Os Estados alegavam perdas bilionárias de arrecadação do ICMS ocasionadas pela União, que não regulamentou a compensação aos entes subnacionais pelo valor não arrecadado com a desoneração das exportações, conforme prevê a Lei Kandir.

A controvérsia já estava decidida com trânsito em julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 25, reconhecendo a mora legislativa e determinando ao Congresso Nacional a edição da respectiva legislação, com determinação de prazo, sob pena de incumbir ao Tribunal de Contas da União a quantificação das perdas e a fixação de montante a ser transferido anualmente da União aos entes federativos enquanto não editada lei complementar que compensasse as perdas.

A tessitura de um acordo, portanto, envolveu proposições ao diálogo às partes envolvidas, inclusive o Poder Judiciário, para a melhor execução do julgado. Em palavras do Ministro Ricardo Lewandowsky, do Supremo Tribunal Federal, na ADO nº 23, trata-se de “questão que se revela de grande complexidade conceitual e de elevada sensibilidade no tocante ao próprio pacto federativo brasileiro”.

Assim, foi acordado entre a União e os demais entes subnacionais envolvidos (estados-membros e Distrito Federal) o repasse de R\$ 65,6 bilhões daquela para estes como compensação pelas perdas do ICMS não arrecadado pela desoneração de exportações. Ainda, ajustou-se que a União envidará esforços para a promulgação de um novo Pacto Federativo, na forma como enviada a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 188/2019, em sua original, bem como fixado o prazo de 60 dias para que a União envie novo Projeto de Lei Complementar que crie regra temporária de transferência das compensações até o ano de 2037.

O caráter consequencialista do acordo firmado – ao evitar um colapso da Federação brasileira – é frisado pelo Advogado-Geral da União, José Levi Mello: “Pratica-se aqui um vigoroso federalismo de cooperação e de bom entendimento em favor do bem comum federativo, tendo como pressuposto a lealdade federativa, com a recusa em alto e bom som de um federalismo de competição fratricida”.

### **3. Atuação funcional da Advocacia Pública no controle consensual**

A Advocacia Pública passou a ter atuação definida no cenário jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento em que definitivamente obteve maior relevância institucional ao ser classificada no título referente à organização dos poderes como uma das funções essenciais à justiça e com exercício protegido por norma constitucional.

Como órgão de natureza técnica essencial à Justiça, a Advocacia Pública atua tanto na atividade contenciosa judicial do Estado – aqui compreendido o termo nos seus diversos níveis de organização político-administrativa –, bem como na consultoria jurídica da Administração Pública, concentrando a dupla função (contenciosa e consultiva) em uma instituição única, alçando-a a uma condição superior de instituição curadora da legalidade da atuação do Poder Público. Tal posição é reforçada pelo Supremo Tribunal Federal em reiterados julgamentos. Veja-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL DE RORAIMA N. 42/2014. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. VÍCIO DE INICIATIVA. *EXCLUSIVIDADE DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E DA CONSULTORIA JURÍDICA PELOS PROCURADORES DE ESTADO. PRINCÍPIO DA UNICIDADE. ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.* CRIAÇÃO POR LEIS ESTADUAIS DE CARGOS EM ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA COM ATRIBUIÇÕES INERENTES À PROCURADORIA DE ESTADO: IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO DE PROCURADORIA EM UNIVERSIDADE ESTADUAL EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. AÇÃO PARCIALMENTE PREJUCICADA E NA OUTRA EXTENSÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(ADI 5262, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 19-08-2019 PUBLIC 20-08-2019) (grifo do autor)

No mesmo sentido:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Artigo 245, I, (atual 248, I) da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. 3. Artigo renumerado e em vigor. Inexistência de revogação. Afastada prejudicialidade. 4. Criação de Procuradoria do Instituto Estadual de Terras e Cartografia. Procuradores de Autarquia desvinculados da Procuradoria-Geral do Estado. 5. Alegação de ofensa aos artigos 132 da Constituição e 69 do ADCT. 6. Descentralização. *Usurpação da competência funcional exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado.* 7. *Ausência de previsão constitucional expressa para a descentralização funcional da Procuradoria-Geral do Estado.* 8. Inaplicabilidade da hipótese prevista no artigo 69 do ADCT. Inexistência de órgãos distintos da Procuradoria estadual à data da promulgação da Constituição. Precedentes. 9. Ação julgada procedente.

(ADI 241, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 06-05-2019 PUBLIC 07-05-2019) – (grifo do autor)

Ainda:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEI COMPLEMENTAR RONDONIENSE N. 399/2007, QUE CRIA E ORGANIZA A PROCURADORIA-GERAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONSONÂNCIA AO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 94/RO. ART. 3º, INC. V, DA LEI COMPLEMENTAR N. 399/2007. *INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA AUTORIZADORA DA PROCURADORIA DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A COBRAR JUDICIALMENTE MULTAS APLICADAS EM DECISÕES DEFINITIVAS.* RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 223.037/SE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(ADI 4070, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017) (grifo do autor)

E:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional no 17, de 30 de junho de 1997, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado de Goiás, que

acrescentou os §§ 2º e 3º e incisos, ao artigo 118 da Constituição estadual. 3. *Criação de Procuradoria da Fazenda Estadual, subordinada à Secretaria da Fazenda do Estado e desvinculada à Procuradoria-Geral.* 4. *Alegação de ofensa aos artigos 132 da Constituição e 32, do ADCT.* 5. *Descentralização. Usurpação da competência funcional exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado.* 6. *Ausência de previsão constitucional expressa para a descentralização funcional da Procuradoria-Geral do Estado.* 7. Inaplicabilidade da hipótese prevista no artigo 69 do ADCT. Inexistência de órgãos distintos da Procuradoria estadual à data da promulgação da Constituição. 8. Ação julgada procedente

(ADI 1679, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2003, DJ 21-11-2003 PP-00007 EMENT VOL-02133-02 PP-00209) (grifo do autor)

Reforçado o caráter uno das instituições que compõem a Advocacia Pública, essencial para a uniformidade e segurança jurídica das decisões tomadas pelo gestor, tem-se que, em sede de controle consensual dos atos da Administração, a atuação do advogado público mostra-se curial. Assim o é porque, em se tratando de uma mudança de paradigma de atuação da Administração Pública, inclusive com status de superdireito, dada a opção pelo seu acréscimo à LINDB, muitas são as dúvidas à novel legislação, bem como as críticas inerentes à própria aplicação dos instrumentos postos à disposição pela doutrina do consensualismo.

De um ponto de vista pragmático, a consensualidade no âmbito do Estado envolve-se em um problema dual: de um lado, se utilizada de maneira correta, trata-se de uma prática vantajosa para as estruturas do Estado, especialmente do ponto de vista social e econômico, na medida em que apresenta diversos benefícios, alguns já citados acima; de outro lado, enfrenta um entrave argumentativo contundente, originário da noção tradicional da indisponibilidade do interesse público e suas repercussões, que será tratado em tópico à frente<sup>13</sup>.

O Ministério Público Federal, na Nota Técnica Conjunta nº 1/2018, teceu severas críticas ao projeto de lei aprovado, recomendando ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República o veto dos dispositivos. Em suma, ao analisar o art. 20 da LINDB, entende o *Parquet*, quanto às considerações pertinentes às consequências práticas da decisão, haver um verdadeiro desvirtuamento ao transferir para o julgador ônus e responsabilidades inerentes ao gestor público, com risco de se converter órgãos de controle em consultoria jurídica da Administração. Ao julgador, competiria tão somente aplicar a lei, confirmando ou invalidando determinado ato.<sup>14</sup>

Ainda menos amenas são as críticas ao art. 26 da LINDB, com a conclusão de que a celebração de compromisso e a transação quanto a sanções (art. 26, § 1º, II) com os interessados alçam o administrador ao “[...] campo fértil para a impunidade”, ao não fazer referência a quais seriam as concessões possíveis.

É nesse âmbito que a Advocacia Pública deve fazer protagonizar no Estado de Direito a missão que lhe foi incumbida. O advogado público deve orientar o gestor – conforme a situação que se apresenta no caso concreto – a adotar mecanismos consensuais, quando esta opção se

13 - NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 66, abr./jun. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril\\_v55\\_n218\\_p63](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63)>. Acesso em: 15 dez. 2018.

14 - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Nota Técnica Conjunta nº1/2018, Brasília, 11/04/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-pgr-lindb.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

mostrar a mais eficiente para a consecução do resultado pretendido (*accountability*), ou afastá-los, quando a atuação imediata recomende de pronto a aplicação de medidas imperativas, típicas do controle burocrático. Deve assim sopesar ao gestor, no âmbito de uma administração pública dialógica e diante da técnica jurídica que lhe é ínsita, a escolha da melhor interpretação possível, indicando os riscos e afastando posições prejudiciais à obtenção de resultados pela Administração. Cleuler Batista das Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho, citando Onofre Alves Batista Junior, sintetizam essa posição:

Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se o dever/poder de transacionar, sempre que está se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum<sup>15</sup>

Desta feita, embora o acréscimo na LINDB tenha dado preferência para a adoção de mecanismos consensuais, por certo, a opção consensual só deverá ser utilizada quando realmente for a melhor alternativa à eficiência, o que, por certo, não afasta o controle sancionatório. A imposição unilateral de sanções não pode ser dispensada quando a análise da situação determinar ser esta a melhor escolha. Essa nova roupagem do interesse público é moldada pela pragmática, ou seja, a busca e a opção pelo melhor resultado, aquele que melhor satisfaça a efetividade da política pública executada.

O advogado público, assim, deve nortear o gestor, dadas as opções legais existentes e com base na avaliação das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, se a escolha pela celebração de um acordo é mais eficaz ao interesse público que a opção sancionatória, a judicialização da controvérsia ou mesmo a continuidade de uma persecução judicial já existente.

Dados os percalços enfrentados na sua execução, a nova LINDB efetivamente confere outra opção ao gestor para além da mera aplicação de sanção, não podendo mais ser desconsiderada diante do caráter conferido pelo legislador à Lei 13.655/2018, com o prestígio à perspectiva pragmática ou consequencialista nas suas decisões.

Desse modo, a escolha da via consensual ou sancionatória deve ser muito bem sopesada a cada caso concreto, sob o prisma do melhor atendimento ao interesse público, pautando-se por fatores além do mero controle jurídico e consideradas, sobretudo, as consequências práticas da escolha de determinada via.

À Advocacia Pública, por meio de seus órgãos em cada ente federativo em que já instituída, cabe, com exclusividade, a advocacia contenciosa e preventiva (assessoramento e consultoria jurídica) dos poderes estatais. Nesse contexto, ganha um novo relevo e função, eis que, entre as carreiras de estado, é a mais capacitada para avaliar as consequências práticas (pragmaticidade) – seja de ordem jurídica ou administrativa – e os obstáculos e dificuldades reais do gestor na condução das políticas públicas. Com isso, ao lado da capacidade de diálogo do advogado público com os demais atores envolvidos na situação posta, haverá condições de avalizar ao gestor a escolha mais condizente para a resolução de determinada situação.

15 - NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 78, abr./jun. 2018. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril\\_v55\\_n218\\_p63.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2018.

Um outro recente exemplo do novo relevo conferido à Advocacia Pública é o noticiado acordo de cooperação técnica para o estabelecimento de parâmetros mais claros para a negociação de acordos de leniência previstos na Lei nº 12.846/2013,<sup>16</sup> diploma legal também inserido no microssistema do qual os novos dispositivos inseridos à LINDB pela Lei 13.655/2018 são norteadores.

Reconhecendo os campos próprios de atuação constitucional e legal de cada instituição da República envolvida na negociação dos acordos, a fim de evitar sobreposições e conflitos, a Advocacia Pública, aqui representada pela Advocacia-Geral da União, é alçada a patamar protagonista na interlocução com as demais instituições, como Ministério Público Federal, Tribunal de Contas da União, Controladoria-Geral da União, entre outros. Além disso, um papel central foi conferido à Advocacia-Geral da União na operacionalização dos procedimentos (ritos e mecanismos de compartilhamento de informações) necessários para firmar acordos desse jaez entre os diversos envolvidos. Trata-se da competência, atribuída à Advocacia-Geral da União e à Controladoria-Geral da União, para a celebração dos acordos de leniência.

A experiência profissional do advogado público, viabilizada até mesmo pela sua direta interlocução entre o Estado Executivo e o Estado Juiz, seja ainda pela atividade juriconsultiva que lhe é inerente, com necessidade de constante estudo do panorama legislativo e jurisprudencial em vigor para o atendimento das necessidades diárias da Administração, o torna habilitado para propiciar ao gestor a ponderação fático-jurídica necessária para a escolha da opção de controle que atenda ao interesse público da forma mais geral, equânime, segura e eficiente. Com isso, a Advocacia Pública pode efetivamente concretizar sua qualidade constitucionalmente assentada de indispensável à administração da Justiça, de forma que as resistências manifestadas pelos órgãos de controle e Ministério Público Federal quando da edição da lei, de fato, não subsistirão, pois não haverá transferência indevida aos julgadores desses órgãos de avaliar ônus e responsabilidades inerentes às atividades do gestor público.

#### 4. CONCLUSÃO

É fato que está em curso uma revisitação do Direito Público pátrio, em especial no Direito Administrativo, provocada por uma série de transformações no contexto social e por frustrações decorrentes do ambiente político-burocrático, o qual não acompanhou as transformações da sociedade, deixando de proporcionar resultados úteis aos administrados.

A consagração da eficiência como princípio administrativo constitucional, por sua vez, torna imperativa a entrega de resultados que, de fato, tragam as melhorias tanto almejadas pela coletividade. Nesse sentido, há uma modificação do conceito de interesse público, que passa a ser entendido não como um imperativo que atenda ao interesse secundário do ente, mas sim aquele que assegure resultados da forma mais equânime, célere e econômica. Decorrencia de tais transformações, o controle da Administração Pública também exige modificações, de forma que a mera aplicação de sanções e o emprego de controles punitivos, conforme prescreve o modelo burocrático, nem sempre se mostram aptos à concretização de resultados. Para tanto, com amparo na ordem constitucional, que prioriza expressamente a solução pacífica das controvérsias

16 - COOPERAÇÃO técnica define protocolo para compartilhamento de informações nos acordos de leniência. *Advocacia-Geral da União*, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/acordo-de-cooperacao-tecnica-estabelece-parametros-para-negociacao-e-celebracao-de-leniencias>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

(preâmbulo) e dos conflitos (art. 4º, VII, CRFB/1988), exsurge o modelo de controle administrativo, pontuado pelo consensualismo e agora consagrado na legislação pátria, com o acréscimo do art. 26 à nova LINDB. Tal instrumento veio a possibilitar a efetivação de soluções negociadas entre controlador e controlado, com vistas à escorreita condução do ato, sempre com foco no resultado pretendido (*accountability*).

Nada obstante, o novo modelo suscita críticas e dúvidas, como geralmente se dá com quaisquer inovações, inclusive porque nem sempre a análise do caso concreto apontará que a substituição do modelo tradicional de controle sancionatório pelo novo paradigma consensual é a melhor alternativa. Nesse passo é que se mostra primordial a atuação da Advocacia Pública, pois, como função essencial à Justiça que é, reúne condições de bem indicar ao gestor público – mediante minuciosa análise da situação concreta – qual a melhor opção ao interesse público. Não se pode esquecer de que determinadas ocasiões podem exigir de pronto a aplicação de sanções, outras, contudo, podem ser objeto de Termos de Ajustes ou outros instrumentos de colaboração consensual, agora disponíveis ao gestor.

E em reforço à sua atuação concreta na celebração de acordos ou outros instrumentos do novel modelo consensual quando assim demonstre ser a melhor opção ao interesse público, a Advocacia Pública, como órgão unificador dos sistemas jurídicos dos entes públicos – conforme aponta a Constituição Federal e confirmam os diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal –, deve atuar com protagonismo também na regulamentação das novidades legislativas decorrentes do microssistema consensual, a fim de extrair a sua máxima eficácia.

O recente acordo celebrado entre a União, estados e Distrito Federal na controvérsia federativa que envolve a questão da chamada Lei Kandir revela a importância de soluções negociadas, debatidas e ajustadas como meio pacificador de controvérsias mais eficaz que um modelo imperativamente imposto e executado. Ainda, o acordo de cooperação interinstitucional para a negociação de acordos de leniência previstos na Lei nº 12.846/2013, com poder decisório à Advocacia Pública, norteia o caráter essencial das suas instituições em busca de um controle voltado ao alcance do melhor resultado. Ademais, a superação de entraves impeditivos à celebração de transações nas hipóteses de improbidade administrativa e aos aperfeiçoamentos nas situações de conflitos administrativos são exemplos de como os advogados públicos podem atuar para um melhor diálogo entre a Administração Pública e os jurisdicionados, não se esquecendo de que tais atos são passíveis de controle interno e externo.

Tais atuações ratificam o novo viés do assessoramento técnico a cargo das instituições de Advocacia Pública, órgãos fundamentais em um contexto de concretização de uma Administração Pública dialógica, com ênfase na conciliação negociada dos interesses públicos com as reivindicações e necessidades privadas. Agora, o advogado público é um agente central na concretização da melhor solução ao seu principal cliente, o Estado *lato sensu*.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, C. C.; ALVES, M. S. D. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. **Revista do TCEMG**, Belo Horizonte, v. 84,

n. 3, p. 81-92, jul./set. 2012. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1606.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BALTAR Neto, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. In: **Direito Administrativo**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2018.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. **Manual de Atuação da Consultoria-Geral da União e de seus órgãos de execução na análise jurídica de Termos de Ajustamento de Conduta**. Rui Magalhães Piscitelli - Brasília AGU, 2016. Disponível em: <chrome-extension://ohfgljdgelakfkfepogkclcohadegdpjf/https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos1/Publicacoes/cartilhas/ManualdeAtuacaodaConsultoriaGeraldaUniaoedeseusorgaosdeexecucaonaanalisejuridicade.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **AGU concorda com homologação de acordo que põe fim a disputas sobre Lei Kandir**. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-concorda-com-homologacao-de-acordo-que-poe-fim-a-disputas-sobre-lei-kandir--942438>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **PARECER n. 01188/2018/PFANP/PGF/AGU**. Disponível em: [Chrome-extension://ohfgljdgelakfkfepogkclcohadegdpjf/file:///E:/RELAT%C3%93RIOS%20T%C3%89CNICOS/parecer%20agu%20consensualismo%20-%20hist%C3%B3rico.pdf](chrome-extension://ohfgljdgelakfkfepogkclcohadegdpjf/file:///E:/RELAT%C3%93RIOS%20T%C3%89CNICOS/parecer%20agu%20consensualismo%20-%20hist%C3%B3rico.pdf). Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/). Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm). Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm). Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm). Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da



União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9469.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm). Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm). Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6). Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota Técnica Conjunta nº 1/2018**. Brasília, 11/04/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-pgr-lindb.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 23**. Relator: Min. Dias Toffoli, 21 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4355253>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 25**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 27 de agosto de 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário homologa acordo entre União e estados sobre compensações da Lei Kandir**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443779&ori=1>. Acesso em: 16 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DA COSTA, França Antônio. Termo de ajustamento de gestão: busca consensual de acerto na gestão pública. **Revista TCEMG**, jul./ago./set. 2014, p. 19-33. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2824.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERRAZ, Luciano. LINDB consagra controle consensual da administração pública. **Revista Consultor Jurídico**, junho 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-administracao-publica?imprimir=1>. Acesso em: 16 dez. 2018.

FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão (TAG): do sonho à realidade. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 8, n. 31, out./dez. 2010, p. 43 a 50.

FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão e o alerta previsto no art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: dez anos depois. **Revista Técnica dos Tribunais de Contas**, Belo Horizonte, ano 1, n. 0, set. 2010, p. 205-214.

FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico**, 09/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civel-improbidade-administrativa>. Acesso em: 09 ago. 2020.

FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de; CÂMARA DE ALMEIDA, Aline Paola C.B.; Garcia, Flávio Amaral. O Futuro da Advocacia Pública: A Ação Preventiva e Proativa. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n.7. p. 11-36, 2016. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/OFuturodaAdvocaciaPublicaAAcaoPreventivaeProativa.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JORGE, Álvaro; SARAGOÇA, Mariana. **Consensualidade cada vez mais presente na administração pública**. Disponível em: <http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/143980654/consensualidadecada-vez-mais-presente-na-administracao-publica>. Acesso em: 29 nov. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES NETO, de Azevedo Floriano; VÉRAS, de Freitas Rafael. A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. **Revista Consultor Jurídico**, maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opinio-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos#author>. Acesso em: 12 dez. 2018.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./



jun. 2018. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril\\_v55\\_n218\\_p63.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf). Acesso em: 14 dez. 2018.

REISDORFER, Dias Guilherme F. Os termos de ajuste de conduta da Anatel e da ANTT na visão do TCU. **Coluna do Justen**, 15/02/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/os-termos-de-ajuste-de-conduta-da-anatel-e-da-antt-na-visao-do-tcu-15022018>. Acesso em: 15 dez. 2018.

RIBEIRO DA SILVEIRA, Mateus Camilo. Pacote anticrime: acordo em improbidade administrativa e desafios da advocacia pública. **Jota**, 23/07/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/advocacia-publica-em-estudo/pacote-anticrime-acordo-em-improbidade-administrativa-e-desafios-da-advocacia-publica-23072020>. Acesso em: 09 ago. 2020.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo. **Revista do Advogado AASP – Mediação e conciliação**, n. 123, São Paulo, Agosto de 2014, p. 162-169.

TEIXEIRA Oliveira, Alan José de. O Termo de Ajustamento de Gestão no controle eficiente da Administração Pública. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 235-258, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://arnsdeoliveira.adv.br/artigos/o-termo-de-ajustamento-de-gestao-no-controle-eficiente-da-administracao-publica/>. Acesso em: 13 dez. 2018.







.....

# HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SOB A ÓTICA DO CPC DE 2015

.....

ATTORNEY'S FEES INTO CPC 2015 PERSPECTIVE

Graziela Nasato<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Os limites quantitativos e qualitativos dos honorários; 2. Os honorários recursais; 3. Os honorários nas causas em que a Fazenda Pública for parte e a sucumbência dos Advogados Públicos; 4. Conclusão; Referências.

---

1 - Mestranda em Direito - Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal. Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau. Especialização em Direito Público pela ESMESC e em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito. Procuradora do Município de Blumenau/SC, atualmente exercendo o cargo de Assessora de Ministro do STJ.



**RESUMO:** Os honorários de sucumbência passaram a ser tratados de forma mais minuciosa pelo novo Código de Processo Civil, encerrando controvérsia antes havida na jurisprudência em diversos pontos que tratam da matéria. Firmou-se a regra geral de observância dos percentuais mínimos e máximos da verba honorária, inclusive nas hipóteses de arbitramento por apreciação equitativa do julgador. Passou a ser devido o arbitramento de honorários recursais aos recursos interpostos na vigência do novo diploma processual. Nas causas em que a Fazenda Pública seja parte, além de a fixação dos honorários observar os critérios gerais, foram estabelecidos percentuais específicos para o arbitramento da verba, grande inovação em relação à legislação anterior. O direito dos Advogados Públicos aos honorários de sucumbência passou a ter previsão expressa na lei. Em que pese a clareza das previsões normativas estabelecidas pelo novo diploma, a questão tem sido discutida pelos Tribunais Superiores, firmando-se jurisprudência a respeito. No presente trabalho, busca-se analisar as principais modificações realizadas pelo Código de Processo Civil de 2015 acerca da questão, com ênfase nos honorários devidos aos Advogados Públicos e às causas em que a Fazenda Pública for parte. Para tanto, será utilizada a metodologia dedutiva, a partir da análise da doutrina e da jurisprudência pátrias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Código de Processo Civil. Honorários de Sucumbência. Percentuais. Fazenda Pública. Advogados Públicos.

**ABSTRACT:** The attorney's fees started to be treated in a more detailed way by the new (2015) Brazilian Code of Civil Procedure, ending several controversial jurisprudence points that deal with the matter. The new code stipulates minimums and maximums attorney's fees percentages, including cases of arbitration by judge's equitable assessment. According to the new procedural law, the appeals fees arbitration became due including for public attorneys. In cases where the Public Treasury figures as a party, specific percentages were established for the attorney's fees arbitration, a major innovation in relation to the previous legislation. Despite the normative predictions established by the new code, the matter has been discussed by the Superior Courts, establishing jurisprudence in this regard. Concerning this subject, It pursues to analyze the main law changes made by the 2015 Civil Procedure Code regarding Public Attorneys fees and cases where the Public Treasury figures as a party. To achieve this objective, will be used the deductive methodology, based on analysis of the doctrine and country jurisprudence.

**KEYWORDS:** Brazilian Civil Procedure Code. Attorney's Fees. Percentages. Federal Treasury. State's Attorney.

## INTRODUÇÃO

Os honorários consistem na remuneração devida ao advogado pelos serviços prestados na condução de processo judicial ou ainda por atividade extrajudicial. Dividem-se, basicamente, em contratuais, sucumbenciais e arbitrados judicialmente, consoante disposto no art. 22, *caput*, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

Os honorários contratuais ou convencionais são aqueles pactuados contratualmente entre o cliente e o patrono, podendo estar relacionados a serviços judiciais ou extrajudiciais; honorários sucumbenciais decorrem da vitória da parte no processo judicial e são fixados pelo julgador. Os honorários são arbitrados judicialmente quando cliente e advogado não tiverem convencionado os termos por escrito.

Os honorários advocatícios aqui tratados são os *honorários de sucumbência*, aqueles referenciados no art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil (CPC) –, os quais não se confundem com os contratuais, que são pactuados diretamente entre a parte e o seu advogado mediante contrato de honorários. Os honorários de sucumbência, em suma, decorrem do êxito propiciado pelo trabalho na demanda judicial.

O Código de Processo Civil de 1973 previa, nos parágrafos do seu art. 20, de uma forma bastante breve e sucinta, a matéria relativa aos honorários advocatícios. Assim, comparativamente à legislação anterior, o novo diploma detalhou muito a questão dos honorários de sucumbência, fragmentando o assunto em 19 parágrafos, reproduzindo algumas disposições já existentes e inovando em tantas outras. Além do maior detalhamento e profundidade, o novo código elucidou pontos omissos na redação do antigo diploma.

O Código de 2015, na verdade, trouxe expressivas mudanças a respeito dos honorários de sucumbência, entre as quais a redução das hipóteses de fixação da verba por equidade, o estabelecimento dos honorários recursais e a criação de percentuais específicos para as causas nas quais a Fazenda Pública seja parte. A legislação passou a prever expressamente o direito dos Advogados Públicos aos honorários de sucumbência.

As referidas inovações ensejaram debates entre os operadores do direito e, em razão de suas peculiaridades, foram levadas ao exame do Poder Judiciário.

Assim, a matéria dos honorários sucumbenciais, notadamente no que concerne às inovações trazidas pelo CPC/15, foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que consolidou entendimento quanto a alguns pontos. O Supremo Tribunal Federal – STF também já se pronunciou acerca do direito à percepção dos honorários de sucumbência pelos Advogados Públicos, por ocasião do julgamento da ADI 6053, em 22/06/2020, ação interposta pela Procuradoria-Geral da República.

A partir de tais premissas, busca-se analisar as inovações do diploma processual civil vigente no que toca aos honorários de sucumbência, especialmente acerca dos limites quantitativos e qualitativos da verba; o estabelecimento de honorários recursais, bem como aqueles arbitrados em processos nos quais a Fazenda Pública seja parte e o direito dos Advogados Públicos à sucumbência.

## 1. OS LIMITES QUANTITATIVOS E QUALITATIVOS DOS HONORÁRIOS

Os limites quantitativos e qualitativos ora analisados são relativos aos *honorários de sucumbência*, que visam remunerar o patrono pelo trabalho realizado em juízo. “Não se confundem com os honorários contratuais, que são aqueles convencionados entre a parte e o advogado contratado para representá-la no processo”.<sup>2</sup>

Os honorários devem remunerar adequadamente o trabalho do advogado, devendo-se coibir que “representem um completo desprestígio ou um incentivo às lides temerárias, que se multiplicam em ambientes em que inexista risco de sucumbência proporcional aos pedidos que carecem de fundamentação”.<sup>3</sup>

O diploma processual civil vigente estabeleceu novas regras a respeito de honorários, fragmentando o art. 85 – referente à matéria, em vários parágrafos, em um claro intuito de prever uma adequada remuneração ao advogado.

A se ressaltar também que as alterações na redação do *caput* dos dispositivos evidenciam a preocupação do legislador em destinar a verba à pessoa do advogado, pois, enquanto o art. 20 do CPC/73 falava em “[...] condenação do vencido no pagamento de honorários advocatícios ao vencedor, o novo dispositivo determina o pagamento, não ao vencedor, porém ao advogado do vencedor”.<sup>4</sup>

A atual redação proporciona maior segurança aos litigantes, os quais podem compreender desde o início o ônus em que deverão incorrer caso sejam vencidos no processo, bem como aos patronos, que possuem garantias expressamente previstas e detalhadas na legislação sobre a sucumbência.

O legislador não deixou dúvidas de que a verba honorária é direito do advogado e tem natureza alimentar, sendo devida ainda quando este atuar em causa própria.

O diploma então vigente já inicia a deliberação a respeito da referida verba encerrando discussões jurisprudenciais acerca do arbitramento de honorários nos cumprimentos de sentença e nas execuções. O §1º do art. 85 do CPC/15 estabelece que são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença - *provisório ou definitivo* -, na execução - *resistida ou não*, e nos recursos interpostos, cumulativamente. Segundo Sérgio Bermudes,<sup>5</sup> “A norma é drástica e visa a desestimular atos temerários”.

A propósito, com a vigência do CPC/15, encontra-se superado o entendimento firmado pela Corte Especial do STJ, em sede de recurso repetitivo – Tema 525 – Recurso Especial n. 1291736/PR, quanto a não ser devida a verba honorária nos cumprimentos provisórios de sentença.

2 - DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 261.

3 - LAMACHIA, Cláudio; RAMOS, Gisela Gondin. **Prerrogativas da Advocacia**: dever do advogado e direito do cidadão: conheça e defenda. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 141, 2018.

4 - BERMUDES, Sérgio. *CPC de 2015: Inovações*. v. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. p. 81.

5 - *Ibidem*. p. 82.

Nota-se que a redação do dispositivo veio a complementar o Enunciado 517 da Súmula do STJ, segundo o qual “São devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada”. Com a redação da atual legislação, portanto, não resta dúvida de que os honorários são devidos no cumprimento de sentença, seja ele provisório ou definitivo.

Entre as inovações trazidas pelo CPC/15, está a ampliação da base de cálculo sobre a qual incide o percentual dos honorários. O referido diploma processual, diferentemente do CPC/73, que se referia apenas ao valor da condenação, estabeleceu que os honorários serão fixados sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

No que toca à fixação dos honorários por apreciação equitativa do julgador, sob a égide do CPC/73, notadamente em razão da interpretação dada aos §§ 3º e 4º do art. 20 do aludido diploma, a jurisprudência permitia a fixação de percentual inferior ao limite mínimo de 10%, sobretudo nas demandas envolvendo valores expressivos. Inclusive, são inúmeros os julgados dos Tribunais Superiores que, na vigência do diploma anterior, mantinham a verba honorária em patamares muito aquém ao citado limite mínimo, por entenderem que o montante teria alcançado uma quantia reputada “exorbitante”. O julgador, mediante critério subjetivo, fixava o valor que lhe parecia mais adequado em relação aos critérios legais. À época, a jurisprudência firmou a orientação, inclusive, de que a fixação dos honorários advocatícios em percentual inferior a 1% do valor da causa era considerada irrisória. Nesse sentido, confira-se: STJ. AREsp 1438183/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 07/05/2019.

Com a redação dada aos §§ 2º e 8º do art. 85 do CPC/15, houve significativa alteração na jurisprudência, passando a “prevalecer” o entendimento de que os casos de apreciação equitativa do julgador, cuja regra é excepcional e de aplicação subsidiária, se limitarão às hipóteses em que, havendo ou não condenação: *i*) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou *ii*) o valor da causa for muito baixo. É o que ficou decidido pela 2ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1746072/PR, de Relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, em que ficou Relator p/ Acórdão o Ministro RAUL ARAÚJO (DJe 29/03/2019). A partir do referido julgamento, o STJ passou a proferir inúmeras decisões voltadas a majorar a verba honorária para o percentual mínimo de 10% previsto na legislação.

Passou-se a concluir, da interpretação da lei e da orientação jurisprudencial, que as únicas hipóteses admitidas de inobservância do percentual preestabelecido são: valor irrisório do proveito econômico e valor da causa muito baixo, casos em que o legislador autorizou a fixação da verba em patamar superior a 20%, a fim de remunerar de forma condigna o patrono.

Dessa forma, pode-se afirmar que não cabe mais ao julgador, nas causas de valores exorbitantes, ponderar o valor dos honorários para arbitrá-los em percentual menor, devendo obrigatoriamente observar o mínimo legal de 10%. Como bem destacou o Ministro Raul Araújo, Relator para acórdão do recurso especial em comentário, “[...] a conclusão lógica é a de que o § 2º do art. 85 do CPC de 2015 veicula a **regra geral** e obrigatória de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20%”. [grifo original]

A partir da vigência do CPC/15, havendo ou não condenação, o arbitramento dos honorários deve observar os patamares mínimos e máximos previstos na legislação, os quais somente poderão ser superados se a verba for considerada *ínfima*, caso em que há autorização legal expressa para se arbitrar os honorários acima do patamar de 20%.

Todavia, a despeito de tal entendimento, a discussão persiste no âmbito do STJ, visto que a matéria fora afetada, em 26/03/2020, à Corte Especial – Tema 1046, encontrando-se pendente de julgamento.

Ademais, em razão de controvérsias judiciais envolvendo a matéria, a OAB Nacional ingressou com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 71) no STF, visando que se declare a observância obrigatória do comando normativo inserto nos §§ 3º e 5º do art. 85 do CPC/15, bem assim o afastamento do teor do § 8º do mesmo dispositivo nas causas que não se amoldarem às estritas hipóteses nele descritas, quais sejam: inestimável ou irrisório o proveito econômico ou valor da causa for muito baixo. A referida ação fora distribuída em 04/05/2020 ao Ministro Celso de Mello, com os autos atualmente conclusos ao Relator, à espera de julgamento.

Inovou o legislador, ainda, ao vedar expressamente a compensação dos honorários (art. 85, § 14, CPC/15), superando o teor da Súmula 306, do STJ, de seguinte redação: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

Aos processos submetidos às regras do CPC/15 em que os Tribunais decidam modificar, em sede recursal, a distribuição da sucumbência, deve ser afastada a compensação dos honorários, sob pena de ofensa ao disposto no art. 85, § 14, do NCPC. É o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência. Nesse sentido: STJ. REsp 1737864/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 29/05/2019.

Todavia, frisa-se que, não havendo alteração da sucumbência no julgamento do recurso pelo Tribunal, não lhe é dado reexaminar os honorários advocatícios tal como fixados na origem para aplicar o CPC/15. No caso em que não provido o recurso com alteração da sucumbência, não é permitido ao julgador afastar a compensação autorizada na origem com base no CPC/73. Essa é a orientação assentada pelo STJ. Confira-se: AgInt nos EDcl no REsp 1357561/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 19/04/2017.

A legislação vigente encerrou discussões correntes nos Tribunais a respeito da verba honorária e fixou critérios objetivos para sua determinação, garantindo maior segurança ao patrono que atua na causa e permitindo maior previsibilidade à parte litigante quanto ao ônus que poderá suportar caso seja vencida na demanda.

## 2. OS HONORÁRIOS RECURSAIS

O atual Código de Processo Civil estabeleceu os honorários sucumbenciais recursais em seu art. 85, §11, determinando que o Tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários

fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal. “O novo CPC inova ao possibilitar a fixação de honorários pelo trabalho desempenhado pelo advogado na instância recursal”.<sup>6</sup>

Para José Miguel Medina,<sup>7</sup> está “correta a opção do CPC/2015, já que a sentença, ao fixar honorários, terá considerado o trabalho realizado até então, não tendo o juiz da causa como antever se haverá ou não recurso, e qual será o trabalho realizado nesta fase”.

O STJ estabeleceu marco temporal para a aplicação da citada regra, mediante o Enunciado Administrativo n. 7, que assim dispõe: “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”. Vale dizer, a majoração dos honorários recursais somente será devida se a decisão recorrida tiver sido publicada na vigência do CPC/15. Segunda a doutrina, “Essa nova regra de sucumbência será observada tanto nos recursos interpostos para os Tribunais de Segundo Grau (TJ e TRF) como naqueles endereçados aos Tribunais Superiores (STJ e STF) [...]”.<sup>8</sup>

Adequada e perfeitamente admissível essa nova regra, ao passo que visa remunerar o incontestável trabalho adicional realizado pelo patrono da parte. Aliás, é incontroverso que “um processo no qual a sentença transita em julgado por ausência de interposição de apelação dá muito menos trabalho do que aquele que chega até os tribunais superiores, em razão da sucessiva interposição de recursos”.<sup>9</sup>

A medida estabelecida pelo diploma processual em vigor visa a remuneração adequada do trabalho do profissional, que, sem dúvidas, exerce um significativo acréscimo na sua responsabilidade por conta da atuação nos Tribunais Superiores.

Mas não é apenas essa a nobre razão de ser do referido dispositivo, pois, além da justa remuneração do advogado pelo trabalho adicional, a previsão de pagamento da verba honorária recursal tem por escopo o desestímulo à interposição de recursos meramente protelatórios. A fase recursal, com o Código de Processo Civil de 2015, passou a ficar mais onerosa para a parte sucumbente. Todavia, nada impede que a parte recorra e venha depois a desistir para não ser condenada ao pagamento de honorários.

Ao nosso sentir, o desestímulo à propositura de recursos protelatórios parece ser, inclusive, a principal função do §11 do art. 85 do CPC/15, visto que, para haver o aumento do percentual, não se exige sequer que o advogado tenha apresentado contrarrazões ou resposta ao reclamo. A atuação ou não do profissional no preparo de resposta ao recurso será levada em conta apenas para aferir o percentual de aumento.

A Corte Especial do STJ, ao apreciar a matéria, concluiu que: “É dispensada a configura-

6 - AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às Alterações do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 155.

7 - MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 188.

8 - THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 339.

9 - NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 283.

ção do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para a quantificação dessa verba”. (AgInt nos EDcl nos EAREsp 1154530/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, DJe 27/02/2019).

Esse, portanto, é o entendimento firmado pelo STJ, seguindo orientação do Plenário do STF no julgamento do AO 2063/CE AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 13/09/2017. No mesmo sentido, os seguintes precedentes: STJ. AgInt no AREsp 1208816/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 18/05/2018; STJ. EDcl no REsp 1768520/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 23/04/2019.

Destaque-se, a respeito da majoração da verba honorária em sede recursal, que o valor total dos honorários sucumbenciais deve observar o limite máximo de 20%, estabelecido no §2º do art. 85. Para Daniel Neves,<sup>10</sup> “Significa dizer que o tribunal deve considerar os percentuais já fixados em valores anteriores para não ultrapassar o teto de 20% do valor da condenação, do benefício econômico ou do valor da causa”. Dessa forma, se a verba fixada na sentença, por exemplo, estiver no percentual máximo (20%), estará vedada a majoração dos honorários na fase recursal. Não fosse essa limitação, “a verba poderia alcançar montante exagerado, especialmente se se considerar o número de recursos admissíveis”, como bem pondera Sérgio Bermudes.<sup>11</sup>

O julgador deverá se valer “dos mesmos critérios utilizados para a fixação da verba honorária na fase de conhecimento, não podendo ultrapassar o teto dos percentuais contidos nos §§ 2º e 3º do artigo em comento”.<sup>12</sup>

Nos termos da lei e da jurisprudência, somente haverá a majoração dos honorários em grau recursal quando a decisão recorrida já tiver fixado a verba honorária. O dispositivo é claro quanto ao fato de que o Tribunal majorará os honorários “fixados anteriormente”. Logo, se o recurso ataca decisão interlocutória, por exemplo, não são devidos os honorários recursais.

A jurisprudência do STJ firmou-se no entendimento de que o art. 85, *caput*, do CPC/15 condiciona a majoração ao arbitramento em momento anterior dos honorários sucumbenciais. Portanto, o recurso interposto contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento inviabiliza a majoração, tendo em vista que, nessa espécie de recurso, não são arbitrados honorários. Nesse sentido, citam-se os seguintes julgados: AgInt no REsp 1727123/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 07/12/2018; EDcl no AgInt no AREsp 1200662/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe 20/11/2018.

O aludido entendimento jurisprudencial decorre da interpretação literal do dispositivo de lei, que é categórico quanto à necessidade de fixação anterior dos honorários sucumbenciais para que ocorra a sua majoração, até porque não se pode “majorar” algo que não exista.

A questão envolvendo a citada regra aportou ao STJ, e a Corte Especial, no julgamento do AgInt no EAREsp 762.075/MT, em que foi Relator para Acórdão o Ministro HERMAN

10 - NEVES, op. cit., p. 284.

11 - BERMUDES, op. cit., p. 83.

12 - Idem. p. 155-156.



BENJAMIN (DJe 07/03/2019), estabeleceu requisitos cumulativos para a majoração da verba sucumbencial, quais sejam: *i*) a decisão recorrida ter sido publicada a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil; *ii*) o recurso não ter sido conhecido ou ter sido desprovido integralmente por decisão monocrática do relator ou pelo órgão colegiado competente; e *iii*) houver condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. O referido órgão julgador também deliberou que não haverá honorários recursais no julgamento de agravo interno e nos embargos de declaração quando a majoração já tiver sido realizada na decisão singular anterior. Isso porque exige-se, para a majoração da verba sucumbencial, além dos supracitados requisitos, a instauração de um novo grau de jurisdição. É o que se extrai, inclusive, do Enunciado n. 16 da ENFAM,<sup>13</sup> a saber: “Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição”.

Acrescente-se que os honorários recursais são cumuláveis com multas ou outras sanções processuais, inclusive aquelas previstas no art. 77 do CPC/15, decorrentes de conduta considerada atentatória à dignidade da justiça. Tal ressalva, entretanto, é dispensável, por ser evidente e notória a distinção entre a verba honorária e as sanções ou multas processuais.

O estabelecimento de honorários recursais é um grande avanço e uma verdadeira conquista para a advocacia, porquanto o patrono tem perspectiva de ser adequadamente remunerado pelo seu árduo trabalho, especialmente em demandas que se alongam por décadas, que são bastante frequentes, senão a maioria delas.

### 3. OS HONORÁRIOS NAS CAUSAS EM QUE A FAZENDA PÚBLICA FOR PARTE E A SUCUMBÊNCIA DOS ADVOGADOS PÚBLICOS

Entende-se por Fazenda Pública “[...] toda a Administração Pública centralizada e as pessoas jurídicas de direito público entranhadas na estrutura da Administração Pública descentralizada (autarquias e fundações públicas), nos quatro níveis (federal, estadual, distrital e municipal)”, consoante ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero.<sup>14</sup> Destacam os referidos autores que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não estão abrangidas por tal conceito.

O diploma processual civil anterior previa expressamente que, nas causas em que vencida a Fazenda Pública, os honorários deveriam ser fixados por apreciação equitativa do julgador (art. 20, §4º, CPC/73). A referida previsão legal, não raramente, conduziu ao arbitramento de valores irrisórios em causas de elevado valor econômico, desconsiderando a responsabilidade e o trabalho desenvolvido pelo advogado, ao argumento de que deveria ser protegido o erário. Além disso, “o dispositivo não guardava igualdade entre os procuradores das partes envolvidas no processo, visto que, para a parte contrária (que não a Fazenda Pública), deveriam ser aplicadas as demais regras do art. 20, especialmente o seu § 3º”.<sup>15</sup>

13 - Enunciado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, aprovado no Seminário: O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, realizado em 26 a 28/08/2015.

14 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 233, 2016.

15 - ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 424, 2019.

O CPC/15 trouxe importante modificação acerca dos honorários nas ações em que a Fazenda Pública seja parte, igualando-os, inclusive, nos casos em que a Fazenda Pública é ré e nas ações em que é autora, prestigiando os patronos de ambos os lados. Isso porque o diploma vigente previu o direito de os Advogados Públicos receberem honorários, encerrando discussão anterior e superando a jurisprudência do STJ, a qual estabelecia que os honorários sucumbenciais nas ações em que o Poder Público fosse vencedor não constituíam direito autônomo do advogado. Tal entendimento foi superado pela *novel* redação do §19 do art. 85 do CPC/15, reforçada pela Lei nº 13.327/16, que, entre outras questões, dispõe acerca do recebimento de honorários advocatícios de sucumbência pelos Advogados Públicos.

No particular, a Procuradoria-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6063), questionando a constitucionalidade dos artigos 23 da Lei nº 8.906/94; 85, § 19, do CPC/15; 27 e 29 a 36 da Lei nº 13.327/16. Sustentou-se, na referida ação, entre outras questões, a incompatibilidade da percepção de honorários de sucumbência com o regime de subsídios ao qual submetidos os Advogados Públicos e Procuradores Federais.

Todavia, em 22/06/2020, o Tribunal Pleno do STF, por maioria, julgou parcialmente procedente a referida ação, tão somente para determinar a observância do teto remuneratório constitucional, disposto no art. 37, XI, da CF, declarando a constitucionalidade da percepção de honorários de sucumbência pelos Advogados Públicos. Eis a ementa do referido julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. INTERDEPENDÊNCIA E COMPLEMENTARIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PREVISTAS NOS ARTIGOS 37, CAPUT, XI, E 39, §§ 4º E 8º, E DAS PREVISÕES ESTABELECIDAS NO TÍTULO IV, CAPÍTULO IV, SEÇÕES II E IV, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DO RECEBIMENTO DE VERBA DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA POR ADVOGADOS PÚBLICOS CUMULADA COM SUBSÍDIO. NECESSIDADE DE ABSOLUTO RESPEITO AO TETO CONSTITUCIONAL DO FUNCIONALISMO PÚBLICO. 1. **A natureza constitucional dos serviços prestados pelos advogados públicos possibilita o recebimento da verba de honorários sucumbenciais, nos termos da lei. A CORTE, recentemente, assentou que “o artigo 39, § 4º, da Constituição Federal, não constitui vedação absoluta de pagamento de outras verbas além do subsídio”** (ADI 4.941, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Relator p/ acórdão, Min. LUIZ FUX, DJe de 7/2/2020). 2. Nada obstante compatível com o regime de subsídio, sobretudo quando estruturado como um modelo de remuneração por performance, com vistas à eficiência do serviço público, a possibilidade de advogados públicos perceberem verbas honorárias sucumbenciais não afasta a incidência do teto remuneratório estabelecido pelo art. 37, XI, da Constituição Federal. 3. **AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.** (STF ADI 6053. Tribunal Pleno. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Relator p/ acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORES. Julgado em 22/06/2020. Publicação: 17/07/2020) [grifo do autor]

Como se vê, a previsão legal do direito à percepção de honorários de sucumbência pelos Advogados Públicos não foi suficiente para conter tal controvérsia. A questão então aportou à Suprema Corte, que declarou a constitucionalidade dos dispositivos legais que preveem aos Advogados Públicos o direito à sucumbência, encerrando, portanto, a discussão.

No que toca aos honorários nas ações em que a Fazenda Pública for parte, a legislação atual alterou o regime de duas maneiras: “[...] adotou um critério único de cálculo para todas as

‘causas em que a Fazenda Pública for parte’, aplicável indistintamente a ela e à parte contrária” e também pelo fato de ter afastado “[...]” o critério da equidade, adotando percentuais sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido pela parte vencedora (art. 85, § 3º)”, conforme destaca Humberto Theodoro Júnior.<sup>16</sup>

Na visão de Arruda Alvim,<sup>17</sup> a atual legislação trouxe “[...]” de forma mais completa e objetiva os parâmetros para a fixação dos honorários advocatícios nas demandas em que a Fazenda Pública seja parte”. Segundo Daniel Neves,<sup>18</sup> “A novidade fica por conta da criação de percentuais específicos para essa hipótese, o que afastará a prática rotineira das condenações de honorários serem fixadas em valores inferiores ao mínimo legal”.

O Código de Processo Civil vigente, no §3º do art. 85, estabelece um escalonamento de percentuais de honorários de sucumbência nas causas em que a Fazenda Pública for parte, devendo ser observados também os seguintes critérios: o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º se aplicam a despeito do conteúdo da decisão, abrangendo os casos de improcedência da demanda e extinção do processo sem resolução do mérito. A aplicação dos percentuais estabelecidos no referido § 3º,<sup>19</sup> divididos em razão de faixas de condenação, “[...]” deve ser feita de forma cumulativa, *i.e.*, o percentual relativo à condenação que atinge a faixa maior somente será utilizado sobre o que exceder o valor englobado na faixa menor, e assim sucessivamente...”.<sup>20</sup>

A jurisprudência do STJ tem firmado entendimento pela impossibilidade de fixação da verba honorária em percentual inferior àqueles previstos no §3º do art. 85 do NCPC nas demandas em que a Fazenda Pública seja parte. Nesse sentido: REsp 1751095/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 12/12/2018; AgInt no REsp 1665300/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 19/12/2017.

Nota-se que o legislador se limitou a mencionar como base de cálculo para a incidência dos citados percentuais o valor da condenação ou do proveito econômico obtido. No entanto, a melhor interpretação, a nosso sentir, é de que as bases fixadas em salários mínimos sejam entendidas como o valor da condenação, do proveito econômico ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor

16 - THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 341.

17 - ALVIM, op. cit., p. 424.

18 - NEVES, op. cit., p. 288.

19 - Art. 85, CPC - [...]

§ 3º [...]

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

20 - Idem. p. 341.

atualizado da causa, em atenção ao que dispõe o § 2º do artigo em comento. No mesmo sentido, esclarece Daniel Neves:<sup>21</sup> “Em não havendo condenação principal, ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa, nos termos do § 4º, III do art. 85 do Novo CPC”.

E como os parâmetros fixados levam em conta salários mínimos, o legislador deixou claro que deve ser considerado o salário mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação, a teor do § 4º, IV, do art. 85 do referido diploma.

A legislação faz a ressalva de que: *Não serão devidos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença contra a Fazenda pública que enseje a expedição de precatório, salvo se houver impugnação, quando haverá direito aos honorários específicos para esta fase.*<sup>22</sup>

Em face do art. 85, §7º, do CPC/15, surgiu controvérsia a respeito da aplicação do enunciado sumular n. 345 do STJ, de seguinte teor: “São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas”. Contudo, o STJ, em sede de recurso repetitivo, firmou a tese de que o aludido dispositivo não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 daquela Corte Superior, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio (Tema 973). Confira-se: STJ. REsp 1648238/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, CORTE ESPECIAL, DJe 27/06/2018.

Acertada a opção do legislador em estabelecer limites e critérios distintos do disposto na regra geral do art. 85, § 2º, do CPC/15 para o arbitramento dos honorários de sucumbência nas demandas em que a Fazenda Pública seja parte, pois as ações envolvendo o Poder Público, não raramente, envolvem cifras milionárias e não se poderia perder de vista a preservação do interesse público, para o que preservar o erário é necessidade inafastável. Na hipótese, os litigantes possuem mais segurança, havendo uma perspectiva do valor que terá que suportar caso seja vencido.

#### 4. CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 1973 regulamentava de forma tímida a questão dos honorários de sucumbência, o que desencadeou uma série de discussões, algumas delas enfrentadas pelo Poder Judiciário.

O diploma de 2015, ao contrário, esmiuçou as regras de aplicação da sucumbência, fragmentando a matéria em 19 longos parágrafos, reproduzindo algumas disposições já existentes e inovando em tantas outras, além de reparar omissões na redação do antigo código.

A regra geral dos percentuais mínimo (10%) e máximo (20%) da verba honorária foi mantida, e os critérios para apuração desse *quantum*, quais sejam “o grau de zelo do pro-

21 - NEVES, op. cit., p. 288.

22 - Idem. p. 426.



fissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”, também foram preservados no CPC/15 (§2º, I a IV, do art. 85). Todavia, houve uma importante alteração quanto à apreciação equitativa pelo julgador, restringindo-se às hipóteses de inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, de valor da causa muito baixo, cenários em que o legislador possibilita, excepcionalmente, a fixação dos honorários de sucumbência em patamar superior ao limite máximo de 20%.

Nota-se que a legislação não admite a fixação por equidade para reduzir a verba honorária em patamar inferior a 10% nas causas de valor expressivo, prática que vinha sendo corriqueiramente adotada nos Tribunais Superiores. Todavia, a questão ainda está pendente de apreciação pela Corte Especial do STJ (Tema 1046), além de ser objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 71) ajuizada pelo Conselho Federal da OAB junto ao STF.

Outra novidade importante do Código de 2015 foi o estabelecimento dos honorários recursais, ante o notório trabalho adicional do advogado quando a demanda não se encerra em primeiro grau de jurisdição. Há quem afirme que tal norma teve por escopo também coibir a interposição de recursos protelatórios, até porque a majoração tem sido devida ainda quando não sejam apresentadas contrarrazões ou resposta ao reclamo. Seja qual for a intenção do legislador, é certo que a norma se mostra adequada e razoável, pois é incontroversa a maior complexidade do trabalho do patrono nos processos aportados aos Tribunais.

O CPC/15 também produziu significativas e importantes alterações no arbitramento de honorários sucumbenciais nas causas em que a Fazenda Pública seja parte. Enquanto o CPC/73 permitia a apreciação equitativa do julgador para fixação da verba nas causas em que vencida a Fazenda Pública, a *novel* legislação estabeleceu percentuais específicos a se observar em todas as causas nas quais a Fazenda Pública for parte. Com a atual redação, não mais se admite o arbitramento de valores irrisórios e ínfimos nas causas de elevado valor econômico, providência que vinha sendo usualmente adotada pelos julgadores, ao argumento de que deveria ser protegido o erário, em total desprestígio aos profissionais que atuaram nas demandas.

Encerrou-se a controvérsia também acerca do direito de percepção de honorários advocatícios pelos Advogados Públicos, direito que, apesar de previsto expressamente na legislação vigente (art. 85, §19, do CPC/15 e artigos 27 e seguintes da Lei nº 13.327/16), precisou ser ratificado pelo STF, que reconheceu a constitucionalidade da percepção de honorários de sucumbência pelos Advogados Públicos, limitando-se ao teto remuneratório constitucional.

O CPC de 2015, além de estabelecer critérios objetivos acerca dos honorários de sucumbência, possibilita maior segurança aos litigantes, que podem traçar uma perspectiva do ônus que terão de suportar caso sejam vencidos. Além disso, a legislação permitiu uma remuneração mais adequada ao advogado, sobretudo naquelas demandas que se alongam por décadas e aportam nos Tribunais Superiores.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 1689 p.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às Alterações do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1439 p.

BERMUDES, Sérgio. **CPC de 2015: Inovações**. 1ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. 502 p.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 1587 p.

LAMACHIA, Cláudio; RAMOS, Gisela Gondin. **Prerrogativas da Advocacia: dever do advogado e direito do cidadão: conheça e defenda**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. 198 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1310 p.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 1808 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 1807 p.

RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 809 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1250 p.







MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS:  
AVALIAÇÃO DA POSSIBILIDADE  
DE SUA UTILIZAÇÃO NO BOJO  
DAS EXECUÇÕES FISCAIS

ATYPICAL EXECUTIVE MEASURES: EVALUATION  
OF THE POSSIBILITY OF THIS USE IN THE  
CONTEXT OF TAX FORECLOSURES

Patrícia Aparecida Medeiros Dias<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Medidas executivas atípicas; 1.1 Conceito e histórico; 1.2 Constitucionalidade das medidas executivas atípicas e eventuais – pressupostos/limites para sua utilização; 2. (In)efetividade na cobrança de créditos públicos X sanção política; 2.1 Diagnóstico acerca da (in)efetividade da execução fiscal; 2.2 Meios alternativos de cobrança *versus* sanção política; 3. Análise do teor do julgado proferido pelo STJ no HC 453.870-PR; 3.1 Síntese do julgado; 3.2 Análise crítica da interpretação dada pelo STJ; 4. Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> - Advogada.



**RESUMO:** O presente artigo analisa a viabilidade da aplicação das medidas executivas atípicas no bojo das execuções fiscais. Inicialmente, examina-se o instituto consagrado no Código de Processo Civil de 2015, suas principais características e apresenta-se a situação atual da (in)efetividade da execução fiscal. Após, enuncia-se a tensa relação jurídica entre a Fazenda Pública e os particulares, partindo-se, na sequência, para uma análise crítica do teor do HC453.870/PR, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2019. Conclusivamente, avalia-se que, desde que usadas com parcimônia, as medidas executivas atípicas são plenamente aplicáveis às execuções fiscais, uma vez que encontram amparo no ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução Fiscal. Medidas Executivas Atípicas. Efetividade. Sanção Política. Aplicabilidade.

**ABSTRACT:** The current article addresses the analysis of the feasibility of applying atypical executive measures in the context of tax foreclosures. Initially, the institute enshrined in the Civil Procedure Code of 2015 is examined, its main characteristics and presents the current situation of the (in)effectiveness of tax enforcement. Afterwards, it enunciates the tense legal relationship between the Public Treasury and private individuals and starts for a critical analysis of the content of HC453.870 / PR, judged by the Superior Court of Justice (STJ) in 2019. Conclusively, it evaluates that, since used sparingly, the atypical executive measures are fully applicable to tax foreclosures, since they find support in the legal system.

**KEYWORDS:** Tax Enforcement. Atypical Executive Measures. Effectiveness. Political Sanction. Applicability.



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a viabilidade da aplicação das medidas executivas atípicas, consagradas no Código de Processo Civil de 2015, no bojo dos executivos fiscais.

Em um primeiro momento, far-se-á uma sucinta conceituação do instituto das medidas executivas atípicas, com um breve histórico de seu surgimento e desenvolvimento em nosso ordenamento, suas principais características e alguns dos contornos sugeridos pela doutrina especializada para a utilização de tal instrumento.

Em seguida, será apresentado um breve diagnóstico da (in)efetividade da execução fiscal, bem como as medidas alternativas que vêm sendo adotadas pela Fazenda Pública para tentar modificar tal realidade. Também serão abordados os principais argumentos que envolvem essa tensa relação jurídica entre Fazenda Pública e particulares: a busca pelo equilíbrio em dar efetividade real à recuperação de créditos públicos sem que as medidas inovadoras utilizadas para tanto resultem nas chamadas sanções políticas.

Após, analisar-se-á criticamente o teor do HC, julgado pelo STJ, que afirmou que as medidas executivas atípicas seriam inaplicáveis às execuções fiscais, em razão de a Fazenda Pública já dispor de instrumento eficaz (execução fiscal) para a realização de seus créditos e também por gozar de privilégios excessivos para tanto.

Por fim, será apresentada conclusão sobre a possibilidade ou não da utilização das medidas executivas nos executivos fiscais.

## 1. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

### 1.1 Conceito e histórico

Atualmente, há uma tendência de ampliação dos poderes executivos do juiz, de forma a se criar um verdadeiro poder geral de efetivação, permitindo ao magistrado se valer dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam de coerção direta ou indireta (DIDIER, 2020). Trata-se do princípio da atipicidade dos meios executivos na efetivação das obrigações em geral. No Brasil, esse princípio está previsto em três enunciados normativos do CPC/2015: o art. 139, IV, o art. 297 e o §1º do art. 536.<sup>2</sup>

O referido princípio consiste na possibilidade de utilização de medidas executivas que não estão expressamente previstas em lei no procedimento destinado ao cumprimento de decisões judiciais que reconheçam a exigibilidade de obrigações de qualquer natureza (CÂMARA, 2018).

Conforme leciona a doutrina, a aplicação de meios de execução indireta ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Código de Defesa do Consumidor, prevendo-se, no

2 - Art. 139: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Art. 297: O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória;

Art. 536 [...] § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

art. 84, pela primeira vez, a possibilidade de determinação de providências capazes de assegurar a tutela jurisdicional específica e a tutela jurisdicional pelo resultado prático equivalente, sem indicação precisa dos meios executivos que poderiam ser empregados para a produção desses resultados (CÂMARA, 2018).

Posteriormente, tal previsão foi inserida no hoje revogado CPC de 1973. O art. 461 daquele diploma previa o emprego dessas medidas tão somente para as obrigações de fazer e não fazer, estendendo-as, posteriormente, às obrigações de entrega de coisa. O CPC de 2015 ampliou o alcance da cláusula, a fim de serem alcançadas as obrigações pecuniárias. Nesse sentido, Câmara (2018, p. 233) descreve:

Tradicionalmente, os meios coercitivos eram empregados no direito brasileiro para execução de quaisquer obrigações, menos as pecuniárias (com ressalva da prisão do devedor de alimentos). A partir da entrada em vigor do CPC de 2015, porém, passou a ser possível também o emprego da execução indireta quando se trate de qualquer obrigação de pagar dinheiro reconhecida em decisão judicial.

Portanto, o CPC de 2015 inovou apenas ao ampliar o escopo da cláusula geral de atipicidade de meios executivos para que abrangesse as obrigações pecuniárias.

## 1.2 Constitucionalidade das medidas executivas atípicas e eventuais pressupostos/limites para sua utilização

Ponto importante e alvo de discussão doutrinária é se as medidas executivas atípicas são compatíveis com os princípios basilares da CRFB/88, considerando-se a possibilidade de aplicação de meios executivos não expressamente previstos em lei a partir do alvedrio do juiz.

Câmara (2018) defende que a legitimidade constitucional de tal cláusula encontra amparo nos princípios constitucionais da tutela efetiva (art. 5º, XXXV) e da eficiência (art. 37), parâmetros reafirmados como normas fundamentais do processo civil – arts. 3º e 8º. Assim, ainda que não expressamente previstos na lei, os comandos exarados de decisões judiciais revelam-se adequados para assegurar a efetivação do preceito judicial. Por óbvio, não se espera que tais comandos estejam em dissonância com os valores constitucionais, que devem ser respeitados tanto pelos meios atípicos quanto pelos meios positivados em diplomas legais.

O autor afirma, ainda, que o art. 139, IV, do CPC/15 possui grande aplicabilidade quando o devedor se trata de pessoa jurídica, sujeito passivo da maior parte dos litígios em execuções civis no Brasil. O dispositivo legal em análise pode evitar que os executados dotados de grande capacidade patrimonial (a exemplo de instituições financeiras, concessionárias de telefonia, energia elétrica, entre outros) se beneficiem da morosidade da execução. Isso porque a demora do procedimento executivo para tais devedores acaba por se revelar um bom negócio, já que libera valores para investimentos com maior retorno que o ônus a ser suportado pelos encargos (juros e correção monetária) decorrentes do inadimplemento. (CÂMARA, 2018).

É majoritária a impressão de que a utilização dos meios executivos atípicos se traduz em efetividade da atividade executiva, uma vez que tais instrumentos permitem ao juiz a adaptação do processo às necessidades do direito material e dos próprios litigantes, maximizando os resultados da tutela jurisdicional. Entretanto, necessário se faz o estabelecimento de critérios e limites para a aplicação de tais cláusulas gerais. Nesse sentido, Câmara (2018, p. 232) leciona:

[...] os limites existem, e não podem ser ultrapassados, sob pena de violar-se o que de mais elementar existe no Estado Democrático de Direito: o respeito à dignidade humana e ao devido processo constitucional.

No mesmo sentido, Medina (2017, p. 293) defende o aspecto positivo do modelo da atipicidade dos meios executórios e enfatiza a necessidade de se estabelecer critérios para sua aplicação:

Aparentemente, este modelo (atipicidade) seria mais apropriado e eficiente que o outro (tipicidade), pois, ao se permitir ao juiz tomar as medidas executivas que julgasse mais apropriadas ao caso concreto, se estaria realizando efetivamente o direito de acesso à Justiça consagrado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. Por outro lado, a ausência de limites precisos à atividade realizada pelos juízes pode ocasionar o surgimento de critérios absolutamente díspares em relação à fixação da medida executiva cabível, bem como em relação à forma de aplicação desta medida.

Segundo Didier (2020, p.106):

Do concerto entre os comandos normativos extrai-se que a execução para efetivação das prestações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro é, como regra, atípica; a atipicidade na execução por quantia é, no entanto, subsidiária.

Ainda que se dê de maneira subsidiária, o autor sistematiza critérios dogmáticos para a aplicação dos dispositivos que dispõem sobre essa atipicidade dos meios executivos. De modo geral, a escolha da medida executiva correta deve “[...] pautar-se nos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade (art. 8º, CPC) e da proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução” (DIDIER, 2020, p.111). Nesse sentido, estabelece os seguintes padrões:

viii) a medida executiva escolhida pelo juiz deve ser adequada a que se atinja o resultado buscado (critério da adequação);

ix) a medida executiva escolhida pelo juiz deve causar a menor restrição possível ao executado (critério da necessidade);

x) a escolha da medida executiva deve buscar a solução que mais bem atenda aos interesses em conflito, ponderando-se as vantagens e as desvantagens que ela produz (critério da proporcionalidade) (DIDIER, 2020, p. 116)

Considerando ainda o dever de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da CRFB/88 e dos arts. 11 e 489, II, do CPC, bem como a necessidade de observância do contraditório (arts. 7º e 9º do CPC), o autor sistematiza mais dois critérios norteadores do controle das medidas executivas atípicas, a saber: “xi) a escolha da medida executiva atípica deve ser devidamente fundamentada; xii) na escolha da medida executiva atípica deve-se observar o contraditório, ainda que diferido”. (DIDIER, 2020, p. 117).

Outro elemento relevante da análise de Didier (2020) é o entendimento de que o juiz não está adstrito ao pedido da parte na aplicação da medida executiva atípica, podendo inclusive agir de ofício, em nome do direito fundamental à tutela executiva. Tal critério não deve ser confundido com a não adstrição do juiz ao pedido imediato da parte, ou seja, a própria prestação perseguida (fazer, não fazer, entregar coisa), visto serem coisas distintas (DIDIER, 2020).

O art. 537, §1º, do CPC permite ao juiz a alteração da medida executiva imposta quando ela se tornar ineficaz para a efetivação da decisão judicial ou quando se mostrar excessiva. Assim, tal artigo é pressuposto para o estabelecimento de mais uma diretriz interpretativa: “xiv) é possível a alteração da medida executiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária, a requerimento da parte ou de ofício.” (DIDIER, 2020, p. 122). Ressalte-se que não é permitido ao juiz, sob o argumento do poder geral de efetivação, determinar de ofício a aplicação de medida executiva para a qual a lei exige a provocação da parte, nem tampouco empreender medida regulada pela lei de outro modo. Nesse sentido:

xiv) não pode o órgão julgador, *ex officio*, determinar, como medida atípica, providência para a qual a lei, tipicamente, exige provocação da parte;

xv) não pode o órgão julgador determinar, como medida atípica, medida executiva típica regulada pela lei de outro modo. (DIDIER, 2020, p. 123)

Didier (2020) ressalta que, na execução de obrigações pecuniárias, a multa tem caráter punitivo, podendo se configurar *bis in idem* punitivo caso aplicada também como forma de compelir o devedor ao pagamento da quantia. Assim, defende que a imposição de multa como medida atípica, em execução pecuniária, deve se restringir a obrigar o executado ao cumprimento de deveres processuais – e não ao pagamento da quantia.

Por fim, importante ressaltar ainda que, desde a ratificação e promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não é mais possível a utilização da prisão civil como medida de execução por quantia, excetuada a modalidade da execução de alimentos, sendo este mais um dos critérios norteadores da aplicação das medidas executivas atípicas.

Ainda nesse sentido, Alves (2019, p.1) colaciona que o STJ entende ser aplicável a adoção de meios executivos atípicos nas “Execuções Comuns”, desde que cumpridos os seguintes requisitos:

- indícios que o devedor possui patrimônio expropriável,
- seja adotado de modo subsidiário,
- preservado o contraditório e a proporcionalidade e
- fundamentação adequada às especificidades do caso concreto.

Percebe-se, pois, que as medidas executivas atípicas são alvo de intenso debate doutrinário e jurisprudencial quando se trata de cobrança de créditos civis. Esse debate se acirra ainda mais quando analisada a aplicação dessas medidas na cobrança de créditos públicos, no bojo das execuções fiscais. Isso porque antes mesmo de as medidas executivas atípicas serem previstas no CPC/15, sempre se discutiu sobre a (im)possibilidade da cobrança de tributos por meios indiretos, o que, para determinada corrente doutrinária, se configuraria sanção política. Na concepção dessa corrente, o único instrumento lícito para cobrança de créditos públicos seria a Execução Fiscal, inadmitidos quaisquer métodos alternativos.

Em que pese a discussão trazida no presente trabalho se restringir à possibilidade ou não da utilização das medidas executivas atípicas no bojo das execuções fiscais, fato é que os fundamentos de defesa ou refutação de tal possibilidade se confundem com aqueles que sempre embasaram o antagonismo: sanção política X efetividade da cobrança de créditos tributários.

Dada sua importância, essa discussão será abordada com maior profundidade a seguir.

## 2. (IN)EFETIVIDADE NA COBRANÇA DE CRÉDITOS PÚBLICOS X “SANÇÃO POLÍTICA”

### 2.1 Diagnóstico acerca da (in)efetividade da execução fiscal

Ao se analisar o meio tradicional de cobrança da dívida ativa (execução fiscal), observa-se que ele não tem sido eficiente para a recuperação dos créditos públicos dos entes da Federação. Diversos documentos e estudos apontam nesse sentido há pelo menos uma década (MARTINS, 2010).

De acordo com a Exposição de Motivos Interministerial nº 186/2008 – Ministério da Fazenda/Advocacia-Geral da União, encaminhada ao Congresso Nacional, em 2009, como projeto de lei para substituir a Lei nº 6.830/80 na regulação da cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública:

6. Estima-se, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, em média, a fase administrativa dura 4 anos, enquanto a fase judicial leva 12 anos para ser concluída, o que explica em boa medida a baixa satisfação e eficácia da execução forçada (menos de 1% do estoque da dívida ativa da União ingressam nos cofres públicos a cada ano por essa via). O percentual de ingresso somente cresce com as medidas excepcionais de parcelamento adotadas (REFIS, PAES e PAEX) e com a incorporação dos depósitos judiciais, mas não ultrapassa a 2,5% do estoque.

7. De fato, o estoque da dívida ativa da União, incluída a da Previdência Social, já ultrapassa a cifra de R\$ 600 bilhões de reais e, uma vez incorporado o que ainda está em litígio administrativo, chega-se à impressionante cifra de R\$ 900 bilhões de reais. (BRASIL, 2008).

O Sumário Executivo do Relatório Justiça em Números 2010, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011, também traz dados reveladores da ineficácia da execução fiscal como meio de recuperação de créditos públicos:

#### [...] 2.2.4 Processos Execução fiscal

Dos 83,4 milhões de processos em tramitação na Justiça Brasileira em 2010, 27 milhões referiam-se a processos de execução fiscal, constituindo aproximadamente 32% do total.

É importante mencionar que, dos 46,3 milhões de processos pendentes na 1ª instância da Justiça estadual, aproximadamente 20,9 milhões (o equivalente a 45%) eram execuções fiscais.

Analisando-se os processos que tramitavam na fase de execução dos três ramos de Justiça, o montante de processos de execução fiscal se torna bem mais expressivo, já que representam 76% do total. Ressalte-se que na Justiça Federal, também em fase de execução, o percentual de processos de execução fiscal alcançou 79% dos processos em andamento no exercício de 2010[...]

#### 3. Números da Justiça Brasileira – Principais resultados agregados e análises comparativas 2009-2010 [...]

A partir dos dados relativos às execuções fiscais, observa-se que o combate à morosidade judicial no Brasil deve envolver necessariamente o debate específico sobre a temática dos procedimentos de execução fiscal, já que o enfrentamento dessa questão tem potencial de solucionar um dos principais gargalos da justiça brasileira. (BRASIL, 2011).

O Sumário Executivo do Relatório Justiça em Números 2012, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2013, também apontou a Execução Fiscal como um dos principais gargalos do Poder Judiciário nacional:

#### 5.1 Impacto da Execução Fiscal

A execução fiscal representa 32% de toda a tramitação do Poder Judiciário; 40% do estoque de processos pendentes, mas apenas 13% dos casos novos. Em outras palavras, a principal dificuldade da execução fiscal consiste na liquidação do estoque que cresce ano após ano. Mesmo com esforços empreendidos para aumentar o número de processos baixados (26% de aumento em 2011 e 7,5% em 2012), o estoque permanece subindo, haja vista que os processos baixados representam, na execução fiscal, apenas 85,1% dos casos novos. A taxa de congestionamento na execução fiscal é de 89%, ou seja, de cada 100 processos em tramitação, apenas 11 são baixados no decorrer do ano. Em relação às sentenças, o cenário não é diferente, pois apenas 8% dos processos em tramitação foram sentenciados em 2012. Apenas como exercício, caso os processos de execução fiscal não estivessem no Poder Judiciário, a taxa de congestionamento mensurada em 69,9% no ano de 2012 cairia 9 pontos percentuais e atingiria o patamar de 60,9%. O indicador de processos baixados por caso novo também sofreria significativa melhora e ultrapassaria os 100%, que é o patamar mínimo desejável para evitar acúmulo de processos. A tramitação processual do ano de 2012, que foi de 92,2 milhões, seria reduzida para 63 milhões de processos (tabela 11). Nesse mesmo exercício, na Justiça Estadual, a taxa de congestionamento cairia de 73,3% para 64,5% (redução de 8,8 pontos percentuais) e, na Justiça Federal, a queda seria ainda mais acentuada, de 11,4 pontos percentuais (passaria de 65,3% para 53,9%). A tramitação seria reduzida em 35,4% na Justiça Estadual e em 31,8% na Justiça Federal. [...] 7. Considerações Finais A análise da série histórica traz à tona, novamente, o peso exercido pelos processos de execução fiscal, que representam 40% do estoque de processos pendentes e apenas 13% dos casos novos. A principal dificuldade consiste na redução do estoque dos processos de execução fiscal, visto que, mesmo com esforços empreendidos em 2011 e 2012 para aumentar o número de processos baixados, o quantitativo de processos em tramitação permanece subindo. A taxa de congestionamento na execução fiscal é de 89%, ou seja, de cada 100 processos em tramitação, 11 são baixados no decorrer do ano. Além disso, 8% dos processos de execução fiscal em tramitação foram sentenciados em 2012 (BRASIL, 2013).

O que tais documentos demonstram é que o processo de execução fiscal se mostra um instrumento ineficiente e moroso na satisfação dos créditos públicos.

Estudos revelam que também se trata de um procedimento dispendioso ao Estado. Nesse sentido, vale mencionar a pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), divulgada em março de 2011, por meio do Comunicado nº 83. Além de reafirmar a ineficiência do executivo fiscal, a pesquisa revelou o quanto tal ação onera o erário, além de apresentar outros dados relevantes:

[...] Defesa: Poucos são os devedores que procuram apresentar defesa no executivo fiscal. Em apenas 4,4% dos processos de execução fiscal ocorre algum tipo de objeção de pré-executividade, e somente 6,4% dos devedores opõem embargos à execução. Penhora e leilão: Em 15% dos casos há penhora de bens, e somente um terço dessas penhoras resulta da apresentação voluntária de bens pelo devedor. Apenas 2,6% das ações de execução fiscal resultam em algum leilão judicial, com ou sem êxito. Do total de processos, o pregão gera recursos suficientes para satisfazer o débito em apenas

0,2% dos casos. 5. [...] Tempo médio de tramitação: O tempo médio de tramitação do processo de execução fiscal na Justiça Federal é de 8 anos, 2 meses e 9 dias. 6. [...] o custo médio total provável do Processo de Execução Fiscal Médio (PEFM) é de R\$ 4.685,39. Quando excluídos os custos com o processamento de embargos e recursos, esse valor é de R\$ 4.368,00 (BRASIL, 2011).

## 2.2 Meios alternativos de cobrança versus sanção política

Não é de se surpreender que, ante tal realidade, os entes públicos tenham buscado soluções alternativas para a recuperação de créditos, em razão da notória ineficiência das execuções fiscais. O problema dessa busca foi a adoção de práticas que poderiam ser associadas às chamadas sanções políticas.

De acordo com Barroso e Barcellos (2007, p. 235), as sanções políticas tributárias consistem “[...] na imposição de medidas coercitivas pela própria Administração no intuito de compelir o contribuinte a efetuar o pagamento de obrigações fiscais”. Ou seja, cunhou-se referida expressão para designar as medidas restritivas ou proibitivas impostas aos contribuintes como meio indireto de cobrança de tributos. De acordo com Castro (2016, p.118), “[...] fala-se que tais práticas possuem natureza política justamente por violarem dispositivos de lei ou mesmo valores consagrados no texto da Constituição”.

Vários foram os instrumentos alternativos à execução fiscal para a recuperação de créditos públicos, tentados pelos diversos fiscos, que ensejaram essa discussão: a) interdição de estabelecimentos; b) retenção de mercadorias<sup>3</sup>; c) inscrição no cadastro de inadimplentes; d) aplicação de regime especial de fiscalização; e) protesto de certidão de dívida ativa<sup>4</sup>; f) requerimento de falência por dívidas tributárias; g) cancelamento do registro nos conselhos de fiscalização profissional<sup>5</sup>; entre outras.

Ao criticar as sanções políticas em matéria tributária, Theodoro Júnior (2007) afirma que a Fazenda Pública já goza de privilégios exagerados e injustificáveis, cumulados ainda com

3 - Súmula 323 do STF: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

4 - Originariamente, a jurisprudência do STJ afirmava que não havia interesse jurídico em se realizar o protesto de CDA, pois esta já era um título executivo, o que autorizaria o ajuizamento desde logo da execução fiscal (STJ, AgRg no Ag 1316190/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, j.17.05.2011, DJe 25.05.2011). Após o advento da Lei nº 12.767/2012, que incluiu o parágrafo único ao art.1º da Lei 9.492/1997 para autorizar de forma expressa a possibilidade de protesto das certidões de dívida ativa, o STJ passou a entender que é possível o protesto de CDA (STJ, 2ª Turma, REsp 1126515/PR, Min. Herman Benjamin, julgado em 03.12.2013). Há passagens relevantes do julgado: “[...] não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública. [...] Quanto aos argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito, estes são falaciosos. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa e não autoriza, por si, a conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição ou utilização de mecanismos de cobrança extrajudicial.”

Posteriormente, também o STF, no bojo da ADI 5135/DF, afirmou a constitucionalidade do protesto de CDAs. Também são relevantes os argumentos utilizados: “O protesto das Certidões de Dívida Ativa (CDA) constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constitui sanção política. [...] é possível concluir não bastar que uma medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário restrinja direitos dos contribuintes devedores para que ela seja considerada uma sanção política. [...] embora a Lei 6.830/1980 eleja o executivo fiscal como instrumento típico para a cobrança da Dívida Ativa em sede judicial, ela não exclui a possibilidade de instituição e manejo de mecanismos extrajudiciais de cobrança. [...] não há, assim, qualquer incompatibilidade entre ambos os instrumentos. Eles são até mesmo complementares.[(.)]”

5 - Em 27.04.2020, o Tribunal Pleno do STF, em sessão virtual, fixou a seguinte tese a respeito do tema: “É inconstitucional a suspensão realizada por conselho de fiscalização profissional do exercício laboral de seus inscritos por inadimplência de anuidades, pois a medida consiste em sanção política em matéria tributária.” Plenário, Sessão Virtual de 17.4.2020 a 24.4.2020.

favores extremos. O STF também já mencionou, no bojo do Agravo Regimental no RE nº 415015, que o crédito tributário já é dotado de “prerrogativas extraordinárias” (BRASIL, 2009).

No mesmo sentido, Alves (2019, p.1) sistematiza:

Existem diversas outras garantias previstas pelo ordenamento jurídico em favor do crédito tributário, como por exemplo: \*o crédito tributário é considerado privilegiado, podendo, se for o caso, atingir até mesmo bens gravados como impenhoráveis, por serem considerados bem de família (art. 3º, IV da Lei nº 8.009/920); \*o crédito tributário tem preferência para satisfação em procedimento falimentar (art. 83, III da Lei de Falências); \*os bens do devedor podem ser declarados indisponíveis para assegurar o adimplemento da dívida (art. 185-A do CTN).

Castro (2016, p. 118) colaciona os fundamentos utilizados pela doutrina para a proibição das denominadas sanções políticas, a saber:

a) não seriam admitidos meios de coerção indireta para a cobrança de tributos, uma vez que o crédito tributário já seria dotado de numerosos privilégios e garantias; b) já existiria procedimento legal específico para cobrança da dívida ativa do Estado, qual seja, aquele positivado na supracitada Lei de Execução Fiscal; c) as sanções políticas violariam princípios constitucionais fundamentais como os do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal; d) referidos métodos inviabilizariam o exercício da atividade econômica e profissional.

Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito, os meios alternativos de cobrança dos tributos podem se traduzir em justiça fiscal, alinhando-se, dessa maneira, aos princípios fundamentais elencados na CRFB/88, cuja efetividade exige a observância de todos.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico deve estabelecer não apenas meios que protejam os sujeitos passivos dos abusos estatais, mas também mecanismos que permitam ao Estado se defender dos abusos cometidos pelos particulares, notadamente os contribuintes e responsáveis tributários. O desequilíbrio nesse sistema gera prejuízo para toda a coletividade, na medida em que um sistema tributário efetivo está diretamente relacionado à concretização dos objetivos constitucionais, como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Castro (2016) se opõe ao argumento doutrinário e jurisprudencial de que a existência de um vasto rol de garantias e privilégios<sup>6</sup> do crédito tributário já seria suficiente para a efetiva cobrança do crédito. O autor alega que o rol estabelecido no Capítulo VI do Título III do CTN é aberto, não exaustivo, admitindo-se, dessa forma, que outras normas de natureza primária instituem outros privilégios e garantias.

O autor argumenta ainda que a inefetividade da cobrança dos tributos acarreta prejuízos para a coletividade:

6 - Cunha (2018, p.29) faz uma distinção entre garantias/prerrogativas outorgadas à Fazenda Pública e os chamados privilégios. O autor trata de prerrogativas constantes do universo do Direito Processual, de modo que a reflexão se mostra oportuna: “*exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta o próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível [...] Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes para tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As “vantagens” processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, pois contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual*”.

A vedação indiscriminada da instituição de novos mecanismos de cobrança de tributos aliada aos baixos índices de arrecadação mostra que aqueles que não possuem acervo patrimonial estão livres para não recolher tributos, gerando grandes prejuízos para a coletividade (CASTRO, 2016, p. 122).

Outro ponto alegado pela doutrina como privilégio do poder público é que a dívida tributária é inscrita sem a participação do sujeito passivo da exação – seria, pois, uma obrigação constituída unilateralmente. Castro (2016) mais uma vez desconstrói esse argumento, ao apontar a existência do consentimento do contribuinte/responsável em relação ao pagamento do tributo em três momentos, quais sejam: o da elaboração da lei instituidora do tributo (por meio de representantes eleitos); o da decisão de praticar o fato tributário; e o da participação efetiva no processo de constituição do crédito (já que a extração da Certidão de Dívida Ativa – CDA pressupõe a participação do devedor na apuração do débito).

Quanto ao fato de o poder público já possuir procedimento de cobrança instituído na Lei de Execução Fiscal, Castro (2016) salienta que o simples fato de existir no ordenamento jurídico uma lei regulamentando o tema não impede a promulgação de outras leis referentes à mesma matéria, sendo irrazoável que a doutrina e a jurisprudência continuem a desqualificar outras medidas executivas. A execução fiscal deve ser encarada como mais uma entre as várias possibilidades para se garantir o crédito tributário, sem nenhuma primazia sobre as demais (CASTRO, 2016). A Lei de Execução Fiscal não possui o status de supralegalidade, de modo a não permitir a coexistência com outras normas sobre a matéria.

Ainda, a fim de ressaltar que o procedimento de cobrança não é satisfeito exclusivamente por meio da execução fiscal, o autor exemplifica que o Judiciário não é a única via para a solução de controvérsias, sendo cada vez mais presentes os meios alternativos de solução de conflitos, com procedimentos mais simples e céleres. Ou seja, a Fazenda Pública pode se valer de todos os meios previstos no ordenamento jurídico (desde que não violadores das limitações constitucionais ao poder de tributar) para satisfazer a obrigação tributária, sendo que a existência da Lei de Execução Fiscal não deve servir de empecilho para a instituição de meios mais eficazes de arrecadação (CASTRO, 2016).

Nessa esteira, o argumento de que os métodos atípicos inviabilizariam o exercício da atividade econômica e profissional também não deve prosperar, visto que o espírito da Ordem Econômica elencada na CRFB/88 não se coaduna com tal justificativa. O equilíbrio do sistema tributário deve se voltar à concretização dos objetivos fundamentais da República, como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais:

O agente econômico que não paga seus tributos na forma prevista em lei não contribui para a repartição das riquezas por ele produzidas, conseqüentemente, não trabalha em prol da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais e regionais, muito embora gere alguns empregos. Ao contrário, gera concentração de renda e amplia ainda mais o fosso existente entre os mais pobres e os mais ricos. (CASTRO, 2016, p. 136-141).

Percebe-se, pois, que o debate sobre a possibilidade de a Fazenda Pública se valer de outros instrumentos diversos da execução fiscal para a cobrança de seus créditos é antiga.

Tal discussão ganhou novas matizes com a edição do CPC/2015, que trouxe as medidas executivas atípicas também para as execuções por quantia certa. A possibilidade de utilização de tais medidas também nos executivos fiscais despertou um debate acalorado, vindo a aportar no

Superior Tribunal de Justiça, que se pronunciou pela primeira vez sobre o tema em 2019. O foco do próximo tópico é justamente esse pronunciamento do STJ.

### 3. ANÁLISE DO TEOR DO JULGADO PROFERIDO PELO STJ NO HC 453.870-PR

#### 3.1 Síntese do julgado

Em 2019, no bojo do HC453.870-PR, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou a possibilidade de aplicação, no Executivo Fiscal, de medidas executivas atípicas (suspensão de passaporte e da licença para dirigir) como meio de coerção para induzir o executado a efetuar o pagamento da dívida fiscal. Argumentou-se no julgado que a referência analítica baseava-se nos direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente o direito de ir e vir.

Segundo consta no voto do Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, pela expressa dicção do art. 139, IV, do CPC, incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Para o relator, no afã de cumprir essa diretriz normativa, muitos magistrados optam, no processo de execução, por limitar o uso de passaportes, suspender a carteira nacional de habilitação e inscrever o nome do devedor no cadastro de inadimplentes. Assim, tais medidas seriam utilizadas tanto para garantir a satisfação do crédito do exequente quanto para salvaguardar o prestígio do Judiciário, já que decisão não cumprida constitui-se em ato atentatório à dignidade da justiça.

No voto condutor, constou que essas medidas nas execuções cíveis objetivam sinalizar ao mercado e às agências internacionais de avaliação de risco que, no Brasil, “[...] prestigiam-se os usos e costumes de mercado, com suas normas regulatórias próprias, como força centrífuga à autoridade estatal” (BRASIL, 2019). Ocorre que, para o Ministro relator, “[...] essa almejada efetividade da pretensão executiva não está alheia ao controle de legalidade” e “[...] o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário [...]” (BRASIL, 2019).

No julgado, analisou-se também o arcabouço que permeia o executivo fiscal, que visa saldar créditos titularizados pela coletividade. Contudo, no entender do Ministro Relator, o poder público não necessitaria das medidas executivas atípicas para a cobrança de seus créditos, já que, para tanto, a Fazenda Pública já dispunha de instrumento suficiente - a Execução Fiscal:

Para tanto, o Poder Público se reveste da Execução Fiscal, de modo que já se tornou lugar comum afirmar que o Estado é superprivilegiado em sua condição de credor. Dispõe de varas comumente especializadas para condução de seus feitos, um corpo de Procuradores altamente devotado a essas causas, e possui lei própria regedora do procedimento (Lei 6.830/1980), com privilégios processuais irredarguíveis. Para se ter uma ideia do que o Poder Público já possui privilégios ex ante, a execução só é embargável mediante a plena garantia do juízo (art. 16, § 1o. da LEF), o que não encontra correspondente na execução que se pode dizer comum. Como se percebe, o crédito fiscal é altamente blindado dos riscos de inadimplemento, por sua própria conformação jusprocedimental. (BRASIL, 2019).

E prossegue listando outras garantias do crédito tributário, sem paralelo nas execuções comuns:

Não se esqueça, ademais, que, muito embora cuide o presente caso de direito regressivo exercido pela Municipalidade em Execução Fiscal (caráter não tributário da dívida), sempre é útil registrar que o crédito tributário é privilegiado (art. 184 do Código Tributário Nacional), podendo, se o caso, atingir até mesmo bens gravados como impenhoráveis, por serem considerados bem de família (art. 3º, IV da Lei 8.009/1990). Além disso, o crédito tributário tem altíssima preferência para satisfação em procedimento falimentar (art. 83, III da Lei de Falências e Recuperações Judiciais - 11.101/2005). Bens do devedor podem ser declarados indisponíveis para assegurar o adimplemento da dívida (art. 185-A do Código Tributário Nacional). São providências que não encontram paralelo nas execuções comuns. (BRASIL, 2019).

Dessa forma, concluiu-se que medidas atípicas afitivas pessoais, tais como a suspensão de passaporte e da licença para dirigir, não se coadunam com o Executivo Fiscal, sendo que sua aplicação resultaria em excessos e poderia ser desproporcional.

No caso em tela, na opinião do relator, as medidas executivas atípicas se revelaram excessivas, na medida em que submeteram o réu a notória restrição do direito constitucional de ir e vir, em uma execução que já se encontrava razoavelmente assegurada – o caderno processual já apontava haver penhora de 30% dos valores dos vencimentos auferidos pelo réu. O relator cita ainda o Pacto São José da Costa Rica para afirmar que a existência de diversos meios de deslocamento não retira o fato de que deve ser amplamente assegurado ao cidadão o direito de circulação da forma que melhor lhe aprouver.

O parecer do Ministério Público também foi para excluir as medidas atípicas constantes do aresto do TJ do Paraná (suspensão da CNH e apreensão do passaporte), sob o argumento de que

A sua efetivação tornou-se contrária à ordem jurídica, porquanto adentrou demasiadamente na esfera pessoal, e não patrimonial, do executado/impetrante, configurando, certamente, ato punitivo, não construtivo, atentando, portanto, contra a sua liberdade de ir e vir (BRASIL, 2019).

Acompanharam o relator os Exmo. Ministros Benedito Gonçalves e Regina Helena Costa. O Exmo. Ministro Gurgel de Faria não conheceu do HC no tocante à apreensão da CNH, por não ter constatado risco ou ameaça ao direito de locomoção. Entretanto, conheceu e analisou o mérito no tocante à retenção do passaporte. Assim, apresentou voto-vista embasado no art. 139, IV, do CPC, que dispõe sobre a faculdade de o juiz adotar medidas executivas atípicas destinadas à concretização da determinação judicial, especialmente quando verificado o comportamento do executado descompromissado com a boa-fé e a lealdade processuais.

Ocorre que, na análise do caso concreto, o Ministro, embora tenha verificado postura recalcitrante do paciente em adimplir a dívida decorrente do acórdão do TC-PR, constatou que a apreensão do passaporte do réu afigurava-se medida exagerada, tendo em vista que já se ordenara a penhora de 30% dos vencimentos do réu, bem como o bloqueio dos rendimentos de sócio majoritário da Rádio Cultura de Foz do Iguaçu Ltda., EPP.

Tal tema constou do Informativo 654 do STJ, publicado em 13 de setembro de 2019, *in verbis*:



A execução Fiscal é destinada a saldar créditos que são titularizados pela coletividade, mas que contam com a representação da autoridade do Estado, a quem incumbe a promoção das ações conducentes à obtenção do crédito. Para tanto, o Poder Público se reveste da execução fiscal, de modo que já se tornou lugar comum afirmar que o Estado é superprivilegiado em sua condição de credor. Dispõe de varas comumente especializadas para condução de seus feitos, um corpo de procuradores altamente devotado a essas causas, e possui lei própria regedora do procedimento (Lei n. 6.830/1980), com privilégios processuais irredarguíveis. Para se ter uma ideia do que o Poder Público já possui privilégios *ex ante*, a execução só é embargável mediante a plena garantia do juízo (art. 16, § 1º, da LEF), o que não encontra correspondente na execução que se pode dizer comum. Como se percebe, o crédito fiscal é altamente blindado dos riscos de inadimplemento, por sua própria conformação jusprocedimental. Nesse raciocínio, é de imediata conclusão que medidas atípicas afilivas pessoais, tais como a suspensão de passaporte e da licença para dirigir, não se firmam no executivo fiscal. A aplicação delas, nesse contexto, resulta em excessos (BRASIL, 2019).

### 3.2 Análise crítica da interpretação dada pelo STJ

É importante tecer algumas críticas ao julgado. Contudo, de início, cumpre esclarecer que não se analisará o caso concreto aportado no STJ, pois qualquer medida típica ou atípica de execução pode, eventualmente, se mostrar abusiva no caso concreto. O ponto de análise que almeja o presente trabalho é questionar o posicionamento hipotético apriorístico firmado pelo STJ de que, estando-se diante de um executivo fiscal, sempre se mostrará abusiva a utilização das medidas executivas atípicas. É com tal premissa que não se coaduna e, sob tal perspectiva, que se passa a analisar o julgado.

Primeiramente, é possível afirmar que a interpretação dada pelo STJ se caracterizou por ser *contra legem*. Para sustentar tal afirmação, necessária se faz uma digressão analítica.

Não custa lembrar que a execução fiscal é uma espécie de execução por quantia certa fundada em título executivo extrajudicial. É por isso, inclusive, que o art. 784, IX, do CPC/2015 qualifica a certidão de dívida ativa (CDA) como um título executivo extrajudicial.<sup>7</sup>

Contudo, o estatuto legislativo que rege as execuções fiscais é uma lei específica, a Lei nº 6.830/80, denominada de Lei de Execução Fiscal (LEF). Segundo o art. 1º do referido estatuto: “A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.” (BRASIL, 1980).

Ou seja, as execuções fiscais são regidas por uma lei específica (Lei nº 6.830/80) e, subsidiariamente, pelo CPC/2015. Assim, as regras processuais gerais do CPC poderão ser utilizadas no rito da LEF, desde que compatíveis com as normas reguladoras do procedimento especial. (GODOI, 2017).

Enfim, resta claro que as disposições do CPC sempre serão aplicáveis às execuções fiscais, salvo quando a Lei de Execução Fiscal (LEF) for mais minudente ou dispuser de forma contrária. Não é segredo que a LEF é silente sobre a possibilidade de aplicação de medidas indutivas,

7 - Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: [...] IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.

coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, de modo que as execuções fiscais devem se socorrer para tanto das disposições do CPC.

Rememore-se que o princípio da atipicidade dos meios executivos está contido em três enunciados normativos do CPC/2015: o art. 139, IV; o art. 297 e o §1º do art. 536. E, a despeito de o art. 536, §1º, que enuncia o princípio da atipicidade dos meios executivos, se localizar topograficamente no Livro I da parte especial do CPC/2015, o art. 771, primeiro a tratar do processo de execução, assim dispõe:

Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva. Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial. (BRASIL, 2015).

O art. 318, parágrafo único, do CPC também prevê a possibilidade de aplicação das regras do procedimento comum aos processos de execução. Neves (2020, p.1296) se manifesta a respeito: “No mesmo sentido da previsão do art.318, parágrafo único, do CPC, o parágrafo único do art. 771 prevê a aplicação subsidiária ao processo de execução das regras do processo de conhecimento.”

Ou seja, o CPC/2015 consagra, em diversos dispositivos, a aplicação do princípio da atipicidade dos meios executivos também às execuções de título extrajudicial, do qual a execução fiscal é uma espécie.

Quando da edição do CPC/2015, a doutrina pátria se reuniu com o intuito de editar enunciados interpretativos que pudessem nortear a aplicação do novo estatuto processual. Alguns desses enunciados evidenciaram ainda mais a possibilidade de aplicação das cláusulas gerais de efetivação também às execuções de título extrajudicial:

Enunciado 48 da ENFAM: O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais. (BRASIL, 2015).

Enunciado 12 do FPPC: A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (PEIXOTO, 2018, p. 156).

Afigura-se óbvio, pois, que a decisão do STJ ignora a permissão legal e o entendimento majoritário da doutrina pela possibilidade de aplicação da cláusula geral da atipicidade executiva às execuções de título extrajudiciais, entre as quais figura também a execução fiscal.

Superada a questão acerca da possibilidade legal ignorada pela interpretação dada pelo STJ, faz-se necessário discorrer também sobre os fundamentos de um suposto superfavorecimento pelo sistema processual ao instrumento de cobrança da Fazenda Pública.

Invocou-se na decisão uma suposta alta blindagem aos riscos de inadimplemento do crédito fiscal, em razão de superprivilégios que o fisco detém na condição de credor no executivo fiscal.

Nesse ponto, há uma contradição na análise do STJ ante a realidade da execução fiscal – que blindagem ao inadimplemento é essa que faz com que a execução fiscal seja tão ineficiente na recuperação de créditos? O julgado briga com uma realidade fática, comprovada em estudos e números, que é inconteste em apontar a execução fiscal como um instrumento de baixa efetividade.

Além disso, também há evidente contradição entre o fundamento apresentado e a conclusão exarada. Como seria possível que um crédito blindado por privilégios que impedem o inadimplemento continue inadimplente? Se continua inadimplente é porque os ditos privilégios são insuficientes para a realização do crédito fazendário.

Tal contradição não passou despercebida pela doutrina, que também olhou de forma crítica para o precedente em análise. Por todos, menciona-se a posição de Neves (2020, p.267):

Diante dessa condição de admissão dos meios executivos atípicos, não parece acertada a conclusão da maioria da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não serem cabíveis medidas afilivas pessoais, tais como a suspensão de passaporte e da licença para dirigir na execução fiscal por conta dos privilégios procedimentais da Fazenda Pública, sendo o crédito fiscal “altamente blindado dos riscos do inadimplemento por sua própria conformação jurisprudencial”. [...] Ora, se tais medidas são subsidiárias, significa que por mais “privilégios” que a Fazenda Pública tenha no procedimento da execução fiscal, eles não foram capazes de proporcionar a satisfação do direito exequendo. E nesse caso, não tem sentido lógico nem jurídico excluir-se a priori a adoção de tais medidas.

Por fim, também para afastar os fundamentos apresentados pelo STJ, vale a pena rememorar o debate sobre “sanção política x efetividade na cobrança dos créditos públicos”, que tem contribuído para desconstruir a visão encampada pela corte superior.

Nessa linha, vale repisar que a existência de uma legislação específica para reger as execuções fiscais não veda, em caráter permanente, a instituição ou utilização de outros mecanismos de cobrança, como as medidas executivas atípicas, principalmente quando calcados em dispositivos legais.

Não basta a existência de uma medida coercitiva atípica para o pagamento de créditos para que ela seja considerada uma sanção política. Exige-se que tais restrições sejam reprovadas no exame de proporcionalidade e razoabilidade. Se a medida executiva atípica não pode ser apontada, de maneira apriorística, como violadora da proporcionalidade e razoabilidade nas lides que envolvem particulares, também soa irrazoável que assim o seja nas demandas titularizadas pela Fazenda Pública. Estaríamos numa condição de fornecer maiores garantias aos créditos privados do que aos créditos públicos, que, como cediço, estão permeados pelo interesse público. A vedação indiscriminada da utilização das medidas executivas atípicas nas execuções fiscais, aliada aos baixos índices de arrecadação obtidos por tal instrumento, gera grandes prejuízos para a coletividade.

Em suma, a Fazenda Pública pode recorrer a todos os meios previstos no ordenamento jurídico (desde que não violadores das limitações constitucionais ao poder de tributar) para sa-

tisfazer a obrigação, sendo que a existência da Lei de Execução Fiscal e de outras prerrogativas inerentes ao poder público não deve servir de empecilho para a instituição de meios mais eficazes de arrecadação.

#### 4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que as medidas executivas atípicas consagradas no Código de Processo Civil/2015 são plenamente aplicáveis às execuções fiscais. E essa possibilidade é amparada pelo ordenamento, já que a execução fiscal é uma espécie de execução de título extrajudicial, à qual o CPC se aplica subsidiariamente.

Além disso, entende-se que a Fazenda Pública pode se aparelhar de todos os meios previstos no ordenamento jurídico (desde que não violadores das limitações constitucionais ao poder de tributar) para satisfazer seus créditos.

Seria um contrassenso permitir que os particulares se valham de medidas que imprimem eficiência à cobrança de seus créditos e, ao mesmo tempo, não reconhecer aos créditos públicos, de titularidade de toda a coletividade, os mesmos instrumentos, que, repita-se, estão previstos no ordenamento para sua utilização.

O discurso de que os créditos públicos inscritos em dívida ativa são superprotegidos e blindados não encontra guarida na realidade fática, além de ressoar, ainda que involuntariamente, o interesse jurídico dos devedores contumazes, que anseiam continuar com o lucrativo inadimplimento de suas dívidas.

Contudo, a despeito de se entender pela plena possibilidade de utilização das medidas executivas atípicas na execução fiscal, tal como em qualquer outra execução, não se defende a outorga de um “cheque em branco” à Fazenda Pública. Dessa forma, a fim de se resguardar a credibilidade e a efetividade desse importante instrumento e evitar que seja banalizado, recomenda-se parcimônia na sua aplicação, inclusive nos executivos fiscais, preservando-se os direitos fundamentais dos executados, sopesadas as circunstâncias do caso concreto.

#### REFERÊNCIAS

ALVES, Flávia. **Execuções Fiscais e as Medidas Executórias Atípicas**. Disponível em: <https://grupociatos.com.br/2019/11/19/execucoes-fiscais-e-as-medidas-executorias-atipicas/>. Acesso em: 5 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. Inconstitucionalidade da aplicação de sanções políticas em razão de débito tributário. In: MEDINA OSÓRIO, Fábio (Coord.). **Direito Sancionador: sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida



Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. **Comunicados do IPEA**: Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal, de 31 de março de 2011. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331\\_comunicadoipea83.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf). Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. **EM Interministerial nº 186/2008 - MF/AGU**, de 10 de novembro de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2008/186%20-%20MF%20AGU.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2008/186%20-%20MF%20AGU.htm). Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **Seminário - O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil**: enunciados aprovados. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. **Justiça em Números**: Sumário Executivo JN 2010. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/sum\\_exec\\_por\\_jn2010.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/sum_exec_por_jn2010.pdf). Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. **Justiça em Números**: Sumário Executivo JN 2013. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/sumario\\_exec\\_jn2013.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/sumario_exec_jn2013.pdf). Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 453.870-PR**. Impetrante: Aldamira Geralda de Almeida Affornalli e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça no Estado do Paraná. Brasília, 25 de junho de 2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=94676344&num\\_registro=201801389620&data=20190815&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=94676344&num_registro=201801389620&data=20190815&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 654**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 10 de jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1126515/PR**. Recorrente: Município de Londrina. Recorrido: Protenge Engenharia de Projetos e Obras LTDA. Relator: Ministro Herman Benjamin, 3 de dezembro de 2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32558990&num\\_registro=200900420648&data=20131216&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32558990&num_registro=200900420648&data=20131216&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5135/DF**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Relator: Ministro Roberto Barroso, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&-docID=14308771>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 415015/RS**. Reclamante: American Virginia Indústria e Comércio Importação e Exportação Tabacos LTDA. Reclamado: Estado Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello, 25 de março de 2009. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28415015%2ENU-ME%2E+OU+415015%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7h2nq8d>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 647.885/RS**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Edson Fachin, 27 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752690906>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 323**. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2136>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. **Tributação & Fazenda Pública: Meios alternativos de cobrança de tributos como instrumentos de justiça fiscal**. Curitiba: Juruá, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados 2013**. 1ª ed. Manaus: Dizer O Direito, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno;

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020.

GODOI, Marilei Fortuna. **Execução Fiscal Aplicada**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARTINS, Vinícius Camargos. **A Nova Execução Fiscal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14350/a-nova-execucao-fiscal>. Acesso em: 10 maio 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução: Teoria geral, Princípios Fundamentais e Procedimento no Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. revisada, ampliada e atualizada de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOLLICA, Rogério. **As medidas coercitivas atípicas do artigo 139, IV, do CPC e as execuções fiscais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI312310,21048-As+medidas+coercitivas+atipicas+do+artigo+139+IV+do+CPC+e+as>. Acesso em: 05 jan. 2020.



NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2020.

PEIXOTO, Ravi. **Enunciados FPPC – Forum Permanente de Processualistas Civis**: Organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2018.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Enunciados FPPC: Fórum Permanente de Processualistas Civis**: Organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.







---

# RELATIVIZAÇÃO ATÍPICA DA COISA JULGADA NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

---

## ATYPICAL RELATIVIZATION OF THE *RES JUDICATA* IN THE SOCIAL SECURITY LAW

Vinicius Camargos Martins<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Coisa Julgada; 2. Regimes de formação da Coisa Julgada; 3. Os instrumentos de controle e/ou de relativização da Coisa Julgada; 4. O estado da arte da Coisa Julgada no processo previdenciário; 5. Alguns apontamentos críticos à tentativa de relativização atípica da Coisa Julgada previdenciária; 6. Uma proposta subsidiária de sistematização da relativização atípica da Coisa Julgada; 7. Conclusão; Referências.

---

1 - Procurador Federal



**RESUMO:** O presente artigo aborda a relativização atípica da coisa julgada no Direito Previdenciário. Inicialmente, examina o instituto da coisa julgada, seus regimes de formação e os instrumentos previstos pelo ordenamento jurídico para sua relativização. Após, enuncia a existência de posicionamento que pretende relativizar de forma atípica e/ou inaugurar um novo regime de formação para a coisa julgada no processo previdenciário. Em seguida, faz uma análise crítica de tal entendimento e formula uma proposta dogmática de sistematização para a relativização da coisa julgada no processo previdenciário. Conclusivamente, avalia se e como a relativização da coisa julgada se mostra possível nas lides previdenciárias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Segurança Jurídica. Coisa Julgada no Processo Previdenciário. Regimes de Formação. Relativização Atípica da Coisa Julgada.

**ABSTRACT:** The current article addresses the atypical relativization of the res judicata in Social Security Law. Initially, it examines the res judicata institute, its training regimes and the instruments provided by the legal system for its relativization. Afterwards, it states the existence of a position that intends to relativize in an atypical way and / or inaugurate a new training regime for res judicata in the pension process. Then, a critical analysis of this understanding is made and is formulated a dogmatic proposal for systematization to relativize the res judicata in the social security process. Conclusively, it assesses whether and how the relativization of res judicata is possible in the social security laws.

**KEYWORDS:** Legal Security. Res Judicata in the Social Security Process. Formation Regimes. Atypical Relativization of Res Judicata.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende discutir a relativização atípica da coisa julgada previdenciária, tema que tem alcançado considerável amplitude e despertado acalorados debates na doutrina especializada e na jurisprudência.

Para tanto, inicialmente, será apresentado o conceito de coisa julgada, sua relevância e um pequeno histórico de sua presença em nosso ordenamento jurídico.

Em seguida, tratar-se-á dos regimes de formação da coisa julgada (*pro et contra, secundum eventum litis e secundum eventum probationis*), com uma exposição dos regimes, em que tipo de demandas eles se formam e as razões pelas quais foram concebidos para o ordenamento.

Após, serão sucintamente abordados os meios típicos de relativização da coisa julgada, fazendo-se, em sequência, uma incursão sobre os meios atípicos de relativização, com uma breve exposição dos argumentos de defensores e críticos.

Em continuidade, traçar-se-á um panorama do debate sobre o tema em comento no âmbito do Direito Previdenciário para, em seguida, se apresentar alguns apontamentos críticos ao cenário delineado.

Por fim, considerando-se a atual ausência de parâmetros para os casos de relativização atípica, será apresentada, a título de contribuição, uma proposta de sistematização mínima sobre a matéria.

### 1. COISA JULGADA

O conceito de coisa julgada sempre alimentou calorosas discussões jurídicas. A par destas, o art. 502 do CPC/2015 tentou trazer uma definição do instituto: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL, 2015).

Diddier (2020) decompõe o dispositivo legal afirmando que, em primeiro lugar, considera-se a coisa julgada uma “autoridade”, o que significa que estamos diante de uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva.

Em um segundo momento, o autor discorre sobre dois corolários dessa autoridade: a indiscutibilidade e a imutabilidade da decisão. A indiscutibilidade impede que uma mesma questão seja discutida novamente (efeito negativo da coisa julgada) e, também, que a coisa julgada deve ser observada (efeito positivo da coisa julgada).

Quanto à imutabilidade, o autor afirma que: “Além de indiscutível, a coisa julgada é imutável – não pode ser alterada. A imutabilidade da coisa julgada é a regra. Mas há hipóteses em que a coisa julgada pode ser revista ou desfeita [...]” (Didier, 2020, p. 637).

A despeito das discussões doutrinárias acerca do que efetivamente seria a coisa julgada, percebe-se que há muito mais semelhanças do que divergências de fato entre as teses propostas. Nesse sentido, leciona Neves (2020, p. 912):



Apesar da notória discussão doutrinária, uma análise profunda das três principais correntes doutrinárias expostas é suficiente para se notar que existem mais semelhanças do que diferenças entre os doutrinadores. Todos reconhecem que toda sentença tem um elemento declaratório, consubstanciado na subsunção da norma abstrata ao caso concreto, e considerado pelo aspecto de elemento que compõe o conteúdo da decisão que gera efeitos práticos para fora do processo, torna-se imutável e indiscutível.

De toda sorte, em que pese existirem concepções doutrinárias distintas sobre o instituto, optar-se-á, neste trabalho, pelo conceito adotado pelo legislador.

A coisa julgada cuida-se, pois, de elemento concretizador da segurança jurídica, dado seu caráter estabilizador das relações jurídicas, impedindo, dessa maneira, discussões recorrentes sobre determinada matéria.

A importância da coisa julgada é tamanha que, em nosso ordenamento, encontra assento no art. 5º, XXXVI, da CRFB/1988, que estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (BRASIL, 1988).

Vale dizer que a presença da coisa julgada no texto constitucional e, via de consequência, a sua importância para nosso ordenamento não é uma novidade da CF/88. Nesse sentido, aduz Dellore (2018, p.163):

A proteção da segurança jurídica, por sua tríade ‘direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada’, não é inovação no sistema constitucional brasileiro com a CF/1988. Muito ao contrário, é da nossa tradição jurídica contra a irretroatividade das leis, mostrando a preocupação do constituinte com as situações consolidadas.

Nesse sentido, as Constituições anteriores trouxeram, com alguma variação, a proteção desses três institutos. Na Constituição de 1824, no art. 179, III; na Constituição de 1891, no art. 11, § 3º; na Constituição de 1934, art. 113, 3; na Constituição de 1946, art. 141, § 3º; na Constituição de 1967, art.150, § 3º; e na Constituição de 1969, art. 153, § 3º. Apenas a Constituição de 1937 não reproduziu esse dispositivo, o que se justifica considerando seu contexto autoritário.

Registrados o conceito do instituto em estudo, sua importância, a fundamentação constitucional e um pequeno histórico de sua relevância no ordenamento pátrio, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre os regimes de formação da coisa julgada.

## 2. REGIMES DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

No direito pátrio, há três modos de formação da coisa julgada: a) *pro et contra*; b) *secundum eventum litis* e c) *secundum eventum probationis*.

Didier (2020) afirma que a regra geral do nosso Código de Processo Civil, decorrente dos arts. 502-506, é a formação da coisa julgada *pro et contra*, ou seja, independentemente do resultado do processo (do teor da decisão judicial). Pouco importa se pela procedência ou improcedência, a decisão definitiva está apta a produzir coisa julgada.

Neves (2020, p. 368) ajuda a compreender o regime tradicional (*pro et contra*) de formação da coisa julgada:

No sistema tradicional da coisa julgada, esta se opera com a simples resolução de mérito, independentemente do resultado no caso concreto (*pro et contra*). Portanto, é irrelevante saber se o pedido do autor foi acolhido ou rejeitado, se houve sentença homologatória ou se o juiz reconheceu a prescrição ou decadência; sendo sentença prevista no art. 487 do Novo CPC, faz coisa julgada material.

Segundo Didier (2020), há, ainda, a coisa julgada *secundum eventum litis*, que se forma em apenas um dos possíveis resultados do processo: procedência ou improcedência. Há críticas a tal regime, pois haveria um tratamento desigual das partes, colocando uma delas em posição de flagrante desvantagem, já que a coisa julgada dependerá do resultado do processo. É o caso da coisa julgada no processo penal: a sentença condenatória sempre pode ser revista em favor do réu.

Neves (2020, p.368) explica a excepcionalidade da coisa julgada *secundum eventum litis* na tutela individual, aduzindo que tal regime de formação teria de ser objeto da vontade do legislador:

No entanto, existe outro sistema possível, que, ao menos na tutela individual é extremamente excepcional: a coisa julgada *secundum eventum litis*. Por meio desse sistema, nem toda sentença de mérito faz coisa julgada material, tudo dependendo do resultado concreto da sentença definitiva transitada em julgado. Por vontade do legislador é possível que o sistema crie exceções pontuais à relação sentença de mérito com cognição exauriente e a coisa julgada material.

Poderia o sistema passar a prever que toda sentença de mérito fundada em prescrição não fará coisa julgada em ações nas quais figure como parte um idoso, ou ainda que a sentença que homologa transação não fará coisa julgada material quando o acordo tiver como objeto direito real. Apesar da óbvia irrazoabilidade dos exemplos fornecidos, servem para deixar claro que afastar a coisa julgada material de sentença de mérito, que em regra se tornariam imutáveis e indiscutíveis com o trânsito em julgado, em fenômeno conhecido como coisa julgada *secundum eventus litis*, é fruto de uma opção político-legislativa.

Por fim, segundo leciona Didier (2020), teríamos a coisa julgada *secundum eventum probationis*, que se forma apenas em caso de esgotamento de provas – ou seja, se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de provas, ou improcedente com suficiência de provas. Se a decisão proferida no processo julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não formará coisa julgada. No regime geral (*pro et contra*), a improcedência por falta de provas torna-se indiscutível pela coisa julgada.

Seriam exemplos de coisa julgada *secundum eventum probationis*: a) a coisa julgada coletiva (art.103 da Lei nº 8.078/1990-CDC<sup>2</sup>); b) coisa julgada na ação popular (art.18 da Lei nº 4.717/1965<sup>3</sup>); c) coisa julgada no mandado de segurança, individual ou coletivo (art.19 da Lei nº 12.016/2009<sup>4</sup>).

Assim, verifica-se que a exceção existente em nosso ordenamento jurídico da formação da coisa julgada tradicional (*pro et contra*) opera-se apenas em processos coletivos,<sup>5</sup> cabendo acrescentar que eventual exceção decorre de expressa opção legislativa. Torna-se, pois, importante entender as razões que conduziram tal opção do legislador. Esse movimento de compreensão se mostra fundamental para se refletir sobre a possibilidade de os regimes excepcionais de formação da coisa julgada (*secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*), originalmente previstos

apenas para demandas coletivas, serem transpostos para as demandas individuais, aí incluídas as lides previdenciárias.

Neves (2020) exemplifica em sua obra como se daria a coisa julgada *secundum eventum litis* no processo coletivo: suponha-se que uma empresa cause um grande vazamento de óleo que, além de afetar o meio ambiente (dano coletivo), também cause danos individuais aos pescadores locais, que, em razão disso, não poderão exercer seu ofício. Mesmo que eventual a ação coletiva, fundada no direito difuso a um meio ambiente equilibrado, seja julgada improcedente, os pescadores, ainda assim, poderiam ingressar e vencer ações individuais de indenização contra a empresa petrolífera. Por outro lado, com a sentença de procedência, os pescadores poderão se valer desse título executivo judicial, liquidando seus danos individuais e executando o valor do prejuízo, sem a necessidade de ajuizarem ações individuais de conhecimento. Prossegue o autor:

Segundo previsão do art. 103, § 1º, do CDC, os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, classe ou categoria, em regra também aplicável ao inciso III. Significa que, decorrendo de uma mesma situação fática jurídica consequências no plano do direito coletivo e individual, e sendo julgado improcedente o pedido formulado em demanda coletiva, independentemente da fundamentação, os indivíduos não estarão vinculados a esse resultado, podendo ingressar livremente com suas ações individuais. A única sentença que os vincula é a de procedência, porque esta naturalmente os beneficia, permitindo-se que o indivíduo se valha dessa sentença coletiva, liquidando-a no foro de seu domicílio e posteriormente executando-a, o que o dispensará do processo de conhecimento. A doutrina fala em coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, porque somente a decisão que seja útil ao indivíduo será capaz de vinculá-lo a sua coisa julgada material.

[...] Registre-se que esse benefício da coisa julgada material da ação coletiva pode ser excepcionado em duas circunstâncias:

(a) Na hipótese de o indivíduo ser informado na ação individual da existência da ação coletiva (*fair notice*), e em um prazo de 30 dias preferir continuar com a ação individual (*right to opt out*), não será beneficiado pela sentença coletiva de procedência (art. 104 do CDC);

---

2 - Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

3 - Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

4 - Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

5 - Apesar de o ordenamento somente excepcionar de forma expressa o tradicional regime de formação da coisa julgada nas lides coletivas, o STF admitiu a renovação de demanda de investigação de paternidade, que havia sido anteriormente rejeitada por ausência de provas. Consagrou, então, um caso de relativização atípica da coisa julgada. Ainda que não mencionado expressamente, o STF considerou como *secundum eventum probationis* a coisa julgada na investigação de paternidade (RE n. 363.889, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 02.06.2011). Há um movimento parecido ocorrendo nas lides previdenciárias, o que será abordado em tópico específico deste trabalho.

(b) Nas ações coletivas de direito individual homogêneo, o art. 94 do CDC admite a intervenção dos indivíduos como litisconsortes do autor, e nesse caso os indivíduos se vinculam a qualquer resultado do processo coletivo, mesmo no caso de sentença de improcedência. (NEVES, 2020, p. 368-370).

É fácil perceber, pois, que a opção do legislador por tal regime fundou-se na racionalidade, na economia processual e na eficiência, evitando-se a proliferação de milhares de ações judiciais que poderiam ser resolvidas numa única ação coletiva.

Neves (2020) explica que, no tocante aos direitos coletivos e difusos, a coisa julgada, na hipótese de julgamento de improcedência do pedido, tem uma especialidade que a diferencia da coisa julgada tradicional, prevista pelo Código de Processo Civil.

Enquanto, no instituto tradicional (*pro et contra*), a imutabilidade e a indiscutibilidade geradas pela coisa julgada não dependem do fundamento da decisão, nos direitos difusos e coletivos, caso a sentença tenha como fundamento a ausência ou insuficiência de provas, não se impedirá a propositura de novo processo com os mesmos elementos da ação (partes, causa de pedir e pedido), com vistas a pleitear uma nova decisão, o que, naturalmente, afastará, ainda que de forma condicional, os efeitos de imutabilidade e indiscutibilidade da primeira decisão transitada em julgado. Nesse caso, estaríamos diante da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Neves (2020) explica, ainda, a oposição de parte da doutrina a tal regime de coisa julgada, em especial porque haveria uma proteção exacerbada dos autores das ações coletivas em desfavor dos réus, o que ensejaria violação ao princípio constitucional da isonomia. Contudo, o autor explica as razões de tal opção do legislador, que protegeria a coletividade:

Majoritariamente, entretanto, a doutrina entende pela constitucionalidade da coisa julgada *secundum eventum probationis* – como também da coisa julgada *secundum eventum litis* –, afirmando que os sujeitos titulares do direito, ao não participarem efetivamente do processo, não poderão ser prejudicados por uma má condução procedimental do autor da demanda. Não seria justo ou legítimo impingir a toda uma coletividade, em decorrência de uma falha na condução do processo, a perda definitiva de seu direito material. A ausência da efetiva participação do direito em um processo em contraditório é fundamento suficiente para defender essa espécie de coisa julgada material.

Ademais, a coisa julgada *secundum eventum probationis* serve como medida de segurança dos titulares do direito que não participam como partes no processo contra qualquer espécie de desvio de conduta do autor. A insuficiência ou a inexistência de provas poderá decorrer, logicamente, de uma inaptidão técnica dos que propuseram a demanda judicial, mas também não se poderá afastar, de antemão, algum ajuste entre as partes para que a prova necessária não seja produzida e com isso a sentença seja de improcedência (NEVES, 2020, p. 364).

Assim, consegue-se entender a razão da preferência pela formação da coisa julgada *secundum eventum probationis* nas demandas coletivas. Trata-se de uma forma de proteger os sujeitos titulares do direito que não tenham participado efetivamente do processo. Não seria razoável penalizar toda uma coletividade pela má condução perpetrada por um único legitimado ativo.

Assentes os regimes de formação da coisa julgada, passa-se à análise das hipóteses de relativização desse instituto pelo ordenamento.

### 3. OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE E/OU DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O ordenamento pátrio afirma, no art. 505 do CPC, que nenhum juiz decidirá novamente questões já decididas relativas à mesma lide. Contudo, o inciso II do mesmo art. 505 prescreve que tais questões poderão ser reapreciadas “nos demais casos prescritos em lei”.

Tal dispositivo abre, assim, as portas para os chamados instrumentos legais de controle da coisa julgada. São os instrumentos típicos, ou seja, previstos de forma expressa pelo ordenamento para que a coisa julgada possa ser eventualmente relativizada. Segundo lição de Didier (2020, p. 685), são eles:

- a) a ação rescisória (arts.966 e seguintes do CPC<sup>6</sup>): trata-se de uma ação autônoma de impugnação de mérito transitada em julgado, que se fundamenta em problemas formais ou de injustiça da decisão. O objetivo da rescisória é desconstituir a coisa julgada e deve ser proposta num prazo decadencial de dois anos;
- b) a *querela nullitatis* (art.525, §1º, I e art.535, I, CPC)<sup>7</sup>: é um meio de impugnação que combate os chamados vícios transrescisórios, existentes quando: (i) a decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por falta de citação; (ii) decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por ter sido defeituosa a citação;
- c) a impugnação com base na existência de erro material (art. 494, I, CPC)<sup>8</sup>: autoriza-se a correção da decisão judicial inquinada por lapsos materiais (ex. engano nos cálculos, na digitação, na referência às partes, etc), mesmo depois de acobertada pela coisa julgada material;
- d) a revisão de sentença inconstitucional (com base no art. 525, §12, e art. 535, §5º, CPC)<sup>9</sup>: o executado, através de impugnação ao cumprimento de sentença, poderá alegar a inexigibilidade da obrigação, sempre que a decisão estiver fundada em ato normativo ou interpretação considerado inconstitucional ou incompatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, além dos instrumentos típicos previstos na legislação processual – que, diga-se de passagem, não são poucos – para controle e relativização do que foi decidido em um processo (coisa julgada), parte da doutrina e da jurisprudência advoga a possibilidade também de uma relativização atípica da coisa julgada. Para essa corrente, a coisa julgada material poderia ser revista/rescindida a qualquer tempo, por critérios e meios atípicos – não previstos em lei. Trata-se de movimento que vem propondo a chamada relativização atípica da coisa julgada.<sup>10</sup>

6 - Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

7 - Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia. Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

Didier (2020, p. 686-687) traça um pequeno histórico da defesa da tese de uma relativização atípica da coisa julgada:

O primeiro a suscitar a tese da relativização da coisa julgada no Brasil foi José Augusto Delgado, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça. Defendeu, a partir de sua experiência na análise de casos concretos, a revisão da carga imperativa da coisa julgada toda vez que afrontasse a moralidade, a legalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, ou se desafinasse com a realidade dos fatos. A lição foi difundida por autores como Humberto Theodoro Jr., Juliana Cordeiro e Candido Rangel Dinamarco.

Cândido Dinamarco já vinha propondo essa solução há um bom tempo. O autor tem uma das opiniões mais abertas sobre a relativização atípica da coisa julgada. Afirma categoricamente que a coisa julgada só deve ser conservar inquebrantável se: a) consoante com as máximas da proporcionalidade, razoabilidade, moralidade administrativa – quando não seja absurdamente lesiva ao Estado; b) cristalizar a condenação do Estado ao pagamento de valores “justos” a título de indenização por expropriação imobiliária; c) não ofender a cidadania e os direitos do homem e não violar a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O autor também faz importantes reflexões sobre o principal problema de se admitir a relativização da coisa julgada com base na existência de injustiça: estar-se-ia franqueando ao Poder Judiciário um poder geral de revisão da coisa julgada, o que daria margem a interpretações das mais diversas, em prejuízo da segurança jurídica. Além de afrontar o art. 505, II, do CPC, a concepção de ser possível uma relativização atípica da coisa julgada inviabilizaria uma solução definitiva ao problema que foi levado ao Judiciário.

Didier (2020) prossegue na análise da atipicidade da relativização da coisa julgada lembrando que, de fato, a coisa julgada pode, em determinados contextos, concretizar situações indesejadas, mas que, justamente para combater tais situações, o legislador trouxe à tona as hipóteses em que ela poderia ser desconstituída (os meios típicos de desconstituição da coisa julgada):

Não se pode negar que a indiscutibilidade da coisa julgada pode perenizar, em alguns casos, situações indesejadas – com decisões injustas, ilegais, desafinadas com a realidade fática. E foi para abrandar esses riscos que se previram hipóteses em que se poderia desconstituí-la. Com isso, buscou-se harmonizar a garantia da segurança e estabilidade das situações jurídicas com a legalidade, justiça e coerência das decisões jurisdicionais.

---

8 - Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais ou erros de cálculo;

9 - Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. [...] § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: [...] § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

10 - Pois já há hipóteses típicas de revisão da coisa julgada, tornando-a, de qualquer modo, relativa.

Luiz Guilherme Marinoni mostra-se com pouca disposição para as teses que pregam a relativização da coisa julgada, porquanto não garantam a correção dos julgamentos dos magistrados. Afinal, “admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a ideia de ‘relativizar’ a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça”. Enfim, quem garante que a segunda decisão será justa? (DIDIER, 2020, p.687-688).

O autor arremata alertando para os riscos de se relativizar a coisa julgada sob a alegação de que a decisão é injusta e sem que o instrumento utilizado para efetivar a desconstituição seja previsto no ordenamento:

[...] Enfim, as concepções de relativização atípica da coisa julgada são perigosas. Defendem a prevalência do “justo”, mas não definem o que seja o “justo”. Partem de uma noção de justiça, como senso comum captado por qualquer cidadão médio.

[...] Permitir a revisão da coisa julgada por um critério atípico é perigosíssimo. Esquecem os adeptos desta corrente que, exatamente por essa especial característica do direito litigioso, àquele que pretende rediscutir a coisa julgada bastará alegar que ela é injusta/desproporcional/inconstitucional. E, uma vez instaurado o processo, o resultado é incerto: pode o demandante ganhar ou perder. Ignora-se esse fato. O resultado do processo não se sabe antes do processo; a solução é, como disse, construída. É por isso que a ação rescisória (instituto que é a síntese de vários meios de impugnação das sentenças desenvolvidos em anos de história da civilização contemporânea) é típica e tem um prazo para ser ajuizada.

A coisa julgada é instituto construído ao longo de séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la (DIDIER, 2020, p. 686-687).

Compreendidos o conceito de coisa julgada, seus regimes de formação e a discussão acerca dos instrumentos típicos e atípicos para sua desconstituição/relativização, passa-se à análise das hipóteses de relativização da coisa julgada no processo previdenciário.

#### 4. O ESTADO DA ARTE DA COISA JULGADA NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

Na doutrina previdenciária especializada, há pujante corrente a ressoar nos tribunais, que entende que a coisa julgada não encerra óbice à proteção previdenciária, dado o fato de essa cobertura, além de direito fundamental, ser imprescindível à subsistência do indivíduo e, nessa qualidade, possuir grande valor social. Para os adeptos de tal entendimento, a relativização da coisa julgada, antes de ensejar insegurança jurídica, traz segurança social e atende à finalidade institucional da autarquia previdenciária.

Assim, no entender de tal corrente, a coisa julgada, em matéria previdenciária, deveria se dar no regime *secundum eventum probationis*, sendo possível nova discussão da matéria ligada à concessão ou revisão de determinado benefício previdenciário quando a pretensão foi originalmente recusada por insuficiência de provas. Isso porque o direito à previdência social seria orientado pelo princípio fundamental de que o indivíduo não pode, por uma questão formal, ser separado de seu direito de sobreviver pela solidariedade social.

Os simpatizantes dessa concepção trazem questionamentos relevantes. Por todos, Schuster, Savaris e Vaz (2019, p.10):

[...] como se encontrar um equilíbrio entre a impossibilidade de se repetirem todas as ações já decididas (segurança jurídica) e a necessidade de facultar nova incursão em determinados casos, como condição para a concretização dos ideais de acesso à ordem jurídica justa (justiça social) preconizada pela Constituição?

Ainda para os defensores dessa tese, poder-se-ia invocar uma similaridade com o Direito Penal, em que se admite uma nova apreciação do caso, diante de novas provas, quando for para beneficiar o réu. Aduzem inexistir, nesse caso, insegurança jurídica. Por todos, Schuster, Savaris e Vaz (2019, p.129-131):

Tal como no direito penal se admite a revisão criminal para beneficiar o réu quando, por exemplo, são descobertas novas provas que o favoreçam, o processo previdenciário pauta-se pelo comprometimento, a todo tempo, com o valor que se encontra em seu fundamento: a proteção social do indivíduo vulnerável, esta essencial dimensão de liberdade real e dignidade humana. Em relação a este valor, é de se reconhecer, a segurança contraposta deve ser superada como um interesse menor.

[...] Não há insegurança em se discutir novamente uma questão previdenciária à luz de novas provas como inexistir insegurança na possibilidade de se rever uma sentença criminal em benefício do réu.

Tal corrente, contudo, ignora que, no caso penal, tratou-se de expressa opção legislativa. No mesmo sentido, nas lides coletivas, o legislador também fez expressa opção por um regime de formação da coisa julgada distinto do tradicional. Tal escolha legislativa não ocorreu no caso previdenciário – trata-se de uma proposta de relativização atípica ou de atribuição de um regime de formação da coisa julgada sem amparo normativo.

Além disso, o ordenamento já previu diversos instrumentos de controle da coisa julgada, ou seja, os meios típicos de relativização. Caso se entendesse que as lides previdenciárias mereciam, por suas singularidades, um regime diverso, deveria haver uma opção legislativa nesse sentido.

## 5. ALGUNS APONTAMENTOS CRÍTICOS À TENTATIVA DE RELATIVIZAÇÃO ATÍPICA DA COISA JULGADA PREVIDENCIÁRIA

Percebe-se, afinal, que a discussão sobre o regime de formação da coisa julgada nas lides previdenciárias tem gerado, além de intenso debate, muita confusão.

Um dos elementos propulsores desses debates e confusões é a errônea interpretação que se tem dado a Recurso representativo de controvérsia proferido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que tangenciou a matéria. A referência é ao REsp 1352721/SP. Conforme se extrai da decisão e do próprio site do STJ, a tese firmada no referido julgado foi:

A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a conseqüente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa. (BRASIL, 2012)

Apesar de parte da doutrina defender que o referido julgado cristalizou especificidades do processo previdenciário, entre as quais que a coisa julgada material não se formaria nas lides previdenciárias quando a improcedência resultasse da ausência de provas, isso não condiz com o que o julgado assentou.

Numa leitura atenta do precedente, percebe-se que, em nenhum momento, a decisão proferida pelo STJ trouxe qualquer possibilidade de flexibilização da coisa julgada e/ou afirmou que a coisa julgada no Direito Previdenciário se formaria no regime *secundum eventum litis* e/ou *secundum eventum probationis*. O que o recurso repetitivo afirmou é que, quando não houver documentos que instruem eficazmente a petição inicial, o feito deve ser julgado extinto, sem resolução do mérito, quando a parte autora poderá, caso reúna novos elementos, intentar nova ação.

Contudo, não se aduziu, em nenhum momento, que, caso a demanda previdenciária seja julgada improcedente, ou seja, extinta com resolução do mérito, ainda que por ausência de provas, haveria a possibilidade da propositura de nova ação, idêntica, mas com um acervo probatório mais robusto. Em suma, o julgado não trouxe uma relativização atípica da coisa julgada nem estabeleceu que o regime de formação da coisa julgada no Direito Previdenciário se daria nos regimes *secundum eventum litis* e/ou *secundum eventum probationis*.

Essa constatação se baseia em posição do próprio STJ, que, ao analisar como se daria a aplicação do precedente acima citado, esclareceu que, se uma ação tivesse seu mérito julgado, não seria caso de ajuizamento de nova ação, com novas provas, uma vez que já teria se operado a coisa julgada:

1. A decisão agravada observou o Recurso Especial Repetitivo 1.352.721/SP, julgado pela Corte Especial, em 16/12/2015. 2. Referido precedente vinculante não aproveita a situação do ora agravante, porque é dirigido ao processo civil em curso, ainda sem decisão transitada em julgado. No presente caso, a coisa julgada já se formou e sob a classificação de coisa julgada material. Este fenômeno não tem como ser alterado. A tese jurídica que propus naquele julgamento perante a Corte Especial ficou vencida, relativa à coisa julgada segundo a prova produzida no processo, por isso não deve ser observada. [...]

STJ; 2ª Turma; *AgRg* no *REsp* 1577412 / RS; Rel. Ministro Mauro Campbell Marques; DJe 01/12/2017 (BRASIL, 2017).

A Turma Nacional de Uniformização (TNU) também se pronunciou, em setembro/2019, sobre o tema (PUIL 5000532-53.2014.4.04.7014/PR – Boletim 39), concluindo que “mesmo em se tratando de demandas previdenciárias, a coisa julgada material deve ser prestigiada, obstando a rediscussão de questão já decidida por decisão transitada em julgado.” (BRASIL, 2019).

Na oportunidade, foram tecidas severas críticas ao comportamento judicial propenso a ignorar a coisa julgada ou a inaugurar, sem amparo normativo, um novo regime de formação da coisa julgada:

1. Cuida-se de pedido de uniformização de interpretação de lei federal interposto pelo INSS contra acórdão da 3ª Turma Recursal do Paraná que se posicionou no sentido de que, em matéria previdenciária, a coisa julgada deve se dar *secundum eventum probationis*, a permitir a renovação do pedido de concessão do benefício que fora julgado improcedente por insuficiência de provas.

[...] 8. Consabido é que a coisa julgada é instituto de natureza constitucional que tem por

escopo a segurança jurídica, atributo do estado democrático de direito porque de nada valeria o acesso à justiça sem a garantia da imutabilidade das decisões judiciais e, por conseguinte, da estabilização das relações jurídicas.

9. Ressabido é ainda que a coisa julgada comporta exceções, não em face de um dado direito ou ramo do Direito, senão que diante de situações excepcionais que reclamam tratamento distinto para garantir a idoneidade da prestação jurisdicional. Essas exceções se acham expressamente previstas em lei (CPC, artigos 505 e 966). (BRASIL, 2019).

A decisão exarada pela TNU trata a questão de forma minudente, inclusive sobre o alcance do julgado do STJ, que tem sido invocado como fundamento pelos defensores da relativização atípica da coisa julgada no Direito Previdenciário:

[...] 11. No que respeita à jurisprudência, a questão da relativização da coisa julgada em matéria previdenciária foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o regime dos recursos repetitivos (REsp. n.º 1.352.721/SP, *Corte Especial, relator o ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO* - Dje de 28/04/2016), em caso envolvendo segurado especial. Na ocasião, essa Corte firmou a tese de que deve o magistrado declarar extinto o processo sem resolução de mérito se não constatar a existência de começo de prova material do exercício da atividade rural ou pesqueira, evitando assim a formação da coisa julgada material.

12. Equiparou desse modo o começo de prova material ao documento indispensável à propositura da ação (CPC, artigo 320), assim tido aquele cuja ausência impede o exame de mérito da causa. Tal se deu não por altruísmo ou motivação ideológica, mas porque a comprovação da qualidade de segurado especial (Lei n.º 8.213/91, artigo 106) não se obtém mediante exclusiva prova oral, senão que por meio de sua conjugação com começo de prova material (Lei n.º 8.213/91, artigo 55, §3º; Decreto n.º 3.048/99, artigos 62 e 63; e STJ, súmula n.º 149). Eis, pontualmente, o excerto:

A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.

[...]14. Deve-se registrar, ademais, que a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, senhor da interpretação das leis federais, visou evitar o julgamento de improcedência do pedido com o fim de contornar os efeitos da coisa julgada material. Noutros termos, a intangibilidade da coisa julgada material foi prestigiada. Não há, portanto, ainda esta vez, em falar em sua relativização.

15. Vale registrar, de resto, quanto à (in) segurança jurídica, que o resultado é inter partes, mas o efeito persuasivo é geral e imprevisível. (BRASIL, 2019).

O julgado também apontou para os efeitos perniciosos que decorrem da postura de se ignorar a coisa julgada, tais como a multiplicação exponencial de demandas; a ausência de estabilização das relações previdenciárias; a colocação em risco da sustentabilidade do sistema previdenciário, além do risco de que a superação da coisa julgada se espraie para outros ramos do Direito, com prejuízos cada vez maiores para a segurança jurídica:

[...] 17. A se permitir essa frouxidão na coisa julgada material, a multiplicação exponen-

cial de demandas é certa e as relações previdenciárias jamais se estabilizarão - exceto, claro, quando a autarquia, esgotada, perder -, quiçá em prejuízo da própria sustentabilidade da Previdência Social.

18. Por outra, a tendência é que se amplie o espectro de exceções aos efeitos da coisa julgada material, inclusive para outros ramos do Direito, dado que o argumento se abebera tão somente no caráter fundamental da prestação previdenciária. Tal fará dessas exceções a regra, quadro que não guarda identidade com o anseio da sociedade de imutabilidade das decisões judiciais e, por conseguinte, de segurança jurídica.

19. Não há, pois, por onde quer que se veja, amparo à tese abraçada no julgado impugnado [...] (BRASIL, 2019).

Dessa forma, é plausível depreender, das posições expressas do Superior Tribunal de Justiça e da Turma Nacional de Uniformização, que as particularidades das lides previdenciárias não autorizam um regime de formação da coisa julgada diverso do tradicional (*pro et contra*). Para que assim fosse, exigir-se-ia expressa previsão normativa, o que não ocorre.

Concorda-se com tal posição. Em primeiro lugar, porque o ordenamento já previu os instrumentos de controle da coisa julgada, ou seja, os meios típicos de relativização. Caso se entendesse que as lides previdenciárias mereceriam, por suas singularidades, um regime diverso, deveria haver uma opção legislativa nesse sentido, e não um voluntarismo judicial qualquer que trouxesse uma atipicidade genérica e lacônica para se relativizar a coisa julgada e que, aí sim, se tornaria sem controle. Nesse sentido, concorda-se com Didier (2020, p. 689), que afirma que “permitir a revisão da coisa julgada por um critério atípico é perigosíssimo”, já que “a coisa julgada é instituto construído ao longo de séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la.” (DIDIER, 2020, p.689).

Entretanto, a despeito de a doutrina mais abalizada e de os principais órgãos jurisdicionais de uniformização da jurisprudência previdenciária (STJ e TNU) entenderem pela impossibilidade de relativização atípica da coisa julgada, fato é que grande parte dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes de primeiro grau que lidam com a matéria vêm relativizando a coisa julgada e/ou afirmando que, nas ações previdenciárias, seu regime de formação seria *secundum eventum litis* e/ou *secundum eventum probationis*, sem critérios minimamente dogmáticos, gerando uma insegurança cada vez maior.

Ignorar tal realidade pelo simples fato de não concordar com ela não parece uma alternativa razoável para o momento. E é justamente para tentar mitigar o caos que se tem observado na relativização atípica da coisa julgada previdenciária ou no entendimento de que ela teria um regime distinto de formação que se oferece, a seguir, uma proposta de “sistematização do equívoco” – em outras palavras, uma proposta de sistematização da errônea relativização atípica da coisa julgada nas demandas previdenciárias. Almeja-se, assim, conferir alguma previsibilidade e racionalidade ao tratamento dessa matéria, dada a insegurança gerada pelo comportamento judicial apontado.

## 6. UMA PROPOSTA SUBSIDIÁRIA DE SISTEMATIZAÇÃO DA RELATIVIZAÇÃO ATÍPICA DA COISA JULGADA

Conforme já afirmado, não se concorda com a corrente que invoca a possibilidade de formação da coisa julgada no regime *secundum eventum litis* e/ou *secundum eventum probationis* ou,

ainda, a possibilidade de uma relativização atípica (fora dos meios legais já previstos pelo ordenamento) da coisa julgada previdenciária.

Contudo, mesmo se admitindo que, nos casos de improcedência - extinção da demanda com resolução do mérito, seja possível o ajuizamento de ação idêntica, com um novo acervo probatório, seria necessário, no mínimo, o atendimento de determinados requisitos, abaixo discriminados:

(i) que a nova ação seja precedida de novo requerimento administrativo,<sup>11</sup> formulado posteriormente à formação da coisa julgada originária.

Se o segurado/beneficiário da seguridade social está, supostamente, a juntar documentos que não estiveram na primeira demanda, sob o pretexto de que não haveria coisa julgada para tanto, não se pode suprimir da autarquia previdenciária (INSS) a possibilidade de apreciá-los administrativamente, sob pena de burla ao entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 631.240/MG.

O STF, no RE 631.240/MG, julgado em sede de repercussão geral, fixou que uma das condições da ação nas lides previdenciárias é a necessidade de se formular prévio requerimento administrativo, sob pena de não se configurar o interesse de agir. No mesmo julgado, consignou-se que é dever do segurado efetivamente contribuir para o deslinde da demanda administrativa, sob pena de extinção da ação, caso se constate que o pleito administrativo não foi apreciado por razões imputáveis ao próprio requerente. Nesse sentido:

**Ementa:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. [...] Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação [...]. (STF, RE 631240/MG, 2014) (BRASIL, 2014).

Nesse sentido, na eventualidade de se superar a coisa julgada existente, deve ser demonstrado que houve novo requerimento administrativo após a formação da coisa julgada, bem como que o suposto novo acervo probatório tenha sido integralmente apresentado na esfera administrativa.

Esse também é o entendimento do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF, que, no enunciado 164, tratou de tema semelhante, nas lides por incapacidade:

Julgado improcedente pedido de benefício por incapacidade, no ajuizamento de nova ação, com base na mesma doença, deve o segurado apresentar novo requerimento administrativo, demonstrando, na petição inicial, o agravamento da doença, juntando documentos médicos novos (BRASIL, 2015).

(ii) A improcedência que supostamente não está a formar coisa julgada tem de ter sido por falta/insuficiência de provas, devendo ainda ser apresentada prova nova.

Para se cogitar a “flexibilização” da coisa julgada, é necessário que a primeira demanda tenha sido julgada improcedente por falta/insuficiência de provas.

Daniel Neves (2020), escrevendo sobre as demandas coletivas,<sup>12</sup> em que há expressa previsão normativa para a formação da coisa julgada no regime *secundum eventum probationis*, esclarece que há omissão legal acerca da exigência de que, expressa ou implicitamente, conste da sentença ter sido a improcedência gerada pela ausência ou insuficiência de provas.

O autor informa que há duas posições da doutrina sobre o tema. A primeira, com uma tese mais restritiva, a exigir que haja na motivação ou no dispositivo da decisão, expressa ou implicitamente, a circunstância da ausência ou insuficiência de provas. Para tal corrente, entende-se que, por ser uma exceção à regra da coisa julgada material prevista no ordenamento processual, deverá o juiz indicar, ou ao menos ser possível deduzir de sua fundamentação, que sua decisão pela improcedência decorreu de insuficiência ou inexistência de material probatório. A ausência dessa circunstância proporcionaria, obrigatoriamente, a geração da coisa julgada material tradicional. Já a segunda corrente não considera **necessário** constar na sentença, expressa ou implicitamente, que a improcedência do pedido decorreu de ausência ou insuficiência de provas. Defende-se, neste caso, que não se deveria adotar um critério meramente formal do instituto, propondo-se um critério mais liberal, nomeado de critério substancial.

E Savaris, Vaz e Schuster (2019, p.180) corroboram essa visão:

Em outras palavras, só é possível reexame da mesma lide por prova nova em caso de insuficiência de provas, de modo que, caso a decisão seja de procedência ou improcedência com esgotamento do conteúdo probatório, não é possível revisão. Tendo sido a improcedência justificada no convencimento do Juízo de que carecem de razões jurídicas as pretensões vertidas, com base no arcabouço probatório, o ajuizamento de nova demanda não será possível.

Além disso, deve-se estar diante da chamada prova nova,<sup>13</sup> sob pena de não se mostrar possível a incidência do regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Enfim, as provas que já poderiam ter sido produzidas – mas não foram – ficam acobertadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, nos termos do art. 508 do CPC/2015, de forma que somente provas que não existiam à época da demanda originária permitiriam nova demanda judicial. Conclui-se que um mero rearranjo ou mesmo uma nova roupagem para provas já existentes ao tempo da primeira demanda não possibilitam a superação da coisa julgada.

(iii) A prova nova deve ter o condão de, por si só, assegurar pronunciamento favorável ao segurado.

Outra questão imprescindível para que se autorize nova discussão sobre a lide, flexibilizando a coisa julgada, é que a prova nova apresentada deve ter o condão por si só de assegurar à parte autora pronunciamento favorável. Ou seja, o novo conteúdo probatório deve ser inovador e eficiente. Frise-se que esse inclusive é o entendimento do STJ. Vejamos a manifestação do Minis-

11 - Apesar da apresentação de um novo requerimento administrativo ser imprescindível, vale dizer que este, por si só, não significa a existência de uma nova causa de pedir. Nos termos do entendimento da TNU (PEDILEF 0031861-11.2011.4.03.6301, Rel. Juiz Federal João Lazzari, j.05.005.2015): o novo requerimento administrativo pode caracterizar nova causa de pedir, desde que não se trate de mera reprodução do pedido administrativo antes indeferido.

tro Mauro Campbell Marques no julgamento do REsp 1.572.373/RS, que tratou do tema:

Oportuno asseverar que, para autorizar o processamento de nova ação, a prova superveniente deve conter um caráter inovador no que toca ao conjunto probatório na primeira ação e suprir com eficiência a lacuna deixada no primeiro processo, em que se julgou o pedido improcedente (BRASIL, 2015).

Ou seja, não é qualquer prova nova apresentada que permite a rediscussão. Exige-se dela uma robustez incontestável. Inclusive, vale dizer que, à exceção do Processo Coletivo, em que a flexibilização no regime de formação da coisa julgada possui assento normativo (art.103 do CDC), o único outro exemplo consistente de relativização atípica da coisa julgada no direito pátrio operou-se no Direito de Família, em ação de investigação de paternidade decorrente do advento de uma prova inexistente até então (exame de DNA) e que seria capaz de fornecer a segurança quase absoluta quanto à (in)existência do vínculo de paternidade (RE 363889/DF)<sup>14</sup>.

Mesmo a ação rescisória – cujo regramento deve servir de baliza –, em razão da ausência de previsão normativa para flexibilização da coisa julgada de maneira atípica, exige, no art. 966, VII, do CPC, que a prova seja capaz de, por si só, assegurar pronunciamento favorável.

Dessa forma, somente uma prova nova dotada de robustez inquestionável poderia autorizar a rediscussão da lide já transitada em julgado.

(iv) Há um prazo decadencial quinquenal para ajuizamento da nova demanda que pretende superar a coisa julgada.

A pretensão de superar eventual coisa julgada não pode ser eterna. As lides têm de terminar em algum momento. É por isso que até mesmo os defensores da coisa julgada *secundum eventum litis* e/ou *secundum eventum probationis* no Direito Previdenciário advogam pela existência de um prazo decadencial para a revisão de decisão judicial. Por ausência de previsão normativa, a doutrina especializada invoca o prazo da ação rescisória quando esta se funda em prova nova – cinco anos (CPC/2015, art.975, §2º<sup>15</sup>). Nesse sentido, Savaris, Vaz e Schuster (2019, p.203):

A fim de evitar o uso indiscriminado da ideia da coisa julgada *secundum eventum probationis*, muitas vezes confundida com *secundum eventum litis*, e, ao mesmo tempo, tentar estabelecer um elo de ligação entre o problema e uma solução a ser construída pela observação dos marcos normativos existentes, considerando a necessidade de as causas serem julgadas segundo padrões e critérios que possam ser replicados, com base no texto jurídico, se sugere

12 - Apesar de não se tratar de demandas previdenciárias, entende-se que pode servir como bom norte interpretativo, por similaridade.

13 - Há uma intensa discussão jurídica acerca do alcance e do significado da expressão prova nova. Não se trata do objeto do presente trabalho debater a fundo tal questão. Contudo, entende-se pertinente oferecer algumas das principais visões da doutrina sobre o tema. Para Didier (2020, p.619-620), “o termo prova nova deve ser entendido como prova anteriormente existente, mas somente acessível após o trânsito em julgado.[...] Apenas se considera como prova nova aquela que o autor não tenha tido condições de produzir no processo originário por motivos alheios à sua vontade e à sua disponibilidade, seja porque a desconhecia, seja por não lhe ser acessível durante o processo originário.” Já Daniel Neves (2020, p.363), ao abordar o tema na seara do processo coletivo, informa que todos os regramentos legais que tratam da coisa julgada *secundum eventum probationis* são omissos quanto ao conceito de ‘nova prova’. Esclarece o autor sobre a existência de duas correntes doutrinárias sobre o tema: (i) parcela majoritária da doutrina entende que não se deve confundir nova prova com prova superveniente, surgida após o término da ação coletiva. [...] seria nova a prova, mesmo que preexistente ou contemporânea à ação coletiva, desde que não tenha sido nesta considerada. (ii) Outra corrente, capitaneada por por Ada Pellegrini Grinover, que, nos trabalhos para a elaboração do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos, entendeu, com Kazuo Watanabe, que as provas que já poderiam ter sido produzidas, mas não o foram, ficam acobertadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Fato novo, portanto, seria o fato superveniente. A regra constava do art. 38, § 1º, do Projeto de Lei 5.139/2009, que foi arquivado na Câmara dos Deputados.

como solução possível – ponto de partida – a aplicação do prazo decadencial previsto para a ação rescisória – que se fundar em prova nova (CPC/2015, art.975, §2º).

Também Luz (2019, p.35) entende pela existência de um prazo decadencial para a tentativa de se flexibilizar a coisa julgada supostamente formada *secundum eventum probationis*. O autor também se vale da aplicação por analogia das regras da rescisória fundada em prova nova:

Para alguns, ainda, mesmo que não sobreviesse norma instituidora da rescindibilidade da decisão de mérito de maneira desconexa a prazo decadencial, as regras hermenêuticas imporiam uma interpretação conforme à Constituição, em cada caso, direcionada ao propósito da máxima efetivação de suas normas, fenômeno que é típico do pós-positivismo.

Enfim, ainda que se admita a possibilidade de flexibilização da coisa julgada pela propositura de uma nova ação, esta deverá ser intentada, no máximo, dentro de cinco anos após o trânsito em julgado da ação anterior.

(v) O ônus probatório de demonstrar que há prova nova ou novas circunstâncias é da parte autora, que deverá promover um verdadeiro cotejo analítico do feito antigo e da nova ação, inclusive com a juntada dos respectivos acervos probatórios administrativos e judiciais, bem como informar ao Juízo a existência de coisa julgada que se pretende flexibilizar.

Por fim, ainda que se cogite a possibilidade de flexibilização atípica da coisa julgada por ter sido, supostamente, formada sob o *regime secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*, o ônus probatório de demonstrar a existência de prova nova ou novas circunstâncias é do segurado, que deverá promover um verdadeiro cotejo analítico do feito antigo e da nova ação, demonstrando de forma minudente quais as provas novas trazidas aos autos e qual o poder que teriam de, por si sós, alterar o entendimento judicial já transitado em julgado. Ainda, deve-se promover também a juntada dos respectivos processos administrativos – do requerimento anterior e posterior à formação da coisa julgada – para demonstrar que as supostas novas provas também foram submetidas à apreciação administrativa da autarquia previdenciária (INSS).

Além disso, a parte autora não pode simplesmente fingir que nada aconteceu e ajuizar uma nova demanda. Deve, por óbvio, informar ao Juízo o ocorrido e explicitar as razões pelas quais a flexibilização da coisa julgada seria possível. É o mesmo entendimento encampado pela doutrina especializada (SAVARIS, VRAZ e SCHUSTER, 2019, p. 22):

Merece cuidado uma segunda ação de concessão/restabelecimento de benefício por incapacidade logo após o trânsito em julgado do primeiro processo, sobretudo, em juízo diverso. É importante a menção a tal fato, com indicação dos documentos fornecidos na demanda anterior e – em contraposição – aqueles que se prestam como um novo conjunto probatório (levados à apreciação do INSS por meio de um novo requerimento), a fim não apenas de demonstrar a mudança de situação de fato e de direito (piora no quadro clínico e/ou condições pessoais do segurado), mas como dever processual de proceder com lealdade e boa-fé objetiva.

14 - [...] 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. [...] 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. STF; Tribunal Pleno; RE 363889/DF; Rel. Min. Dias Toffoli; Julgamento: 02.06.2011; DJe 238 – divulg 15.12.2011 – public 166.12.20111. (BRASIL, 2011).

Este também tem sido o entendimento da jurisprudência:

[...] 1. Ao propor uma segunda ação para a obtenção de benefício previdenciário de auxílio-doença/aposentadoria por invalidez logo após (apenas um mês) o trânsito em julgado da decisão do primeiro processo, em juízo diverso, sem fazer qualquer menção a tal fato, a conduta da parte autora, por seu advogado, atenta contra o dever processual de proceder com lealdade e boa fé em todos os atos do processo (CPC, art. 14, inciso III) e ofende o princípio da boa fé objetiva. (BRASIL, 2015).

Em suma, a presente proposta de sistematização visa minorar o caos e a ausência de tecnicidade dogmática que se tem visto na prática judicial previdenciária, com a epidemia de re-proposituras de ações que já tiveram produzida coisa julgada material.

A coisa julgada é a concretização do princípio da segurança jurídica. Deve haver um grande cuidado do Poder Judiciário para sua superação, o que demanda que, no mínimo, os requisitos acima sejam integralmente atendidos.

## 7. CONCLUSÃO

Conclui-se que as particularidades das lides previdenciárias não autorizam afirmar que há um regime distinto do tradicional (*pro et contra*) na formação da coisa julgada nas demandas previdenciárias. Sem qualquer previsão normativa, não é possível sustentar que o regime de formação da coisa julgada previdenciária seria *secundum eventum litis* e/ou *secundum eventum probationis*.

Também é incabível que, em nome da correção de supostas injustiças e equívocos cometidos em feitos de natureza previdenciária, se possa invocar uma flexibilização atípica da coisa julgada. A flexibilização da coisa julgada, seja em demandas previdenciárias ou de qualquer natureza, deve observar os meios típicos ofertados pelo ordenamento jurídico. A segurança jurídica é um dos principais pilares de qualquer Estado democrático de Direito e uma conquista civilizatória: ruim com a coisa julgada, muito pior sem ela.

Contudo, a despeito de se entender pela impossibilidade de uma relativização atípica da coisa julgada e de um regime diverso em sua formação, fato é que o fenômeno vem se multiplicando no dia a dia forense, sem que traços dogmáticos mínimos ou parâmetros claros sejam observados.

Assim, para amenizar tal problema, sugere-se uma proposta de “sistematização do equívoco” para que a escolha equívoca de superação atípica da coisa julgada tenha uma racionalidade mínima. Devem, portanto, ser observados os seguintes requisitos mínimos: (i) a nova ação deve ser precedida de novo requerimento administrativo; (ii) a improcedência originária deve ter se fundado em falta/insuficiência de provas, exigida a apresentação de prova nova; (iii) a prova nova apresentada deve ter o condão de, por si só, assegurar pronunciamento favorável ao segurado; (iv) há um prazo decadencial quinquenal para ajuizamento da nova demanda que pretende superar a coisa julgada; (v) o ônus probatório de demonstrar que há prova nova ou novas circunstâncias é da parte autora.

15 - Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. [...] § 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BOCHENEK, Antônio César; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Enunciados FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais**: Organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm). Acesso em 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm). Acesso em 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº1.572.373/RS**. Agravante: Jorge Silvério Nunes de Oliveira. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 19 de setembro de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76707293&num\\_registro=201503095740&data=20170925&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76707293&num_registro=201503095740&data=20170925&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº1.577.412/RS**. Agravante: Paulo Correia Nunes. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 28 de novembro de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78878927&num\\_registro=201600027212&data=20171201&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78878927&num_registro=201600027212&data=20171201&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº1.352.721/SP**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Aparecida Martini dos Santos. Relator: Ministro

Napoleão Nunes Maia Filho, 16 de dezembro de 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34021851&num\\_registro=201202342171&data=20160428&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34021851&num_registro=201202342171&data=20160428&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 631.240/MG**. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Reclamado: Marlene de Araújo Santos. Relator: Ministro Roberto Barroso, 3 de setembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 363.889/DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Diego Goiá Schmaltz. Recorrido: Goiá Fonseca Rates. Relator: Ministro Dias Toffoli, 2 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28363889%2EENUME%2E+OU+363889%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2dt5u2k>. Acesso em: 10 maio 2020.

DELLORE, Luiz. **Constituição Federal Comentada**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA Paula Sarno; OLIVEIRA Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada, Processo Estrutural e Tutela Provisória**. 15. ed. revista e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 17. ed. revista e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020.

LUZ, Igor Henrique dos Santos. **Os meios desconstitutivos da coisa julgada em matéria previdenciária e sua relativização**. Curitiba: Alteridade, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. 4. ed. revista e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020.

SCHUSTER, Diego Henrique, SAVARIS, José Antonio, VAZ, Paulo Afonso Brum. **A Garantia da Coisa Julgada no Processo Previdenciário**. 1ª ed. Curitiba: Alteridade, 2019.





# PARECERES E NOTAS

.....

## NOTA N. 00043/2016/DECOR/CGU/AGU

.....

NUP: 00407.000786/2007-77

INTERESSADO: BRIVALDO PEREIRA DOS SANTOS JUNIOR

ASSUNTO: Procuradoria-Geral Federal requer reconsideração do entendimento da Consultoria-Geral da União de que Advogados da União não podem exercer funções gratificadas na Procuradoria-Geral Federal.

Senhor Diretor,

-I-

Por meio do **DESPACHO n. 00829/2015/CGPES/PGF/AGU**, de 11 de setembro de 2015, a I. Sra. Coordenadora-Geral de Pessoal da Procuradoria-Geral Federal (PGF) sugeriu ao Ilmo. Sr. Procurador-Geral Federal o prosseguimento do feito, no sentido de que se buscasse o reexame do entendimento externado por esta Consultoria-Geral da União (CGU) nos autos, conforme despacho anterior de sua lavra, constante da fl. 168 do primeiro arquivo PDF do Sequencial 1 do SAPIENS.

2. Segundo o despacho de fl. 168 do primeiro arquivo PDF do Sequencial 1 do SAPIENS, citado no item anterior, a tese da CGU deveria ser alterada com base nos seguintes argumentos:

O entendimento da CGU foi no sentido de que a Lei n.º 10.890/2008 (sic) não tem previsão do exercício de função gratificada por membros da carreira de Advogado da União e ainda que as funções gratificadas somente podem ser exercidas por membros da Procuradoria-Geral Federal.

Ocorre que, de acordo com o que se extrai do Parecer n.º 083/2011/DECOR/CGU/AGU, bem como do Parecer n.º 048/2010/DECOR/CGU/AGU, **a análise da CGU não contemplou a**



**PGF considerando a sua atual estrutura de cargos.**

Vale ressaltar que a Lei nº 10.480/2002, ao criar a PGF, deixou de estabelecer a necessária e equivalente estrutura organizacional de cargos e funções comissionadas que corresponda ao tamanho e complexidade.

Tal situação perdura até os dias de hoje, sendo a PGF o único órgão que possui funções gratificadas em sua estrutura, sem a substituição por cargos em comissão, nos termos do Decreto nº 7.392/2010, que prevê 67 cargos em comissão e 292 Funções Gratificadas para a PGF.

Dessa forma, considerando que a PGF tem 712 unidades de exercício e uma estrutura de cargos em comissão aquém de suas necessidades, encaminho-lhe o presente para fins de que o exame da tese seja feito considerando a atual estrutura de cargos da PGF, conforme ressaltado na **Nota nº 527/2011/CGPES/AGU**, inscrita nos autos do **processo administrativo nº 00441.000541/2010-29**.

Brasília, 10 de janeiro de 2013

Isabella Maria de Lemos

Coordenadora-Geral de Pessoal da PGF

(Destaque nosso)

3. Encampando as considerações apresentadas no despacho supratranscrito, o Ilmo. Sr. Procurador-Geral Federal, por meio de despacho também datado de 10 de janeiro de 2013, promoveu o encaminhamento do processo ao Exmo. Sr. Advogado-Geral da União Substituto, **salientando que a Consultoria-Geral da União ao apreciar o caso não teria contemplado a PGF, considerando a sua estrutura de cargos. Em face disso, justificou a necessidade de reanálise.**

4. Em 10 de setembro de 2015, nos autos do processo de nº 00407.007491/2009-93, a I. Sra. Coordenadora-Geral de Pessoal de PGF proferiu o **DESPACHO** n. 00831/2015/CGPES/PGF/AGU, tendo ali apontado a necessidade de apensamento aos presentes (nº 00407.000786/2007-77), uma vez que o PARECER nº 048/2010/DECOR/CGU/AGU, ali proferido, havia sido mencionado no **DESPACHO** nº 829/2015/CGPES/PGF/AGU, no qual se apontou a necessidade de reexame da questão. A título de ilustração, convém transcrever:

Trata-se de processo em que se discute sobre a possibilidade de Advogado da União exercer função gratificada no âmbito das unidades da Procuradoria-Geral Federal.

O PARECER nº 048/2010/DECOR/CGU/AGU, proferido nos presentes autos, foi mencionado nos autos do processo nº 00407.000786/2007-77 pelo **DESPACHO** nº 829/2015/CGPES/PGF/AGU. Naqueles autos a PGF, ao mencionar o PARECER nº 048/2010/DECOR/CGU/AGU, requereu reexame de tese considerando o entendimento da CGU no processo administrativo nº 00411.000541/2010-29, bem como a atual estrutura de cargos da PGF.

Nesse sentido, sugere-se o apensamento dos presentes autos ao de nº 00407.000786/2007-77, para o exame em conjunto requerido.

**5. Em 10 de março de 2016, foi exarado o DESPACHO n. 00005/2016/ASS/SGCS/AGU, no sentido de que também deveriam ser apensados aos presentes autos os de nº 00400.013094/2010-54, por tratar do mesmo tema:**

Refere-se o acervo documental em apreço a requerimento da Procuradoria-Geral Federal (PGF) de reexame de tese sobre a possibilidade ou não de Procurador Federal ser designado para exercer função gratificada em unidade diversa da unidade de lotação.

Tal pedido de reexame foi feito considerando, em suma, que o entendimento da CGU lavrado no Parecer nº 048/2010/DECOR/CGU/AGU (processo nº 00407.007491/2009-93), sofreu novo entendimento daquele órgão no processo administrativo nº 00441.000541/2010-29. Além disso, aponta a PGF, que um relevante aspecto fático - relativo à sua atual estrutura insuficiente de cargos - requer o necessário reexame.

Nesse passo, requer-se o apensamento dos presentes autos NUP 00400.013094/2010-54 ao processo administrativo NUP 00407.000786/2007-77 e sua remessa à CGU, conforme solicitado no Despacho nº 00832/2015/CGPES/PGF/AGU, prolatado nos autos NUP 00400.013094/2010-54 e aprovado pelo sr. Procurador-Geral Federal (Seq ID 2 – 4408360).

Brasília, 10 de março de 2016. LEANDRO DA MOTTA OLIVEIRA PROCURADOR FEDERAL

**6. Em 12 de maio de 2016, os autos foram encaminhados a esta CGU, para análise, tendo sido distribuídos ao Advogado signatário no dia seguinte, para apreciação.**

7. Eis o relatório.

-II-

8. Conforme reportado, a PGF solicitou reexame do entendimento construído por esta CGU no bojo do PARECER nº 048/2010/DECOR/CGU/AGU, de 17 de maio de 2010, considerando, para tanto, que:

a) não se teria ali contemplado a atual estrutura da PGF, fundada em poucos e insuficientes cargos comissionados e diversas funções gratificadas;

b) as funções gratificadas fariam as vezes dos cargos comissionados, devendo ser interpretadas como tais;

c) o tema teria sofrido novo entendimento no âmbito desta CGU, quando da análise do processo administrativo nº 00411.000541/2010-29, o que demandaria nova manifestação em relação ao parecer guerreado;

d) o Poder Judiciário teria negado procedência a uma ação judicial proposta pela UNAFE, que combatia a designação de Procuradores Federais para o exercício de funções gratificadas.

**9. Em que pese a argumentação apresentada pela PGF, não vemos razão para alterar o entendimento construído no âmbito do PARECER n° 048/2010/DECOR/CGU/AGU.**

10. Não se justifica a alegação de que o parecer não teria considerado a atual estrutura da PGF. Considerou, sim, até porque a legislação que organiza a PGF é preexistente à data de elaboração do opinativo. Ocorre que este DECOR não deixou de considerar, também, a legislação aplicável à matéria (exercício de cargos comissionados e funções gratificadas no âmbito da instituição), como se verificará adiante.

11. As normas que regem o tema dentro da instituição são claras ao apontar as hipóteses em que se pode verificar o exercício cargos em comissão, função ou encargo fora dos seus respectivos órgãos de lotação, da Advocacia-Geral da União - AGU e da Procuradoria-Geral Federal - PGF.

12. Há expressa previsão para o exercício de cargos em comissão, mas não de Funções Gratificadas. E como asseverado no PARECER n° 048/2010/DECOR/CGU/AGU, a cessão de Advogados da União **para o exercício de função ou encargo** somente seria possível em se tratando de função ou encargo de **titular** de órgão jurídico da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, conforme disposto no art. 7º, inciso VI da Lei n° 11.890/2008.

13. Vejamos o que reza a Lei n° 11.890, de 24 de dezembro de 2008:

*Art. 7º Os integrantes das Carreiras e os titulares de cargos a que se referem os incisos I, II, III e V do caput e o § 1º do art. 1º da Lei no 11.358, de 19 de outubro de 2006, somente poderão ser cedidos ou ter exercício fora do respectivo órgão de lotação nas seguintes hipóteses:*

I - requisição pela Presidência ou Vice-Presidência da República;

II - cessões para o exercício de cargo em comissão de nível CJ-3 ou superior em gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior;

III - cessões para o exercício de cargo em comissão de nível CC-6 ou superior no Gabinete do Procurador- Geral da República;

IV - cessões para o exercício de cargo de Natureza Especial ou cargos em comissão de nível igual ou superior a DAS-4 do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, ou equivalentes, em órgãos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo da União, ou de suas autarquias e fundações públicas;

**V - exercício de cargo em comissão nos órgãos da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal**, da Procuradoria do Banco Central do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

**VI - exercício de cargo, função ou encargo de titular** de órgão jurídico da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional;

VII - exercício provisório ou prestação de colaboração temporária, pelo prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em órgãos da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria Geral Federal,

da Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional ou da Procuradoria do Banco Central do Brasil;

VIII - exercício de cargo de diretor ou de presidente de empresa pública ou sociedade de economia mista federal;

~~IX - exercício dos cargos de Secretário de Estado, do Distrito Federal, de prefeitura de capital ou de município com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, de cargos em comissão de nível equivalente ou superior ao de DAS-4 no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e de dirigente máximo de entidade da administração pública desses entes federados;~~

~~IX - exercício dos cargos de Secretário de Estado ou do Distrito Federal, de cargos em comissão de nível equivalente ou superior ao de DAS-4 ou de dirigente máximo de entidade da administração pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, de prefeitura de capital ou de município com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes; (Redação dada pela Medida Provisória nº 479, de 2009)~~

IX- exercício dos cargos de Secretário de Estado ou do Distrito Federal, de cargos em comissão de nível equivalente ou superior ao de DAS-4 ou de dirigente máximo de entidade da administração pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, de prefeitura de capital ou de município com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes; (Redação dada pela Lei nº 12;269, de 2010)

X - no caso de ocupantes dos cargos efetivos de Procurador Federal, para atuar no Conselho de Recursos da Previdência Social; e

XI - no caso de Procurador da Fazenda Nacional, nos seguintes órgãos do Ministério da Fazenda:

- a) Gabinete do Ministro de Estado;
- b) Secretaria-Executiva;
- c) Escola de Administração Fazendária; e
- d) Conselho de Contribuintes.

~~Parágrafo único. Ressalvado o disposto no inciso I do caput deste artigo, não se aplicam as hipóteses de requisição previstas em lei nos casos em que a cessão não esteja autorizada por este artigo.~~

~~§ 1º Ressalvado o disposto no inciso I do **caput** deste artigo, não se aplicam as hipóteses de requisição previstas em lei nos casos em que a cessão não esteja autorizada por este artigo. (Renumerado do parágrafo único pela Medida Provisória nº 479, de 2009)~~

~~§ 2º Fica vedada a cessão de integrantes das carreiras de que trata este artigo no período do cumprimento de estágio probatório. (Incluído pela Medida Provisória nº 479, de 2009)~~

§ 1º Ressalvado o disposto no inciso I do caput deste artigo, não se aplicam as hipóteses de requisição previstas em lei nos casos em que a cessão não esteja autorizada por este artigo. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12;269, de 2010)

§ 2º Durante o estágio probatório os integrantes das carreiras de que trata este artigo somente poderão ser cedidos para ocupar cargo em comissão de nível DAS-6 do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores e superiores, ou equivalentes. (Redação dada pela Lei nº 12;269, de 2010)

**14. Não se mostra defensável, tampouco, a argumentação da PGF de que as funções gratificadas fariam as vezes de cargos em comissão. No PARECER nº 048/2010/DECOR/CGU/AGU demonstrou-se cabalmente que “cargo” e “função” não se confundem, inclusive tendo-se apontado lições da mais abalizada Doutrina pátria, como demonstra o excerto a seguir reproduzido:**

17. Tal esclarecimento se deve tendo em vista a distinção ontológica e legal entre as expressões “cargo” e “função”, conforme se infere da Doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (In “Direito Administrativo” 13ª Edição, 2001, pg. 427/428), ora trazida à colação:

*A Constituição Federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos cargo, emprego e função para designar realidades diversas, porém que existem paralelamente na Administração. Cumpre, pois, distingui-las.*

Para bem compreender o sentido dessas expressões, é preciso partir da idéia de que na Administração pública todas as competências são definidas na lei e distribuídas em três níveis diversos: pessoas jurídicas (União, Estados e Municípios), órgãos (ministérios, secretarias e suas subdivisões) e servidores públicos; estes ocupam cargos ou empregos ou exercem função.

Daí a observação de Celso Antônio Bandeira de Mello (1975<sup>a</sup>:17): “cargo é a denominação dada à mais simples unidade de deveres estatais a serem expressos por um agente”.

Com efeito, as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispendo de determinado número de cargos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa padrão de vencimento ou remuneração.

(...)

*No entanto, ao lado do cargo e do emprego, que têm uma individualidade própria, definida em lei, existem atribuições também exercidas por servidores públicos, mas sem que lhes corresponda um cargo ou emprego. Fala-se, então, em função, dando-lhe um conceito residual: é o conjunto das atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego.* (Destacou-se)

(...)

31. Não bastasse a apontada distinção, ao interpretar o referido dispositivo legal, definindo a expressão “função pública” o insigne Celso Antônio Bandeira de Mello (In “Curso de Direito Administrativo”, 22ª Edição, Ed. Malheiros, 2007, pg. 243) vai mais além, vislumbrando como distinção qualificada entre o cargo em comissão e a função de confiança o fato desta última **só poder ser exercida por aquele que integra a carreira específica referente à mesma.**

32. É o que se colhe da definição a seguir, transcrita ante a sua relevância:

Funções públicas são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que a preenche (art. 37, V, da Constituição). **Assemelham-se quanto**

**à natureza das atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos em comissão. Contudo, não se quis prevê- las como tais, possivelmente para evitar que pudessem ser preenchidas por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público, ressalvado um percentual deles, reservado aos servidores de carreira, cujo mínimo será fixado em lei.**

33. A distinção entre os referidos institutos é ainda mais latente quando se vislumbra que a Lei n.º 8.911, de 11 de julho de 1994, ao disciplinar a remuneração dos ocupantes do cargo em comissão e das funções gratificadas no âmbito do Poder Executivo Federal o faz de forma distinta, conforme se infere dos excertos legislativos a seguir transcritos:

Art. 1º A remuneração dos cargos em comissão e das funções de direção, chefia e assessoramento, nos órgãos e entidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, para os fins do disposto no § 5º do art. 62 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é a constante do Anexo desta Lei, observados os reajustes gerais e antecipações concedidos ao servidor público federal.

Art. 2º *É facultado ao servidor investido em cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento, previstos nesta Lei, optar pela remuneração correspondente ao vencimento de seu cargo efetivo, acrescido de cinquenta e cinco por cento do vencimento fixado para o cargo em comissão, ou das funções de direção, chefia e assessoramento e da gratificação de atividade pelo desempenho de função, e mais a representação mensal.*

Parágrafo único. **O servidor investido em função gratificada (FG) ou de representação (GR), ou assemelhadas, constantes do Anexo desta Lei, perceberá o valor do vencimento do cargo efetivo, acrescido da remuneração da função para a qual foi designado. (Destacou-se).**

34. Evidente, pois, que a designação para o exercício de função gratificada não se confunde com a nomeação para o exercício de cargo em comissão, de modo que a pretensão do Requerente não encontra amparo quer na Lei n.º 11.890/2008 quer no inciso II do art. 1º da Resolução supramencionada.

(Destaques do texto original.)

**15. Como apontado no PARECER n.º 048/2010/DECOR/CGU/AGU, as carreiras de Advogado da União e de Procurador Federal são distintas não havendo identidade entre a primeira carreira (Advogado da União) e as funções gratificadas existentes no âmbito das Procuradorias Federais. Senão, vejamos:**

40. Neste sentido, acerca da distinção entre as carreiras de Advogado da União (Advocacia da União) e de Procuradores Federal (Procuradoria-Geral Federal), são as disposições constantes da Lei Complementar n.º 73/93, que ao elencar os órgãos integrantes da Advocacia-Geral da União não inclui quaisquer órgãos da Procuradoria-Geral Federal, nos termos expostos a seguir:

Art. 2º - A Advocacia-Geral da União compreende:

I - órgãos de direção superior:

a) o Advogado-Geral da União;

- b) a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional;
- c) Consultoria-Geral da União;
- d) o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União; e
- e) a Corregedoria-Geral da Advocacia da União;

II - órgãos de execução:

a) as Procuradorias Regionais da União e as da Fazenda Nacional e as Procuradorias da União e as da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal e as Procuradorias Seccionais destas;

b) a Consultoria da União, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior das Forças Armadas;

III - órgão de assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União: o Gabinete do Advogado- Geral da União;

41. De outra banda, é o que se extrai do Ato Regimental n.º 8, de 27 de dezembro de 2002, que ao se referir aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União tratou de forma individualizada dos integrantes das carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional e dos membros da carreira de Procurador Federal, apontando, indubitavelmente, pela distinção entre as carreiras e funções exercidas pelos Advogados da União e pelos Procuradores Federais.

Art. 1º Os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União - AGU, integrantes das Carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional, e os Membros da Carreira de Procurador Federal, observadas as concernentes disposições constitucionais, e aquelas da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, da Lei n.º 10.480, de 2 de julho de 2002, e demais disposições pertinentes, exercerão a representação judicial e extrajudicial da União, de suas autarquias e fundações e as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, de competência da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria- Geral Federal, nos termos e forma deste Ato Regimental.

(...)Art. 2º Os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União ficam investidos dos mesmos poderes e atribuições cometidos aos Órgãos da Instituição em que estiverem lotados ou em exercício, seja em atividades de representação judicial, extrajudicial ou de consultoria e assessoramento jurídicos conferidos aos integrantes do respectivo Órgão.

§ 1º O Advogado-Geral da União poderá determinar ou autorizar a servidores indicados no caput que, em casos e situações específicos, exerçam poderes e atribuições cometidos a Órgãos da Advocacia-Geral da União diverso daqueles em que estejam lotados ou em exercício.

42. Deste modo, para a designação ao exercício de uma função gratificada, entendo que se deve respeitar a identidade entre a carreira do nomeado, titular de cargo efetivo, e da função que se pretende exercer, o que impede, pois, a aquiescência do requerimento em questão pela Consultoria-Geral da União.

16. Em minuta de artigo disponibilizado na página da “internet” do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/>

Arquivos/seges/090709\_segues\_arq\_funcoes\_confianca.pdf), o Sr. Aldino Graef, especialista em políticas públicas e gestão governamental e Diretor do Departamento de Articulação e Inovação Institucional da Secretaria de Gestão da Pasta, então órgão central do SIPEC (Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal), tece a respeito da distinção entre cargos em comissão e funções gratificadas, a seguinte consideração:

## 2. A DIFERENÇA ENTRE CARGO E FUNÇÃO

A Constituição Federal estabelece em seu art. 37, inciso V, que *“as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”*. **Como se observa, o texto constitucional faz uma distinção entre cargos e funções, embora os dois conceitos estejam vinculados ao desenvolvimento de atividades de direção, chefia e assessoramento.** Esta distinção conceitual está já no texto original, promulgado em outubro de 1988, não tendo havido alteração com a nova redação dada a este inciso pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. A Emenda pretendeu resolver problemas de interpretação em outros aspectos do texto original, como o impreciso “preferencialmente, exercidos por servidores ocupantes de cargos de carreira técnicas ou profissional (...)”.

As funções de confiança, diferentemente dos cargos, não foram objeto de conceituação específica na Lei do Regime Jurídico Único, embora o art. 62 as mencione. No entanto, o mesmo artigo estabelece a retribuição pelo exercício de função por meio de uma gratificação pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento, não vencimento, como ocorria no caso do antigo Grupo Direção e Assistência Intermediária – DAÍ, instituído pelo Decreto nº 72.912, de 1973. A retribuição pelo exercício de DAI era uma “Gratificação pelo Encargo de DAÍ”. Já a retribuição pelo exercício de um cargo é feita com o pagamento de vencimento. Agora também subsídio. Cabe agregar a existência de interpretações que entendem não ser cabível pagamento adicional pelo exercício de função para servidores de carreiras de Estado remuneradas com subsídio, devendo tais encargos ou atribuições constar da descrição do conteúdo atributivo de cada classe das carreiras e, conseqüentemente, já estar integrada no valor do subsídio mensal.

Assim, da mesma forma que a conceituação geral relativa aos cargos públicos, vigente antes da CF de 1988, não mudou na regulamentação do Regime Jurídico Único, a forma como o RJU aborda a questão da função e utiliza o conceito de retribuição, evidencia que o conceito implícito de função não sofreu alteração em relação aos conceitos vigentes anteriormente. A redação do inciso V do art. 37 confirma este pressuposto ao incorporar os dois conceitos. Em conseqüência, temos que considerar como vigente o conceito de função estabelecido antes da constituição de 1988 e parte de nossa cultura organizacional, especialmente o caso do Grupo Direção e Assistência Intermediária – DAÍ.

*A partir destas bases, podemos definir a função de que trata o texto constitucional como sendo um encargo de direção, chefia e assessoramento, atribuído a servidor ocupante de cargo efetivo. Ou seja, uma adição de atribuições relacionadas com as atividades de direção, chefia e assessoramento às atribuições do cargo efetivo.*

**Esta característica de adição ou acoplamento de atribuições às atribuições de natureza técnica do cargo efetivo só tem realmente consistência se as atribuições do cargo efetivo do servidor mantiverem correlação com as atribuições de direção, chefia e assessoramento de unidade administrativa cujas competências incluam as atividades próprias do cargo efetivo. Não havendo esta estreita correlação entre as competências da unidade organizacional, as atribuições do cargo efetivo e, as atribuições de direção, chefia e assessoramento, estaremos diante de um conjunto de atribuições distintas que constituem, de fato, outro cargo.**

**O conceito de função, portanto, é inconcebível sem a correlação entre as atribuições técnicas e gerenciais vinculadas às competências de uma unidade organizacional.** Esta correlação permite que a experiência adquirida ao longo da vida funcional de um servidor, no exercício de suas atribuições em atividades técnicas, se constitua em elemento relevante, para que possa se habilitar para o exercício de uma função gerencial. Nesta perspectiva, a função gerencial se torna um prolongamento, por acoplamento, da atividade técnica. Ainda assim, a experiência técnica por si só não é suficiente para o exercício de função gerencial. É necessária formação específica para a função gerencial e a aquisição de outras habilidades, especialmente a capacidade de trabalhar em equipe, a capacidade de articulação e negociação e, principalmente, o desenvolvimento da capacidade de liderança entre seus pares. Mais adiante veremos como isso traz profundos impactos na organização das carreiras, nos processos de recrutamento e seleção, bem assim na formação e habilitação para o exercício das funções gerenciais.

Em suma, não há grande novidade no inciso V do art. 37 da Constituição comparativamente às categorias e conceitos vigentes antes de 1988. A legislação dos cargos de 1970 já continha, essencialmente, as categorias de cargos em comissão e funções de confiança, apenas com outras denominações específicas (cargo de confiança e função gratificada) para segmentos de atribuições com níveis de responsabilidade distintos dentro das organizações públicas: os Grupos DAS e DAÍ. A diferença entre o PCC de 1970 e o texto constitucional atualmente vigente é o campo de abrangência de cada segmento. O PCC, de 1970, definia como cargo o conjunto de atribuições e responsabilidades de direção e assessoramento superiores da administração pública. O Grupo DAS foi constituído originalmente em quatro níveis (DAS 1 a 4). As funções abrangiam apenas as atribuições de direção e assistência intermediárias, as quais foram hierarquizadas em três níveis. O art. 37 da Constituição atual amplia o campo das funções de confiança para as atribuições de direção e assessoramento superiores. Isso exige, obviamente, uma redefinição do campo de abrangência dos cargos em comissão, o que não foi feito até hoje e é, certamente, objeto de resistência política porque necessariamente deverá diminuir o campo do livre provimento.

(Destaque nosso.)

17. Para o autor, o conceito de função é inconcebível sem a **correlação entre as atribuições técnicas e gerenciais vinculadas às competências de uma unidade organizacional.** Em que pese a similaridade, as competências da PGF são distintas das da AGU, sem o que não haveria a necessidade de existência das duas, de forma apartada, ainda que vinculadas.

**18. Quanto à argumentação de que o tema teria sofrido novo entendimento no âmbito desta CGU, quando da análise do processo administrativo nº 00411.000541/2010-29, o que demandaria nova manifestação em relação ao parecer guerreado, mostra-se oportuno tecer algumas considerações.**

19. Sobre isso, cumpre apontar que esta CGU, por meio da NOTA Nº 009/2012/DEINF/CGU/AGU, de 26 de janeiro de 2012, elaborada no âmbito do Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF), ratificou a legalidade da Portaria/AGU 114/2010, de 28 de janeiro de 2010, publicada no DOU de 20 de janeiro de 2010, assinada pelo Exmo. Sr. Secretário-Geral de Consultoria desta AGU.

20. Por meio da Portaria/AGU 114/2010, o Advogado da União José Newton de Faria, lotado então no NAI/MG, foi designado para ocupar FG-2 em Procuradoria Federal na cidade de Barbacena/MG.

21. A NOTA Nº 009/2012/DEINF/CGU/AGU recebeu os aprovos das instâncias superiores, inclusive do Ilmo. Sr. Consultor-Geral da União Substituto (Despacho do Consultor-Geral da União nº 0098/2012, de 06 de fevereiro de 2012).

22. Ocorre que o DECOR já havia se manifestado nos autos daquele processo, por meio do PARECER Nº 50/2010/DECORQCGUQAGU, de 30 de março de 2010, tendo o mesmo recebido a seguinte ementa:

Designação de Advogado da União para ocupar função em órgão da PGF. Impossibilidade. Inteligência da Lei 11.890/2008. Nulidade da Portaria/AGU 114, de 28.01.2010. Necessidade de retorno imediato do servidor ao órgão de origem.

**23. A nosso ver, não se mostrou adequado o procedimento de se submeter um pedido de reanálise a outro departamento que não aquele que elaborou o parecer contestado, o que poderia acarretar o problema que estamos enfrentando agora, qual seja, de uma controvérsia jurídica havida entre dois departamentos, no seio da CGU**

24. A nosso ver, a questão não deveria ter sido submetida à apreciação do DEINF pelo Ilmo. Sr. Consultor-Geral da União Substituto à ocasião, uma vez que aquele departamento não detinha competência para analisar o caso.

25. Acerca do assunto, aponta-se que as competências do DEINF estão dispostas no art. 17 do Anexo I do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que estrutura a AGU, sendo as mesmas as seguintes:

Art. 17. Ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas compete:

I - assistir o Consultor-Geral da União no planejamento e gestão da atuação finalística da Consultoria-Geral da União e de suas unidades de execução;

II - registrar, classificar, processar e tratar tecnicamente as manifestações jurídicas produzidas na Consultoria-Geral da União;

III - supervisionar, coordenar, orientar e prestar apoio às atividades de planejamento estratégico relativas à Consultoria-Geral da União;

IV - organizar e manter o acervo eletrônico das manifestações jurídicas elaboradas na Consultoria-Geral da União; e

V - estabelecer padrões para os procedimentos administrativos, visando à gestão da informação no âmbito da Consultoria-Geral da União.

**26. Da leitura do referido dispositivo, denota-se que a atuação do DEINF possui um cunho gerencial, administrativo, de tratamento da informação, e não de análise de processos, como se verificou.**

27. Entendemos que o DECOR é o departamento que detém, normativamente, a competência para análise de questões da espécie, conforme previsto no art. 14 do mesmo Decreto:

Art. 14. Ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos compete:

I - orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes, especialmente no que se refere à:

a) uniformização da jurisprudência administrativa;

b) correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União; e

c) prevenção de litígios de natureza jurídica.

II - solicitar, quando necessário, das Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes, subsídios para análise de processos;

*III - identificar e propor soluções para as questões jurídicas relevantes existentes nos diversos órgãos da administração pública federal;*

**IV - propor a edição de orientações normativas destinadas a uniformizar a atuação dos órgãos consultivos;**

**V - articular-se com os órgãos de representação judicial da União para a uniformização e consolidação das teses adotadas nas atividades consultiva e contenciosa;** e

VI - orientar as Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes a atuar de forma integrada com os órgãos de representação judicial da União, buscando atender os interesses comuns das áreas consultiva e contenciosa

(Destaque nosso.)

**28. Tanto isso é verdade que, nesta oportunidade, vêm os autos ao DECOR para apreciação, nem sequer tendo-se cogitado de encaminhá-lo ao DEINF, prolator da NOTA Nº 009/2012/DEINF/CGU/AGU.**

29. Havida a controvérsia, outra solução não há que submetê-la ao crivo do Ilmo. Sr. Consultor-Geral da União para resolução.

30. Com o intuito de auxiliá-lo nesse mister, aponta-se que este DECOR se manifestou

em diversas oportunidades sobre a questão, em tese, firmando um entendimento consolidado, ao passo em que o DEINF somente se manifestou em um caso concreto, qual seja, o constante do processo nº 00411.000541/2010-29, de forma excepcional.

31. Em virtude do colocado, entendemos que deva prevalecer, no âmbito desta CGU, o entendimento construído no bojo do PARECER nº 048/2010/DECOR/CGU/AGU, em detrimento daquele externado na NOTA Nº 009/2012/DEINF/CGU/AGU.

32. Por fim, no que diz respeito à negativa jurisdicional aos pleitos da UNAFE, cumpre asseverar que ali se tratou da possibilidade ou não do exercício de Funções Gratificadas por Procuradores Federais, questão essa que não foi objeto do PARECER nº 048/2010/DECOR/CGU/AGU. Em nenhum momento, aliás, no PARECER nº

048/2010/DECOR/CGU/AGU, se afirmou que Procuradores Federais não poderiam exercer Funções Gratificadas.

### -III-

33. Isto posto, opinamos que:

a) não se verificam razões para alteração do entendimento constante do PARECER nº 048/2010/DECOR/CGU/AGU;

b) como há, no âmbito da CGU, manifestações divergentes sobre o tema (possibilidade ou não de Advogados da União exercerem funções gratificadas no âmbito da PGF), entre departamentos distintos, quais sejam, DECOR e DEINF, sugerimos que o caso seja levado ao crivo do Ilmo. Sr. Consultor-Geral da União, para que decida se deve prevalecer o entendimento constante dos PARECERES nº 048/2010/DECOR/CGU/AGU e nº 050/2010/DECOR/CGU/AGU, ou da NOTA Nº 009/2012/DEINF/CGU/AGU;

c) a NOTA Nº 009/2012/DEINF/CGU/AGU, de 26 de janeiro de 2012, constante do processo administrativo nº 00411.000541/2010-29 e que concluiu pela legalidade da Portaria/AGU 114/2010, de 28 de janeiro de 2010, publicada no DOU de 20 de janeiro de 2010, assinada pelo Exmo. Sr. Secretário-Geral de Consultoria desta AGU, deva ser tornada sem efeito, uma vez que o ato teria infringido o seguinte dispositivo: art. 7º da Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008.

**34. Caso aprovada a presente Nota, sugerimos que o seu teor seja informado à Douta PGF, para ciência.**

À consideração superior.

Brasília, 30 de maio de 2016.

MAURÍCIO BRAGA TORRES  
ADVOGADO 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) 00407000786200777 e da chave de acesso 9d620108

---

Documento assinado eletronicamente por MAURICIO BRAGA TORRES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 7976641 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MAURICIO BRAGA TORRES. Data e Hora: 12-12-2016 10:15. Número de Série: 3313578561105196774. Emissor: AC CAIXA PF v2.

---

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 7976641 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 20-12-2018 10:45. Número de Série: 17236864. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



**DESPACHO n. 00371/2016/DECOR/CGU/AGU**

NUP: 00407.000786/2007-77

**INTERESSADOS: BRIVALDO PEREIRA DOS SANTOS JUNIOR ASSUNTOS: CARGO EM COMISSÃO**

Sr. Diretor,

Estou **parcialmente de acordo** com a NOTA n. 00043/2016/DECOR/CGU/AGU, elaborado(a) pelo(a) Advogado(a) da União Dr(a). MAURÍCIO BRAGA TORRES, na parte em que recomenda a manutenção do entendimento jurídico enunciado no Parecer nº 48/2010/DECOR/CGU/AGU.

A Lei nº 11.890/2008 veda ao Advogado da União o exercício em unidade da Procuradoria-Geral Federal, exceto para exercer cargo em comissão (inciso V) ou cargo, função ou encargo de **titular de órgão jurídico** da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional (inciso VI).

Dessa forma, não é vedado o exercício de Advogado da União em todas as funções comissionadas do quadro da Procuradoria-Geral Federal. É possível, por exemplo, o exercício de Advogado da União na função de chefe de Procuradoria-Seccional Federal ou de Procuradoria Federal Especializada.

Há expressa previsão para o exercício de cargos em comissão, mas não de Funções Gratificadas. E como asseverado no PARECER nº 048/2010/DECOR/CGU/AGU, a cessão de Advogados da União **para o exercício de função ou encargo** somente seria possível em se tratando de função ou encargo de **titular** de órgão jurídico da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, conforme disposto no art. 7º, inciso VI da Lei nº 11.890/2008.

No tocante à Nota nº 009/2012/DEINF/CGU/AGU (NUP 00411.000541/2010-29), verifica-se que a manifestação jurídica perdeu o objeto, uma vez que o Advogado da União José Newton de Faria não mais exerce suas funções na PSF-Barbaçena/MG, encontrando-se em exercício na Consultoria Jurídica no Estado de Minas Gerais, conforme indica a “*Relação Nominal dos Advogados da União - Lotação e Exercício - outubro/2016*”<sup>1</sup>. Dessa forma, **não deve ser acolhido o item 33.c da NOTA n. 00043/2016/DECOR/CGU/AGU.**

**À consideração superior.**

Brasília, 16 de dezembro de 2016.

**BRUNO EDUARDO ARAÚJO BARROS DE OLIVEIRA**  
*ADVOGADO DA UNIÃO*  
**COORDENADOR GERAL DE ANÁLISE PREVENTIVA E SISTEMATIZAÇÃO**

1 - Disponível em <https://redeagu.agu.gov.br/Noticias/Paginas/TemplateTexto.aspx?idConteudo=206082&tipo=ca>.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407000786200777 e da chave de acesso 9d620108

---

Documento assinado eletronicamente por BRUNO EDUARDO ARAUJO BARROS DE OLIVEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 17103682 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO EDUARDO ARAUJO BARROS DE OLIVEIRA. Data e Hora: 16-12-2016 17:59. Número de Série: 8063509827158106307. Emissor: AC CAIXA PF v2.

---

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 17103682 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 20-12-2018 10:45. Número de Série: 17236864. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



**DESPACHO n. 00381/2018/DECOR/CGU/AGU****NUP: 00407.000786/2007-77****INTERESSADOS: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL****ASSUNTOS: PEDIDO DE REVISÃO DO PARECER N° 48/2010/DECOR/CGU/AGU**

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União substituto,

Aprovo parcialmente a Nota n° 43/2016/DECOR/CGU/AGU, nos termos e limites do Despacho n° 371/2016/DECOR/CGU/AGU, e estritamente no que se refere à interpretação a ser conferida ao inciso VI do art. 7° da Lei n° 11.890, de 2008.

Nestes termos, sugere-se que seja consolidado o entendimento no sentido de que, na forma do *caput* do art. 7° da Lei n° 11.890, de 2008, os titulares dos cargos de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal, Procurador do Banco Central e dos cargos dos quadros suplementares da Advocacia-Geral da União de que trata o art. 46 da Medida Provisória n° 2.229-43, de 2001, não poderão, via de regra, ser cedidos nem ter exercício provisório fora do respectivo órgão de lotação.

As exceções para esta regra geral estão delimitadas nos incisos do art. 7° da Lei n° 11.890, de 2008, dentre as quais se inclui, no inciso VI, a possibilidade de “*exercício de cargo, função ou encargo de titular de órgão jurídico da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional*”. A escorreita exegese dessa exceção legal autoriza que os titulares dos cargos referenciados tenham exercício em órgão distinto da lotação caso o “*cargo, a função ou o encargo*” a ser ocupado seja de titular de órgão jurídico da Administração direta, autárquica ou fundacional, de maneira que a condição de *titular de órgão jurídico* deve necessariamente qualificar o encargo, a função ou o cargo a ser ocupado.

**Cientifique-se a PGF e o DEINF/CGU.**

Brasília, 25 de junho de 2018.

**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) 00407000786200777 e da chave de acesso 9d620108

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 144761826 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA. Data e Hora: 26-06-2018 14:50. Número de Série: 1781977. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

---

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 144761826 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 20-12-2018 10:45. Número de Série: 17236864. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

**DESPACHO n. 00641/2018/DECOR/CGU/AGU****NUP: 00407.000786/2007-77****INTERESSADOS: BRIVALDO PEREIRA DOS SANTOS JUNIOR ASSUNTOS: CARGO EM COMISSÃO**

Exmo. Consultor-Geral da União,

Discordo da **NOTA n. 00043/2016/DECOR/CGU/AGU** exarada pelo ilustre Advogado da União Maurício Braga Torres, bem como do Despacho 381/2018/DECOR/CGU/AGU, pelas razões de fato e de direito expostas a seguir.

Preliminarmente, esclarece-se que a questão *sub lúmen* versa acerca da possibilidade de membros da carreira de Advogado da União exercerem funções gratificadas no âmbito das unidades da Procuradoria-Geral Federal.

Debruçando-se sobre a matéria, o retro citado causídico público tratou, como premissa, das nuances e diferenças entre cargo comissionado e função pública, em que se restou consignado que esta última só pode ser exercida por aquele que integra a carreira específica a ela referente.

Diante de tal desiderato, e com a pressuposição de que a Procuradoria-Geral Federal não integra a Advocacia-Geral da União, o parecerista concluiu pela manutenção do entendimento constante do Parecer nº 48/2010/DECOR/CGU/AGU e, por consequência, pela impossibilidade de Advogados da União exercerem funções gratificadas no âmbito das unidades da Procuradoria-Geral Federal.

*Ab initio*, esclarece-se que, buscando-se no Direito alienígena um comparativo do exercício das atribuições da advocacia pública verifica-se que, em boa parte dos países, tais funções são exercidas pelo próprio Ministério Público. Ocorre que, por decisão da Assembleia Nacional Constituinte, houve a cisão das atribuições da Advocacia Pública e do Ministério Público como mecanismo de assegurar o equilíbrio e harmonia entre as funções dos Poderes constitucionalmente estabelecidos.

Sob esta perspectiva, percebe-se da simples leitura do art. 131 e seus parágrafos, que o Poder Constituinte Originário dispôs tão-somente que a Advocacia-Geral da União é a instituição que diretamente ou através de órgão vinculado representa a União judicial e extrajudicialmente e que o ingresso nas “**carreiras**” se dará mediante concurso público.

Neste interim, observa-se que o Constituinte originário não fez referência expressa às Autarquias e Fundações. Tal silêncio não se deve ao fato de que tais entes continuariam representados pelo Ministério Público Federal ou que ficassem indefesos, mas pelo fato de que se tratou de uma cisão de atribuições, em que a defesa da União como um todo, seja da Administração direta ou indireta, passou a ser exercida por um novo órgão: a Advocacia-Geral da União.



Não obstante, cumpre-se destacar que, quando da gênese da atual Constituição da República, existiam dezenas de carreiras que exerciam as atribuições da Advocacia Pública para as administrações direta e indireta, razão pela qual o § 2º do art. 131 da Constituição se referiu a “carreiras” da Advocacia-Geral da União como reflexo daquela realidade, remetendo-se para a legislação infraconstitucional a disciplina do novo órgão, conforme artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia- Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, **as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições**”. (grifei)

Ainda como determinação do Constituinte Originário, adveio a Lei Complementar nº 73/93 para definir a organização e estrutura da Advocacia-Geral da União ocasião em que, sob a perspectiva da Administração direta, previu-se os seus membros constituintes, nos termos do §5º, do art. 2º, a saber: o Advogado-Geral da União, o Procurador- Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, os Consultores Jurídicos, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos.

Destaca-se, por pertinente, que a disposição dos membros que compõem a Advocacia-Geral da União, sob a ótica da Administração direta, não se encerrou no referido dispositivo, pois, por intermédio da Lei nº 10.480/2002, criou-se a Procuradoria-Geral Federal, ocasião em que se extinguíram as carreiras de procurador e advogado de autarquias e fundações públicas e as transformaram em Procurador Federal disciplinando-se, nesta ocasião, a defesa da União em sua Administração indireta.

Sob este cenário, há que se ressaltar pela constitucionalidade de lei ordinária que trata de servidores públicos, pois, materialmente, não versa sobre matéria cuja Constituição da República exija Lei Complementar, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVISÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA TRATAR DE SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. PROCESSO LEGISLATIVO.**

**MATÉRIA CUJA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA EXIGE LEI ORDINÁRIA. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2.872/PI. RECURSO PROVIDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 37, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. IV, V E VI, DA LEI MUNICIPAL N. 742/1990 (LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE PEDRANÓPOLIS/SP).**

(STF - RE: 383123 SP, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 04/11/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014) (grifei)

**Portanto, se a Constituição da República previu, no sentido *lato sensu*, a defesa da União pela Advocacia-Geral da União, as legislações infraconstitucionais disciplinaram os modelos e formas da representação judicial da Administração direta e indireta, ainda que em momentos distintos, por carreiras diversas, mas que compõe um todo dentro do aparato burocrático da defesa do Estado brasileiro.**

Salienta-se, por oportuno, que a identidade substancial entre os cargos foi reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Adin 2.713/DF que, embora tenha tratado da transposição da carreira de assistente jurídico, há destaque expresso no voto da Ministra Ellen Gracie sobre a carreira de Procurador Federal, quando acentuou que, “*no aspecto remuneratório, possuem as carreiras em estudo idêntica tabela de vencimentos, já uniformizada por meio da MP nº 2.229-43, de 6.09.2001 (Anexo XI), que alcançava, ainda, os Procuradores Federais*”.

**Ademais, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, reconheceu a fungibilidade da atuação dos Advogados Públicos. Na ocasião do julgamento do REsp 1.037.563-SC, a Corte entendeu que “ainda que se reconheça, na hipótese em análise, o erro consistente na atuação da PGFN em causa de natureza não fiscal de competência da PGU, deve prevalecer a consideração de que a parte representada pelos dois órgãos é a mesma, a União, e teve ela a oportunidade de realizar o seu direito de defesa, o que efetivamente fez de modo pleno, mediante arguições competentes e oportunas, deduzindo diversas teses defensivas, todas eloquentes e bem articuladas, desde a primeira instância e em todos os momentos processuais. Assim, não resta espaço algum para enxergar nódoa no direito constitucional que assegura o contraditório e a ampla defesa”.**

O supramencionado entendimento prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça é apenas um reflexo das decisões dos Tribunais Regionais Federais pátrios que apontam, inclusive, pela possibilidade de uma Autarquia ou Fundação Pública ser representado pela própria Advocacia-Geral da União sem a interferência da Procuradoria-Geral Federal, pois tal divisão de atribuição se trata, em verdade, de um modelo que busca otimizar a representação jurídica do Poder Público, *in verbis*:

**PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU. LEGITIMIDADE DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DE AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES FEDERAIS. RECURSO PROVIDO.**

- agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu requerimento deduzido pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE de intimação da Advocacia Geral da União para que assumisse sua representação judicial, nos termos do art. 11-B da Lei nº 9.028/1995, acrescentado pela Medida Provisória nº 1.984-15.

- A decisão recorrida, considerando inconstitucional o a alteração feita pela MP 1984 à Lei 9.028/95, acrescentando a esta o art. 11-B, indeferiu o ingresso da Advocacia Geral da União - AGU - no feito como representante judicial da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

- De acordo com o Princípio da Presunção da Constitucionalidade das Leis, um ato só deve ser invalidado judicialmente por inconstitucionalidade quando não restar qualquer dúvida fundada sobre a violação à Carta Magna.

*- Não vislumbrado que a MP 1.984-15, ao acrescentar o art. 11-B à Lei 9.028/95, tenha contrariado o disposto no art. 131 da CF e na Lei Complementar nº 73/93, que definiu como órgãos vinculados à AGU as Procuradorias e Departamentos Jurídicos das autarquias e fundações públicas, mas sim apenas procurado otimizar a representação judicial do Poder Público, inspirada pela ratio de interdependência entre a AGU e os órgãos jurídicos autárquicos e fundacionais e pelo princípio da eficiência administrativa.*

**O entendimento jurisprudencial vem corroborando a possibilidade de uma autarquia ou fundação pública ser representada judicialmente pela Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 11-B da Lei nº 9.028/95. - Agravo de instrumento provido.**

(TRF-2 - AG: 66167 RJ 2000.02.01.057958-4, Relator: Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA, Data de Julgamento: 16/04/2008, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::07/05/2008 - Página::335)

**Tal compreensão transcende a esfera do Poder Judiciário e atinge o plano legislativo, conforme se depreende da Lei nº 13.327, de 2016, em que se observa o tratamento isonômico entre as carreiras, sob a ótica da identidade de atuação funcional, recebendo um capítulo especial denominado de “carreiras jurídicas”, onde são tratados de forma indistinta diversos direitos e prerrogativas de interesse da Advocacia Pública no âmbito federal, *in verbis*:**

## CAPÍTULO XV CARREIRAS JURÍDICAS

Art. 27. Este Capítulo dispõe sobre o valor do subsídio, o recebimento de honorários advocatícios de sucumbência e outras questões que envolvem os ocupantes dos cargos:

I - de Advogado da União;

II - de Procurador da Fazenda Nacional;

III - de Procurador Federal;

IV - de Procurador do Banco Central do Brasil; e

V - dos quadros suplementares em extinção previstos no art. 46 da Medida Provisória no 2.229-43, de 6 de setembro de 2001.

Desta feita, conclui-se, neste ponto, que a divisão do plexo de competências da representação da União entre as carreiras da Advocacia-Geral da União, sob a perspectiva da divisão entre Administração direta e indireta, sobreveio de um modelo de otimização do aparato burocrático onde as partes formam um todo, cuja gênese advém da missão constitucional de defender juridicamente o Estado brasileiro.

Ademais, depreende-se que a Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008, que dentre outras matérias, disciplina a cessão ou exercício fora do respectivo órgão de lotação dos integrantes das carreiras jurídicas da União, e que serviu de fundamento da peça opinativa que aqui não se acolhe, não específica, faz referência, dá preferência ou veda a ocupação de cargo, função ou encargo a determinada carreira. Ao contrário, pela leitura do art. 7º, do supracitado diploma legal, expõe-se apenas que, somente poderão ser cedidos ou ter exercício fora do respectivo órgão de lotação, dentre outras hipóteses, para o exercício de cargo, função ou encargo de titular de órgão jurídico da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, *in verbis*:

Art. 7º Os integrantes das Carreiras e os titulares de cargos a que se referem os incisos I, II, III e V do caput e o § 1º do art. 1º da Lei no 11.358, de 19 de outubro de 2006, somente poderão ser cedidos ou ter exercício fora do respectivo órgão de lotação nas seguintes hipóteses:

(...)

I - exercício de cargo, função ou encargo de titular de órgão jurídico da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional;

II - exercício provisório ou prestação de colaboração temporária, pelo prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em órgãos da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria Geral Federal, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou da Procuradoria do Banco Central do Brasil;

Não obstante, e se reconhecendo a divisão do plexo de competências entre as carreiras da Advocacia-Geral da União, sob a perspectiva da divisão entre Administração direta e indireta, tem-se que o Ato Regimental nº 6, de 30 de outubro de 2008, que dispõe sobre o exercício de cargos em comissão ou encargo por Advogados da União e Procuradores Federais em órgãos diversos daqueles em que estão lotados, já estabeleceu as hipóteses de exercício de cargos em comissão, função ou encargo fora dos seus respectivos órgãos de lotação da Advocacia-Geral da União - AGU e da Procuradoria-Geral Federal - PGF, nos termos de seu inciso I, art. 1º, nas seguintes hipóteses:

I - cessão para o exercício de:

a) cargo em comissão de nível CJ-3 ou superior em gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior;

b) cargo em comissão de nível CC-6 ou superior no Gabinete do Procurador-Geral da República;

c) cargo em comissão de Natureza Especial ou do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores - DAS, de nível 4, 5 e 6, ou equivalentes, em órgãos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo da União, incluindo suas autarquias e fundações;

d) cargo de diretor ou de presidente de empresa pública ou de sociedade de economia mista federal;

e) cargo de Secretário de Estado, do Distrito Federal, de prefeitura de capital ou de dirigente máximo de entidade da administração pública daqueles entes federados;

*II - exercício de cargo em comissão em órgãos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal;*

**III - exercício de cargo, função ou encargo de titular de órgãos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal;**

IV - para atuar junto ao Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, no caso de ocupantes de cargo efetivo de Procurador Federal.

§ 1º - Os servidores de que trata o *caput* poderão ter exercício fora dos respectivos órgãos de lotação quando requisitados pela Presidência ou Vice-Presidência da República, independentemente de função, cargo em comissão ou encargo.

§ 2º - Aplica-se às cessões previstas neste artigo o disposto nos §§ 1º a 3º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

§ 3º - A cessão será concedida pelo prazo de até um ano, podendo ser renovada no interesse da Advocacia-Geral da União - AGU.

§ 4º - Os servidores que em 28 de agosto de 2008 se encontravam cedidos, em conformidade com a legislação então vigente, poderão permanecer nesta condição até o final do prazo estipulado no ato de cessão e, ainda, terem a cessão renovada uma vez pelo prazo de até um ano, a critério do Advogado-Geral da União.

§ 5º - No caso de o ato de cessão não prever prazo será considerado como data final 31 de agosto de 2009.

§ 6º - Os casos de requisição, cessão ou de exercício de cargo em comissão, função ou encargo, em desacordo com o disposto neste artigo deverão ser ajustados até 31 de dezembro de 2008, competindo ao Advogado-Geral da União Substituto e ao Procurador-Geral Federal, em suas respectivas áreas de atuação, adotarem as medidas pertinentes à regularização das situações existentes. (grifei)

**Diante o exposto, conclui-se:**

a) Que a divisão do plexo de competências entre as carreiras da Advocacia-Geral da União, sob a perspectiva da divisão entre Administração direta e indireta, sobreveio de um modelo de otimização do aparato burocrático onde as partes formam um todo, cuja gênese advém da missão constitucional de defender juridicamente o Estado brasileiro;

b) O Ato Regimental nº 6, de 30 de outubro de 2008, que dispõe sobre o exercício de cargos em comissão ou encargo por Advogados da União e Procuradores Federais em órgãos diversos daqueles em que estão lotados, já estabeleceu as hipóteses de exercício de cargos em comissão, função ou encargo fora dos seus respectivos órgãos de lotação da Advocacia-Geral da União - AGU e da Procuradoria-Geral Federal - PGF em hipóteses taxativas;

c) Pela superação parcial do entendimento constante do Parecer nº 48/2010/DECOR/CGU/AGU e 50/2010/DECOR/CGU/AGU.



Ultimada a apreciação, cientifique-se a Procuradoria-Geral Federal. À superior consideração.  
Brasília, 05 de outubro de 2018.

**BRUNO ANDRADE COSTA**  
*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) 00407000786200777 e da chave de acesso 9d620108

---

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 179764788 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 20-12-2018 10:45. Número de Série: 17236864. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.





**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

**DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 01183/2018**

**NUP: 00407.000786/2007-77**

**INTERESSADOS: BRIVALDO PEREIRA DOS SANTOS JUNIOR**

**ASSUNTOS: CARGO EM COMISSÃO**

Estou de acordo com o DESPACHO n. 00641/2018/DECOR/CGU/AGU.

Cientifique-se a Procuradoria-Geral Federal.

Brasília, 20 de dezembro de 2018.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos', written in a cursive style.

**MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS**

Consultor-Geral da União





.....

## PARECER N. 00293/2020/ CONJUR-MS/CGU/AGU

.....

NUP: 00400.000405/2020-97

INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA  
SANITÁRIA - ANVISA E OUTROS ASSUNTOS: CONSULTA

1. Trata-se de consulta formulada pelo Excelentíssimo Sr. Advogado-Geral da União, pelo Ofício nº 145/AGU, de 10 de abril de 2020 (Seq.2), nos seguintes termos:

Solicito informações quanto às orientações e/ou resoluções emanadas do Ministério da Saúde acerca do uso de praias e de interdição de portos, aeroportos e rodovias, em esfera federal, estadual e municipal.

Solicito, ainda, informar se as autoridades Estaduais, Distritais e Municipais apresentaram justificativas técnicas previamente à adoção das medidas restritivas acima indicadas. Do mesmo modo, solicito informar se ditas autoridades têm sido demandadas a apresentar as respectivas justificativas por parte do Ministério da Saúde.

2. Por fim, foi fixado o prazo de resposta em 24 (vinte e quatro) horas, razão pela qual deixa-se de encaminhar os autos neste momento para as áreas técnicas do Ministério da Saúde, fazendo-se a presente manifestação com base nos atos normativos até agora editados, nas publicações epidemiológicas (Boletins Epidemiológicos) e em questionamento realizado aos Secretários diretamente por meio eletrônico (aplicativo de WhatsApp). É o relatório do necessário.

## **I. ORIENTAÇÕES E/OU RESOLUÇÕES EMANADAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE ACERCA DO USO DE PRAIAS E DE INTERDIÇÃO DE PORTOS, AEROPORTOS E RODOVIAS, EM ESFERA FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL.**

3. Antes de adentrar especificamente na consulta formulada cabe tecer algumas considerações sobre a evolução da legislação correlata e nas publicações do Ministério da Saúde na tentativa de compreensão integral da questão.

4. Conforme é de conhecimento público e notório, trata-se a COVID-19 de uma enfermidade nova de escala global, com alta taxa de contágio e rápido agravamento do quadro clínico, o que causou em países estrangeiros um estrangulamento dos sistemas de saúde, em virtude de haver um elevado número de pacientes precisando simultaneamente de leitos hospitalares, leitos de UTI, e atuação dos profissionais de saúde, potencializando a ocorrência de óbito.

5. A Lei nº 13.979/2020 trouxe para o âmbito nacional regras disciplinadoras da situação vivenciada especificamente pelas pessoas que se encontram dentro do território nacional, uma vez que para tratar de trânsito internacional de cidadãos viajantes e, ainda, da notificação à Organização Mundial de Saúde - OMS sobre o compartilhamento de informações decorrentes de eventos sanitários inesperados ou incomuns, já havia o regramento do Regulamento Sanitário Internacional - RSI, que revisado e atualizado tinha acabado de ser incorporado ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.

6. O conceito de isolamento e quarentena previsto no RSI foi praticamente repetido para situações tratadas em âmbito puramente interno, conforme se verifica dos incisos I e II do art. 2º da Lei nº 13.979/2020, com a seguinte redação:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

7. Posteriormente à edição da referida Lei e em virtude do avanço na transmissão do vírus, foi editada pelo Ministério da Saúde, em 20 de março de 2020, a Portaria nº 454 que declarou em todo o território nacional o estado de transmissão comunitária, valendo a transcrição das seguintes previsões:

Art. 2º Para contenção da transmissibilidade do covid-19, deverá ser adotada como, medida não-farmacológica, o isolamento domiciliar da pessoa com sintomas respiratórios e das pessoas que residam no mesmo endereço, ainda que estejam assintomáticos, devendo permanecer em isolamento pelo período máximo de 14 (quatorze) dias.

Parágrafo único. Considera-se pessoa com sintomas respiratórios a apresentação de tosse seca, dor de garganta ou dificuldade respiratória, acompanhada ou não de febre, desde que seja confirmado por atestado médico.

Art. 3º A medida de isolamento somente poderá ser determinada por prescrição médica, por um prazo máximo de 14 (quatorze) dias, considerando os sintomas respiratórios ou o resultado laboratorial positivo para o SARS-COV-2.

Art. 4º As pessoas com mais de 60 (sessenta) anos de idade devem observar o distanciamento social, restringindo seus deslocamentos para realização de atividades estritamente necessárias, evitando transporte de utilização coletiva, viagens e eventos esportivos, artísticos, culturais, científicos, comerciais e religiosos e outros com concentração próxima de pessoas.

8. Neste contexto e considerando o momento da edição da referida Portaria pode-se resumir as orientações do Ministério da Saúde às seguintes medidas não-farmacológicas, para reduzir a transmissibilidade do vírus:

i) evitar aglomerações (medida prevista desde o início -<https://coronavirus.saude.gov.br/>- em decorrência das pessoas assintomáticas, que são aquelas infectadas e que não apresentam sintomas ou possuem sintomas muito leves)

(ii) o isolamento domiciliar da pessoa com sintomas respiratórios e das pessoas que residam no mesmo endereço, ainda que estejam assintomáticos, devendo permanecer em isolamento pelo período máximo de 14 (quatorze) dias; e

iii) distanciamento social das pessoas com mais de 60 (sessenta) anos de idade.

9. O Ministério da Saúde busca atualizar de forma dinâmica informações e orientações sobre o enfrentamento da pandemia por intermédio dos Boletins Epidemiológicos, sendo que no de nº 07 (<https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06---BE7---Boletim-Especial-do-COE-Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>), publicado em 06 de abril de 2020, buscou conceituar o que seria Distanciamento Social Ampliado (DSA), Distanciamento Social Seletivo (DSS) e Bloqueio total (lockdown), trazendo os objetivos, vantagens e desvantagens de cada um dos modelos (págs. 6 e 7). Apresentou o Boletim Epidemiológico nº 07, a “**Conclusão da avaliação de risco nacional em 04/04/2020**” com o seguinte conteúdo:

Considerando que pandemia de COVID-19 é dividida em quatro fases epidêmicas: transmissão localizada, aceleração descontrolada, desaceleração e controle, e que no momento o país se encontra na fase de transmissão localizada (comunitária) com alguns locais passando para a fase de aceleração descontrolada;

Considerando que as estratégias de distanciamento social aplicadas pelos Estados e Distrito Federal, estão de acordo com recomendações de órgãos internacionais como a OMS, bem como do próprio Ministério da Saúde; Considerando que tais medidas apresentam efetividade e estão permitindo a estruturação da resposta dos serviços de saúde para o período de maior incidência da doença, que ocorrerá dentro de algumas semanas;

Considerando que questões logísticas de compra e distribuição de Equipamentos de Proteção Individual – EPI para profissionais saúde têm sido prejudicadas por questões comerciais internacionais, colocando esses trabalhadores num importante grupo de risco;

Considerando que a gestão do Sistema Único de Saúde - SUS é triparte, com comando único em cada esfera de governo, e que o Ministério da Saúde vem construindo e pactuando junto ao Conselho Nacional dos Secretários de Saúde – CONASS e ao Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS um documento

que explicita condicionantes para que o Sistema Único de Saúde permita que os diferentes grupos sociais possam manter suas atividades produtivas, garantindo a esses mesmos grupos a retaguarda de saúde, quando precisarem do SUS.

O Ministério da Saúde avalia que as estratégias de distanciamento social adotadas pelos estados e municípios, contribuem para evitar o colapso dos sistemas locais de saúde, como vem sendo observado em países desenvolvidos como EUA, Itália, Espanha, China e recentemente no Equador. Ao tempo, essas medidas temporárias, permitem aos gestores tempo relavado para estruturação dos serviços de atenção à saúde da população, com consequente proteção do Sistema Único de Saúde.

Avalia-se que as Unidades da Federação que implementaram medidas de distanciamento social ampliado devem manter essas medidas até que o suprimento de equipamentos (leitos, EPI, respiradores e testes laboratoriais) e equipes de saúde (médicos, enfermeiros, demais profissionais de saúde e outros) estejam disponíveis em quantidade suficiente, de forma a promover, com segurança, a transição para a estratégia de distanciamento social seletivo.

10. Posteriormente, foi publicado o Boletim Epidemiológico nº 08 , de 09 de abril de 2020, (<https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/09/be-covid-08-final.pdf>), que trouxe o **“Histórico de aplicação pelos Estados”** (relacionado às medidas de distanciamento - pág.27) e o seguinte **“Esclarecimentos”** (pág.34):

Durante toda a resposta, o Ministério da Saúde nunca recomendou a adoção de qualquer medida de distanciamento social específica. Esse ato deve ser adotado pelos gestores locais, com base em suas realidades epidemiológicas e estruturais. Deste modo, no Boletim Epidemiológico (BE) 7, divulgado na segunda-feira (7), reforça a necessidade de isolamento social para o preparo da rede de saúde pública. Segundo o documento, as medidas retardam o pico da epidemia, tempo que deve ser utilizado pelos gestores locais para preparar a assistência aos pacientes. O documento alerta que instituir medidas não-farmacológicas e não providenciar o aumento de capacidade de absorção de casos leves e graves pelo sistema de saúde é uma medida inefetiva. Assim, qualquer medida de relaxamento não será possível sem o preparo da rede de atenção à população.

“As medidas de distanciamento social visam, principalmente, reduzir a velocidade da transmissão do vírus. Ela não impede a transmissão”, afirma o documento. Embora traga uma sinalização de data, 13 de abril, após a páscoa, o boletim neste momento condiciona qualquer situação de diminuição do isolamento social às medidas de estruturação do sistema. É importante para reforçar a estrutura com os seguintes parâmetros:

11. Vale pontuar que antes da publicação dos Boletins Epidemiológicos 7 e 8, já havia sido submetido à análise dessa Consultoria Jurídica, para manifestação, a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 665, em que a Confederação Nacional do Transporte se insurgiu contra decretos de vários Estados e Municípios que determinam o fechamento das respectivas fronteiras, sendo confeccionada pela zelosa advogada da União, Dra. Luiza Hood Wanderley, as INFORMAÇÕES n. 00194/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP 25000.045678/2020-02), cujos fundamentos e conclusões entendo inteiramente pertinentes, em especial à necessidade de qualquer medida de restrição estar fundamentada em evidência científica/epidemiológica, baseada e amparada na realidade local da velocidade da transmissão e da estrutura dos serviços de saúde e dos insumos disponíveis para debelar a doença.

## I.I. Praias

12. Traçadas as considerações gerais sobre atos normativos e publicações do Ministério da Saúde, cumpre evidenciar que não se verificou existir qualquer orientação/resolução **específica** sobre a utilização de praias. De qualquer sorte, cabe trazer à ponderação a seguinte passagem do Boletim Epidemiológico nº 8 (pág. 31):

Este evento representa um risco significativo para a saúde pública, entretanto sua magnitude (número de casos) não é igualmente significativa em todos os municípios brasileiros no mesmo momento. Mesmo em estados com número importante de casos (SP, RJ, CE, AM, DF), há municípios e/ou regiões de baixa evidência de transmissão, na qual o cenário de maior risco pode acontecer semanas ou meses à frente. Desta forma, políticas e estratégias de distanciamento social e isolamento domiciliar devem ser acionadas a partir de indicadores relacionados ao número de casos e de óbitos por COVID-19 em cada município e/ou região em equilíbrio com a capacidade do sistema de saúde em absorver as pessoas com casos leves e graves.

A mesma política restritiva em locais de nível de risco diferente não trará benefício à população dos locais de menor risco e, ainda por cima, trará o desgaste inevitável de medidas restritivas antes do momento em que as mesmas sejam efetivas para conter a transmissibilidade. Em trabalho integrado entre as equipes das Secretarias de Vigilância em Saúde, de Atenção Primária à Saúde e da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, baseado na revisão da totalidade da literatura científica internacional relativa a medidas não-farmacológicas de contenção de epidemias e/ou pandemias, incluindo recomendações recentes da OCDE, propõem-se as seguintes medidas para conter o risco da COVID-19:

- Envolvimento de toda a sociedade em medidas de higiene para redução de transmissibilidade (lavagem das mãos, uso de máscaras, limpeza de superfícies, ...)
- Suspensão de aulas em escolas e universidades, com reavaliação mensal;
- Distanciamento social para pessoas acima de 60 anos, com reavaliação mensal;
- Distanciamento social para pessoas abaixo de 60 anos com doenças crônicas, com reavaliação mensal;
- Distanciamento social no ambiente de trabalho - reuniões virtuais, trabalho remoto, extensão do horário para diminuir densidade de equipe no espaço físico, etc, com reavaliação mensal;
- Isolamento domiciliar de sintomáticos e contatos domiciliares (exceto de serviços essenciais assintomáticos);
- Proibição de qualquer evento de aglomeração (shows, cultos, futebol, cinema, teatro, casa noturna etc), com reavaliação mensal;
- Diminuição da capacidade instalada de bares, restaurantes e afins, com reavaliação mensal.

Fundamental ressaltar que tais medidas devem ser implantadas em diferentes momentos, em diferentes locais, de acordo com nível de risco medido localmente. Além disso, após implantação das mesmas é fundamental o monitoramento do risco e que, frente à diminuição do risco, haja período de transição no qual as medidas acima serão reduzidas gradativamente.

Importante não esquecer que a implantação de medidas não-farmacológicas tem apenas um objetivo: preparar o sistema de saúde para a assistência de um grande número de casos de COVID-19. Esta preparação inclui estratégias de telemedicina e de Atenção Primária à Saúde - APS para casos leves e estratégias de cuidado intensivo em hospitais e UTIs para casos graves. Não há possibilidade de evitar a epidemia, há somente a possibilidade de diminuir o pico epidêmico em número de casos e distribuí-los ao longo do tempo a fim de preparar o sistema de saúde. Instituir medidas não-farmacológicas e não providenciar o aumento de capacidade de absorção de casos leves e graves pelo sistema de saúde é medida inefetiva.

13. Neste contexto, não parece ser equivocada a aplicação das orientações gerais traçadas no parágrafo 8 acima e as existentes no Boletim Epidemiológico nº 8, no sentido de que a utilização de prais deve estar condicionada a:

- i) não gerar aglomeração;
- ii) não ser viável para pessoas:
  - ii.i) com sintomas respiratórios e das pessoas que residam no mesmo endereço, ainda que estejam assintomáticos, devendo permanecer em isolamento pelo período máximo de 14 (quatorze) dias;
  - ii.ii) portadoras de doenças crônicas; e
  - ii.iii) com idade superior a 60 (sessenta) anos.

## I.II. Interdição de Portos, Aeroportos e Rodovias

14. Cumpre observar que entre as providências previstas originalmente na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, encontra-se a possibilidade de se restringir excepcional e temporariamente a entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, por rodovias, portos ou aeroportos. *Inverbis*:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

(...)

VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;

(...)

§ 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas:

I - pelo Ministério da Saúde;

II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do **caput** deste artigo; ou

15. Acrescenta-se que com as Medidas Provisória nº 926 e 927 de 2020 houve as seguintes modificações/acréscimos:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

(...)

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

entrada e saída do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020) (...)

§ 6º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput. (Redação dada pela Medida Provisória nº 927, de 2020)

(...)

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do **caput**, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

16. Neste contexto, pela leitura dos dispositivos acima transcritos nota-se que a restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País e, ainda, de locomoção interestadual e intermunicipal por rodovias, portos ou aeroportos deve ser precedida de recomendação técnica e fundamentada da ANVISA (art.3º, VI) e de autorização do Ministério da Saúde (§7º, II).

17. O Decreto nº 10.282/2020<sup>1</sup>, com a redação dada pelo Decreto 10.292/2020, estabeleceu ainda que para fins de restrição do transporte intermunicipal deverá ocorrer a manifestação do órgão de vigilância sanitária ou equivalente dos Estados ou do Distrito Federal, vejamos a redação:

Art. 3º As medidas previstas na [Lei nº 13.979, de 2020](#), deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º. § 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como: (...)



§ 8º Para fins de restrição do transporte intermunicipal a que se refere o inciso V do **caput**, o órgão de vigilância sanitária ou equivalente nos Estados e no Distrito Federal deverá elaborar a recomendação técnica fundamentada de que trata o inciso VI do caput do art. 3º da Lei nº 13.979, de 2020. (Incluído pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

18. Não obstante possa-se compreender que a legislação antes transcrita é especial em relação a Lei nº 8.080/90, quanto aos aspectos operacionais e de atuação de todos os Entes Federados para e durante o enfrentamento da COVID, ao que tudo indica o Supremo Tribunal Federal, pelo entendimento até agora firmado no julgamento da ADI 6.341 e ADPF 672, tem evidenciado a autonomia e competência concorrente dos Estados e Municípios para tratar de assuntos relacionados ao SUS - Sistema Único de Saúde e ao enfrentamento da COVID-19. Com efeito, a decisão proferida na última ação (ADPF) expressamente consignou que *“saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Igualmente, nos termos do artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).”*

19. Neste contexto, parece que o Excelso Pretório realçou a aplicabilidade do art. 14-A e 14-Ba Lei nº 8.080/90, com a redação dada pela Lei nº 12.466/2011:

Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como fóruns de negociação e atuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS). (Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011).

Parágrafo único. A atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo: (Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011).

I - decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde; (Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011).

II - definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados; (Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011).

III - fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados. (Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011).

Art. 14-B. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) são reconhecidos como entidades repre-

1. A CONJUR/MS exarou o PARECER n. 00292/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho n. 01245/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, analisando os termos de Resolução que busca ampliar o Rol de serviços essenciais (Seq. 1 do NUP 00023.000203/2020-90).

sentativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde e declarados de utilidade pública e de relevante função social, na forma do regulamento. (Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011).

20. A operacionalização do SUS depende da atuação conjunta e coordenada de todos os Entes (União, Estados e Municípios) e que é *importante não esquecer que a implantação de medidas não-farmacológicas tem apenas um objetivo: preparar o sistema de saúde para a assistência de um grande número de casos de COVID-19* (Boletim Epidemiológico nº8, pág. 31), não a dúvida de que a atuação isolada de um determinado Ente, não produzirá os efeitos esperados para o combate à transmissão do vírus, principalmente se considerarmos que as divisas entre os estados e os limites entre municípios não possuem qualquer barreira física que impeça o trânsito. Neste particular, vale reforçar a seguinte passagem do conteúdo do Boletim Epidemiológico nº 8 (pág. 33/4 cujo conteúdo também constava dos anteriores):

Considerando que a gestão do Sistema Único de Saúde - SUS é triparte, com comando único em cada esfera de governo, e que o Ministério da Saúde vem construindo e pacuando junto ao Conselho Nacional dos Secretários de Saúde – CONASS e ao Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS um documento que explicita condicionantes para que o Sistema Único de Saúde permita que os diferentes grupos sociais possam manter suas atividades produtivas, garantindo a esses mesmos grupos a retaguarda de saúde, quando precisarem do SUS.

21. Neste contexto, se é verdade que não pode a União agir de forma desconcertada com Estados e Municípios para fixar a forma de atuação para enfrentamento da pandemia, não menos correto é afirmar que a atuação de municípios e estados sob a mesma perspectiva (sozinhos, descoordenados e desamparados em dados e fundamentos epidemiológicos) mostra-se inadequada. Neste particular, corroboro com a conclusão das INFORMAÇÕES n.00194/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU:

Como demonstrado, não se pretende centralizar a edição de normas por parte da União visando tratar das medidas de isolamento e quarenta. Como esclareceu o Ministro Marco Aurélio Mello na ADI nº 6.341, a competência para impor medidas relacionadas à saúde pública é concorrente. A intenção da União é tão somente impedir que decisões isoladas e locais editadas por prefeitos ou governadores, sob o pretexto de gerar benefícios à saúde da população, causem maiores prejuízos à circulação de pessoas e cargas, gerando, assim, o desabastecimento.

O que se pretendeu demonstrar é que a pulverização, de forma absoluta, conforme a conveniência e oportunidade dos estados e municípios, pode gerar grave desabastecimento nacional no fornecimento de alimentos, medicamentos, insumos médicos, equipamentos de proteção individual a hospitais.

A União está atenta a essa situação e tem agido de forma diligente na busca de mecanismos equilibrados, de forma a garantir, ao mesmo tempo, a prevenção e o combate à pandemia e o abastecimento da população em todo o país. As medidas adotadas têm sido sempre baseadas em requisitos técnicos e científicos.

Com isso, é possível concluir que, apesar de bem intencionados, os atos normativos editados por governadores e prefeitos com a intenção e coibir o avanço da propagação do vírus Covid-19 podem gerar prejuízos ainda maiores à população.

22. Por fim, cabe pontuar que no Boletim Epidemiológico nº 02, de 21 de fevereiro de

2020, constou o seguinte (pág. 17, <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/21/2020-02-21-Boletim-Epidemiologico03.pdf>):

Portos, Aeroportos e Fronteiras A Anvisa publicou dia 19 em seu portal o documento Protocolo para Enfrentamento do COVID-19 em Portos, Aeroportos e Fronteiras. Dentre os principais objetivos do documento destacam-se:

- Definir procedimentos e fluxos para a detecção e o controle do COVID-19 em portos, aeroportos e fronteiras.
- Estabelecer ações a serem empreendidas em áreas portuárias, aeroportuárias e fronteiriças para minimizar o risco da disseminação do COVID 19 no território nacional.
- Proteger a saúde de passageiros, tripulantes, pessoal de solo e do público em geral nos portos, aeroportos e fronteiras.
- Manter o funcionamento dos portos, aeroportos e fronteiras, minimizando os impedimentos aos fluxos de passageiros, tripulantes, cargas e suprimentos procedentes do exterior.

O documento na íntegra está publicado na página: [http://portal.anvisa.gov.br/documents/219201/4340788/Protocolo+simplificado+Coronavirus+06+02-revisao+final+3\\_diagramado2+%281%29.pdf/1c97fbd6-8af8-40e9-9cee-56803803c4b4](http://portal.anvisa.gov.br/documents/219201/4340788/Protocolo+simplificado+Coronavirus+06+02-revisao+final+3_diagramado2+%281%29.pdf/1c97fbd6-8af8-40e9-9cee-56803803c4b4)

## **II - INFORMAR SE AS AUTORIDADES ESTADUAIS, DISTRITAIS E MUNICIPAIS APRESENTARAM JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS PREVIAMENTE À ADOÇÃO AS MEDIDAS RESTRITIVAS ACIMAINDICADAS.**

23. Em consulta aos sistemas de dados do Ministério da Saúde e a partir de questionamento veiculado no grupo virtual que reúne os Ilustríssimos Secretários e Secretária desta Pasta, não se verificou a existência de nenhuma justificativa técnica enviada pelos Municípios e Estados sobre as medidas de quarentena, isolamento ou restrição de trânsito que tenham adotado.

24. Por todo o exposto, ao Apoio Administrativo para:

a) abertura de tarefa de ciência no sistema SAPIENS para o Gabinete do Excelentíssimo Advogado-Geral da União;

b) registro no sistema SEI, com cópia do documento alojado no Seq 2 e do presente Parecer: i) com posterior remessa a SVS, SAPS, SAES e SE, para manifestação formal quanto a eventual existência de pedido formulado por Governador ou Prefeito em que apresenta justificativa técnica para adoção de medidas restritiva; e ii) remessa ao Gabinete do Excelentíssimo Ministro de Estado da Saúde, para ciência.

Brasília, 11 de abril de 2020.

**CIRO CARVALHO MIRANDA**  
*ADVOGADO DA UNIÃO*  
*CONSULTOR JURÍDICO JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE*

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00400000405202097 e da chave de acesso 1a26d9ab

---

Documento assinado eletronicamente por CIRO CARVALHO MIRANDA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 406817246 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>.

Informações adicionais: Signatário (a): CIRO CARVALHO MIRANDA. Data e Hora: 11-04-2020 18:19. Número de Série: 22394. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v5.



# SUSTENTAÇÃO ORAL

# RECLAMAÇÃO Nº 42576

José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>1</sup>

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MINISTRO LUIZ FUX,**

**EXMAS. SRAS. MINISTRAS CÁRMEN LÚCIA E ROSA WEBER,**

**EXMOS. SRS. MINISTROS, A TODOS CUMPRIMENTO NA PESSOA DA EXMO. SR. RELATOR DA RECLAMAÇÃO 42576, MINISTRO EDSON FACHIN,**

**EXMO. SR. VICE-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA,**

**EXMAS. SRAS. ADVOGADAS, EXMOS. SRS. ADVOGADOS,**

Reclamação tem duas hipóteses. Aqui, estamos a discutir a segunda: garantia da autoridade de decisão deste Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Afirmo desde logo: no caso vertente não há nenhum descumprimento. E isso por dois motivos rigorosamente objetivos: (i) o que se tem, no caso, guarda absoluta sintonia com os votos majoritários que embasam o Acórdão apontado como descumprido; e (ii) o que se tem, no caso, é

1 - Advogado-Geral da União. Procurador da Fazenda Nacional desde o ano 2000. Procurador-Geral da Fazenda Nacional entre janeiro de 2019 e abril de 2020. Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP), onde também é professor livre-docente em Direito Constitucional. Também dá aulas para a pós-graduação no Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Com mestrado em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), também cumpriu estágio de pós-doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal) e na Faculdade de Direito da Universidade de Granada (Espanha).

cumprimento de um “Termo de Compromisso de Cessação de Prática”, firmado perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

(I)

No caso, importa avaliar se teria havido descumprimento do quanto decidido na ADI n. 5.624/DF, Relator S. Exa. o Ministro Ricardo Lewandowski, cuja medida cautelar monocraticamente deferida foi parcialmente referendada em 06 de junho de 2019.

Na Ação Direta paradigma, ficou definida a distinção entre **desestatizar** e **desinvestir**: uma coisa é alienar a própria estatal, a “empresa-mãe”; outra, bastante diversa, é quando as estatais, na autonomia empresarial e negocial que possuem, podem e devem criar, extinguir ou alienar subsidiárias segundo a conveniência da realização dos respectivos objetos sociais.

O ponto que importa ao caso vertente – à Reclamação em julgamento – consta do item II da Ementa do Acórdão:

*II – A transferência do controle de subsidiárias e controladas não exige a anuência do Poder Legislativo e poderá ser operacionalizada sem processo de licitação pública, desde que garantida a competitividade entre os potenciais interessados e observados os princípios da administração pública constantes do art. 37 da Constituição da República.*

As Mesas do Congresso Nacional e do Senado Federal argumentam que a alienação das refinarias Landulpho Alves (RLAM) e do Paraná (REPAR) estaria supostamente a contornar os limites do Acórdão porque estariam sendo afetadas competências do Congresso Nacional, no caso, prévia autorização legislativa. Vale registrar que, em face de esclarecimentos, a Mesa da Câmara dos Deputados não aderiu à impugnação.

No Acórdão lavrado nos autos da ADI n. 5.624/DF, prevaleceu – pelo Voto médio – o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, qual seja:

O Congresso Nacional, nos exatos termos do inciso XX do artigo 37 do texto constitucional, concedeu a necessária autorização legislativa para que o Poder Executivo organizasse empresarialmente a PETROBRAS, para que pudesse cumprir suas atividades estipuladas em seu objeto social.

A autorização legislativa não criou ou autorizou especificamente a criação da subsidiária “A” ou “B”; não obrigou qualquer criação; mas, sim, permitiu que o Executivo, em atos de gestão empresarial, analisasse essa possibilidade, que, se concretizada, deveria vincular-se a uma única exigência congressional: respeitar a finalidade de cumprir as atividades de seu objeto social.

Inexiste lei específica para a criação das subsidiárias X ou Y. Elas foram criadas pelo Poder Executivo com base na autorização legislativa, em regra, genérica do artigo 64, para garantir a melhor execução das atividades da PETROBRAS.

O Poder Executivo, mesmo com base na autorização legislativa prevista no artigo 64 da Lei 9.478/1997, poderia ter optado por não criar nenhuma outra empresa; ou criá-las todas com associação majoritária em relação a outras em-

presas (subsidiárias); ou, ainda, com associação minoritária (empresas privadas), pois o Congresso Nacional concedeu essa possibilidade, repita-se, desde que a efetiva criação estivesse direcionada ao “estrito cumprimento de atividades do objeto social da PETROBRAS”.

O Poder Executivo, com base nessa mesma autorização legislativa, pode entender que a dinâmica empresarial de mercado foi alterada e que novas subsidiárias precisam ser criadas, assim como pode entender que, em antigas subsidiárias, há a necessidade de alienações societárias, com ou sem perda de controle acionário, pois não estariam mais cumprindo sua finalidade legal, qual seja, auxiliar o efetivo cumprimento de atividades do objeto social da PETROBRAS que integrem a indústria do Petróleo.

**Digo eu.** Essa compreensão de coisas está devidamente sintetizada na parte dispositiva do julgado: “a exigência de autorização legislativa, *todavia*, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas”.

Seguiram integralmente a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello. No ponto, também acompanharam a divergência as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber, bem assim os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

S. Exa., a Ministra Cármen Lúcia, foi bastante direta, objetiva e didática: “se o Poder Executivo não estava obrigado a valer-se da autorização, não vejo por que ele não possa atuar posteriormente em uma outra conjuntura, no sentido de ser possível se afastar e desinvestir nessa área.” **Digo eu.** É dever de lealdade anotar que S. Exa., a Ministra Cármen Lúcia fez ressalvas próprias e naturais ao juízo cautelar proferido no momento do julgamento.

Também S. Exa., a Ministra Rosa Weber anotou com muita propriedade: “Vale dizer, não se exige, *data venia*, na minha compreensão, lei específica para cada caso de criação – ou extinção – de subsidiária, desde que haja autorização legislativa genérica (...) ressalvada sempre a hipótese de eventual patologia no fatiamento de estatais, a caracterizar intolerável desvio de finalidade.” **Digo eu.** No caso vertente, é precisamente a alienação que estará a evitar patologias decorrentes da concentração de mercado, como bem decorre do Termo de Compromisso de Cessação de Prática firmado perante o CADE e por influxo da atividade profilática do CADE.

No mesmo sentido foi o Voto de S. Exa. o Ministro Gilmar Mendes: “a necessidade de autorização legislativa específica é desnecessária para a alienação de ações de entidades subsidiárias, mesmo havendo perda de controle acionário”.

Por fim, importa destacar do Voto de S. Exa. o Ministro Dias Toffoli: “para a subsidiária, entendo que a lei não é necessária, desde que haja a autorização para criá-la”.

## (II)

**Pois bem.** O que a petição inicial da presente Reclamação **não conta** é que o procedimento da PETROBRÁS, no caso, é decorrência direta de “Termo de Compromisso de Cessação de Prática”, firmado perante o CADE, cujo objeto é “propiciar condições concorrenciais, incentivando a

entrada de novos agentes econômicos no mercado de refino” (Cláusula Primeira, n. 1.1). Em síntese, foi firmado “**Compromisso de Desinvestimento**” (Cláusula Segunda, letra A), segundo o qual:

*2.1. A PETROBRAS se compromete a alienar integralmente os seguintes ativos: Refinaria Abreu e Lima (RNEST), Unidade de Industrialização de Xisto (SIX), Refinaria Landulpho Alves (RLAM), Refinaria Gabriel Passos (REGAP), Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR), Refinaria Alberto Pasqualini (REFAP), Refinaria Isaac Sabbá (REMAN); Lubrificantes e Derivados de Petróleo do Nordeste (LUB-NOR) e seus respectivos Ativos de Transporte (conjuntamente “Ativos Desinvestidos”).*

É dever de lealdade anotar que o CADE não determina o modo de venda. A PETROBRÁS é que optou pelo modelo de subsidiária para robustecer a transação de modo a torná-la mais vantajosa, inclusive do ponto vista operacional, uma vez que haverá, ao natural, transferência de contratos e de obrigações tributárias. Aliás, essa mecânica de coisas foi examinada e expressamente validada pelo TCU em 29 de julho de 2020, ficando consignado que a venda de refinarias da PETROBRÁS, a partir do Termo firmado com o CADE, “vem sendo acompanhada desde a sua origem (...) sem que se tenha identificado qualquer irregularidade até este momento” (item 9.2 do Acórdão), sendo tudo isso informado às Mesas do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados na forma do itens 9.2 e 9.3 do Acórdão do TCU.

Por fim, destaco que esses desinvestimentos revelam-se estratégicos não apenas para o fomento da competição no setor, bem assim para a atração de novos investidores, mas, também, para permitir à PETROBRÁS novos investimentos reputados mais estratégicos no contexto vivenciado e na lógica negocial levada a efeito. **Explico.**

**Primeiro.** Dentre as principais petroleiras, a PETROBRÁS ainda é a mais endividada: nos últimos cinco anos, a PETROBRÁS pagou US\$ 107 bilhões de encargos financeiros, sendo US\$ 70 bilhões em dívida e US\$ 37 bilhões em juros.

Por outro lado, a PETROBRÁS desinvestiu, em 2019, US\$ 16 bilhões, mas investiu outros US\$ 27 bilhões.

**Segundo.** Graças a esses movimentos, a PETROBRÁS pode arrematar o Campo de Búzios, no pré-sal, permitindo recordes de produtividade e exportação mesmo em meio à pandemia (1,1 milhão de barris/dia em abril de 2020).

Só no primeiro semestre a PETROBRÁS foi responsável por 10% da nossa balança comercial (US\$ 13,6 bi). Isso só em petróleo.

É a empresa que mais paga tributos e **royalties**.

**Terceiro.** É preciso abrir o setor de refino, porque a PETROBRÁS detém 98% do setor. Daí o Termo do CADE. Só assim será possível a competição e, claro, novos – e maiores – investimentos de outros atores.

O Termo de Compromisso de Cessação de Prática no CADE implica a venda de oito refinarias, metade das que a PETROBRÁS possui, mantendo as melhores), sem desfavorecer quaisquer regiões do país, aí incluído o Nordeste. Exemplo é o Programa de Revitalização da Atividade

de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural em Áreas Terrestres – REATE, a permitir a produção de petróleo em áreas terrestres.

Por fim, Excelências, a presente Reclamação pretende reabrir o mérito do quanto decidido na ADI n. 5.624/DF. Não há nenhum descumprimento do quanto decidido na Ação Direta. O que pretendem os Reclamantes é impedir um desinvestimento permitido do ponto de vista legal e jurisprudencial (e, no caso, diretamente decorrente de um acordo firmado perante o CADE).

Já temos carros elétricos nas ruas... Não vender agora, seria rasgar dinheiro público!

Por todo o exposto, a União roga seja julgada improcedente a Reclamação.





# Anafe

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

 [anafenacional.org.br](http://anafenacional.org.br)

 (61) 3326-1729

 [anafe.org.br](http://anafe.org.br)

 @ANAFENACIONAL

 @anafenacional

 SHIS QL 24, Conjunto 3,  
Casa 1, Lago Sul - Brasília/DF