

RPGMJ

ANO 2 | VOL. 1

2024

Revista da

**PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE**



Prefeitura de
Joinville

**PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO**



Prefeitura de
Joinville

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO

RPGMJ

ANO 2 | VOL. 1

2024

Revista da

**PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE**

Dezembro 2024
Joinville-SC

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

RPGMJ

Av. Hermann August Lepper, n. 10, 2º Andar, Centro

CEP 89221-005 – Joinville-SC – Brasil

Telefone: +55 (047) 3431-3460

E-mail: pgm.gab@joinville.sc.gov.br / Sítio institucional: <https://joinville.sc.gov.br>

Regulamento da Revista SEI PGM.GAB 0018198125, aprovado por meio da Resolução nº 01/2023,
disponível no sítio eletrônico: <https://www.joinville.sc.gov.br/institucional/pgm/revista/>

CONSELHO EDITORIAL

Felipe Cidral Sestrem	Procurador do Município / Editor-Chefe e Membro
André Luís Holanda Gurgel Pereira	Procurador do Município / Membro do Conselho
Franciano Beltramini	Procurador do Município / Editor-Adjunto e Membro
Hercília Aparecida Garcia Reberti	Procuradora do Município / Membro do Conselho
Nivia Simas	Procuradora do Município / Membro do Conselho
Thiago de Oliveira Vargas	Procurador do Município / Membro do Conselho
ABNT(adaptação)/Diagramação:	Nádia Regina Ucker / Secretária-Executiva

Revisão e Editoração: Procuradoria-Geral do Município de Joinville (Autor corporativo)
e Secretaria de Comunicação de Joinville

Av. Hermann August Lepper, n. 10, 2º Andar, Centro, CEP 89221-005 – Joinville-SC – Brasil

Responsáveis: Felipe Cidral Sestrem (Editor-Chefe) / Conselho Editorial

Periodicidade: Anual. Publicação: Maio 2025

Idioma das Publicações: Português, Inglês e Espanhol

Submissões disponíveis por meio de Editais de Chamamento (nº 01/2024, SEI PGM.GAB 0021681458)

Endereços eletrônicos para contato e solução de dúvidas:

pgm.gab@joinville.sc.gov.br e procuradoria@joinville.sc.gov.br

Os conceitos, as informações de legislações, da jurisprudência e as opiniões expressas
nos artigos e comentários publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville – RPGMJ / Procuradoria-Geral do Município de
Joinville – Joinville : RPGMJ, 2024.

v. 1, 23 cm.

Anual: a. 2.

Segundo número editado como edição especial internacional.

Disponível em: <https://www.joinville.sc.gov.br/institucional/pgm/revista/>

ISSN 2965-8209 (versão impressa)

1. Direito Público. 2. Administração Pública. I. Procuradoria-Geral do Município de Joinville.

CDU 342

CDU 351

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

RPGMJ

GABINETE DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

GESTÃO MUNICIPAL (2025-2028)

Adriano Bornschein Silva	Prefeito do Município de Joinville
Rejane Gambin	Vice-Prefeita do Município de Joinville
Christiane Schramm Guisso	Procuradora-Geral do Município
Janaina Elisa Heidorn	Procuradora-Executiva de Consultoria e Legislação
Felipe Cidral Sestrem	Procurador-Executivo de Prevenção e Processos
Cezar Augusto Luiz de Oliveira Culik	Gerente de Processos e Gestão
Karol da Costa	Gerente de Processos

PARECERISTAS

André Matiuzzi	Mestre em Gestão Pública, Diretor-Executivo
Ana Paterno	Pós-Graduada em Políticas Públicas, Coordenadora
Alexandre Pizani	Graduado em Administração, Servidor Público
Adriano Selhorst Barbosa	Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade, Diretor-Executivo
Christiane Vansuita	MBA em Regime Próprio Previdenciário, Advogada autárquica
Giani Maria de Souza	Doutora em História, Servidora Pública Municipal
Guilherme Casali	Mestre em Ciências Jurídicas, Diretor-Presidente IPREVILLE
Janaína Elisa Heidorn	Pós-Graduada em Processo Civil, Procuradora-Executiva
Luciana Altmann Tenório	Mestre em Ciências Jurídicas, Diretora-Jurídica HMSJ
Luiz Eduardo de Carvalho Silva	Pós-Graduado em Direito Tributário, Procurador Municipal
Magda Cristina Villanueva Franco	Doutoranda em Planejamento Territorial, Gerente
Marjoriê Oracz	Pós-Graduada em Processo Civil, Servidora Pública
Naim Andrade Tannus	Mestrando em Ciências Ambientais, Procurador do Município
Paula Padilha Penteado Klein	Pós-Graduada em Direito Urbanístico, Procuradora Municipal
Ricardo Pedro Bom Filho	Mestre em Direito, Estado e Sociedade, Advogado autárquico
Sahmara Liz Botemberger	Pós-Graduada em Direito Público, Encarregada de Dados
Simone Zanella	Pós-Graduada em Gestão Pública, Servidora Pública

Os cargos nominados à Revista foram escolhidos por meio de Portaria Municipal e Edital de Chamamento veiculados em 2023. Portaria SEI PGM.GAB 0017905933 (Nº 19, de 7 de agosto de 2023) Edital SEI PGM.GAB 0018198270 (Chamada Pública nº 02/2023)

LINHA EDITORIAL

Na sua versão tradicional, a Revista divulga trabalhos na área de Direito Público, em especial Direito Constitucional, Administrativo e Tributário. No âmbito da Administração Pública explora as interfaces Política e Planejamento Governamentais, Administração de Pessoal, Contabilidade, etc. Seu locus empírico é o contexto brasileiro municipal e intermunicipal e sua interrelação federativa.

A Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville - RPGMJ está licenciada sob a Licença Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 Internacional. Com essa licença você pode compartilhar, adaptar, criar para qualquer fim, desde que atribua a autoria da obra.

MENSAGEM DO PREFEITO

Joinville é reconhecida por ser pioneira em diversos segmentos e no serviço público não poderia ser diferente. Como gestor da maior cidade de Santa Catarina, posso afirmar que nosso time trabalha com afinco para garantir que iniciativas pioneiras e inovadoras implantadas na nossa cidade sejam capazes de trazer resultados positivos para as pessoas que aqui vivem. Para isso, é necessário investir em estudo e planejamento.

Neste sentido, conteúdos como a Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville, publicada pela primeira vez no ano passado, são fundamentais e contribuem de forma excepcional. Focada em Direito Público e em Administração, a publicação reúne textos com discussões relevantes para gestores públicos, pesquisadores e, especialmente nesta edição, operadores do direito.

Nas próximas páginas, leituras sobre Direito Administrativo, Previdência, interação com Organizações Sociais e contratos contribuem tanto para a reflexão quanto para a prática de quem atua ou tem relação com estes meios. Além disso, uma entrevista com a Procuradora-Geral de Joinville, Christiane Schramm Guisso, referência em competência e lisura, traz detalhes sobre sua liderança à frente da Procuradoria nos últimos quatro anos.

São destaques também a contribuição internacional oriunda da Itália sobre Direito Notarial e o texto do Procurador Estadual Weber de Oliveira, da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina.

Recomendo, ainda, a leitura de um texto sobre a experiência de Porto Alegre na conciliação e mediação no âmbito da Administração Pública como forma de redução da litigiosidade; além da importante contribuição do Professor Pedro Niebuhr, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), sobre desburocratização e simplificação da legislação urbanística como elemento indutor de sustentabilidade nas cidades.

Aproveito para agradecer aos colaboradores desta edição e desejar a você uma ótima leitura.

Adriano Bornschein Silva

Prefeito do Município de Joinville

EDITORIAL

Apresentamos a 2ª Edição da Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville.

Nesse ano a Revista contou a participação de autores internacionais trazendo perspectivas do Direito Italiano acerca de temáticas envolvendo o Direito Público, especialmente o Direito Processual Civil.

A Revista objetivou diversificar os debates críticos.

As publicações, agrupadas em diferentes seções, perpassaram temas de Licitações e Concessões, a Sustentabilidade e Normas Urbanísticas até a avaliação de disposições estatutárias próprias do Município de Joinville.

Também contamos com contribuições essenciais de outros amigos da Advocacia Pública, a exemplo da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, na pessoa do Prof. Dr. Weber Luiz de Oliveira, e da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, na pessoa da Dr^a. Patrícia Dornelles Schneider, Procuradora-Chefe do Setor de Conciliação e Mediação da PGM de Porto Alegre.

Nesse ano inovamos, mais uma vez. Trouxemos numa seção específica, inicialmente – previamente apresentada aos trabalhos técnicos e científicos – o sensível relato, em formato de entrevista, da simbiose Advocacia Pública e Privada, falas extraídas da entrevista realizada com a Procuradora-Geral do Município, Dra. Christiane Schramm Guisso, retrato de sua trajetória, não terminada e atualmente em vigoroso ritmo.

O Conselho Editorial, o Gabinete da Procuradoria-Geral e o Município de Joinville, como um todo, agradecem as contribuições apresentadas para a composição dessa 2ª Edição da Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville.

Esperamos que todos possam desfrutar dos textos abaixo e utilizá-los, de forma reflexiva, para a melhoria das práticas habituais e operacionais do Direito, assim como para conduzir, de forma propositiva, novos estudos sobre o Direito e a Administração Pública Municipal.

Relembramos que a Revista está disponível, de forma ampla, gratuita e irrestrita, no sítio eletrônico institucional da Procuradoria-Geral agora informado: <https://www.joinville.sc.gov.br/institucional/pgm/revista/>.

Desejamos uma ótima leitura a todos!

Felipe Cidral Sestrem

Editor-Chefe da Revista da Procuradoria-Geral
do Município de Joinville – RPGMJ

Franciano Beltramini

Editor-Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral
do Município de Joinville – RPGMJ

SUMÁRIO

PRIMEIRA SEÇÃO – CARTA AO LEITOR

O PERFIL DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL.....	17
Felipe Cidral Sestrem	

SEGUNDA SEÇÃO – ENTREVISTA

QUATRO ANOS NA ADVOCACIA PÚBLICA.....	33
Christiane Schramm Guisso	

TERCEIRA SEÇÃO – AUTORES CONVIDADOS

LA NUOVA “COMPETENZA” DEI NOTAI ITALIANI IN AFFARI DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE	49
Ferruccio Auletta	

A “NOVA COMPETÊNCIA” DOS NOTÁRIOS ITALIANOS EM ASSUNTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA.....	72
Ferruccio Auletta	

DOS BENS DOS AUSENTES.....	96
Guilherme Christen Möller	

PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA NORMATIVIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	109
Weber Luiz de Oliveira	

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	137
Patrícia Dornelles Schneider	

QUARTA SEÇÃO – ARTIGOS E COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

DESBUROCRATIZAÇÃO E SIMPLIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA COMO ELEMENTO INDUTOR DE SUSTENTABILIDADE..... 153

Pedro de Menezes Niehbur

Raquel lung Santos

Pedro Duarte Rodrigues Guimarães

INOVAÇÃO E CONFORMIDADE NA ERA DA PROTEÇÃO DE DADOS: O CASO DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE..... 171

Sahmara Liz Botemberger

A JUDICIALIZAÇÃO DOS CASOS DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE/SC..... 196

Thiago Felipe de Amorim

Samuel Rodolfo Santos Gouveia

AS NOVAS DIRETRIZES DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PARTIR DA LEI N. 14.230/21 219

Alessandra Skrypec

A APLICABILIDADE, ÀS CONCESSÕES, DO PRAZO MÁXIMO DE CONTRATOS TRAZIDO PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES..... 239

Eduardo Felipe Heinemann Gassenferth

POSSIBILIDADE DE FRACIONAMENTO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADOS PÚBLICOS QUANDO ATINGIR O TETO CONSTITUCIONAL 260

Rafael Schreiber

Thiago de Oliveira Vargas

TRIBUTAÇÃO DO TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS E IMPACTOS NO SETOR EMPRESARIAL BRASILEIRO 279

Grasiela Grosseli

Marília S. Bezerra

O NOVO CENÁRIO DAS APOSENTADORIAS EM IDADES CADA VEZ MAIS AVANÇADAS.....	296
---	------------

Cristiane Vansuita

NEGÓCIOS JURÍDICOS, FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E PERSPECTIVAS PARA OS PROCESSOS ESTRUTURAIS	312
--	------------

Leonardo Fortes Rocha Brizola

Vitória Fischer Borges

PRORROGAÇÃO DE ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS: POSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DOS QUANTITATIVOS REGISTRADOS	326
--	------------

Francieli Cristini Schultz

Paula Padilha Penteado Klein

A LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE E SEUS EMBATES JURÍDICOS NO MUNICÍPIO DE JOINVILLE	343
--	------------

Franciano Beltrami

RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS FUNCIONÁRIOS DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL EM CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	361
--	------------

Eduardo Teddy Carneiro Nóbrega

Héryta Ramos de Araújo

PRIMEIRA SEÇÃO

.....
Carta ao leitor

O PERFIL DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL

Felipe Cidral Sestrem¹

Resumo: O presente trabalho é proposto em formato de carta ao leitor, objetivando fomentar o debate e o olhar específico quanto à função exercida no âmbito da advocacia pública e ao seu perfil específico. Apresenta formato dedutivo, aliando pesquisa exploratória doutrinária com pesquisa empírica, a partir de dois relatórios diagnósticos do perfil da advocacia pública brasileira e da própria advocacia pública municipal. O trabalho é estruturado em três capítulos, apresentando-se ao final conclusão que sugere a realização de diagnósticos setoriais e locais, buscando aprofundar as conclusões parciais obtidas a partir dos estudos anteriores.

Abstract: This article is proposed in the form of a letter to the reader, aiming to foster debate and a specific perspective on the role played by public lawyers and their specific profile. It presents a deductive format, combining exploratory doctrinal research with empirical research, based on two diagnostic reports on the profile of Brazilian public lawyers and municipal public lawyers themselves. The work is structured in three chapters, with a conclusion that suggests the need for sectoral and local diagnoses, seeking to deepen the partial conclusions obtained from previous studies.

Palavras-chave: Advocacia pública municipal; Diagnósticos; Perfil; Estudos empírico; Propostas de melhoria.

¹ Mestre em Direito, Estado e Sociedade na Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador do Município de Joinville. Presidente da Comissão Estadual de Procuradores Municipais da Ordem dos Advogados, Seccional de Santa Catarina – OAB/SC. Membro da Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANMP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5562093009346927> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5244-2359>

Keywords: Municipal Attorney General's advocacy; Diagnostics; Profile; Empirical studies; Proposals for improvement.

Sumário: 1. Introdução; 2. Discussão: a diversidade do perfil; 3. Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A advocacia pública é um prisma na, ainda jovem, democracia brasileira. O advogado público é figura essencial na concretização desse caminhar. Guardião da juricidade, a advocacia pública exerce um papel complexo: ao tempo que limita, é limitada por estar internamente, do ponto de vista estrutural, administrativo e financeiro, vinculada ao Poder que busca controlar.

Muitas são as dificuldades do exercício da advocacia pública: a principal delas é a ausência de recursos orçamentários próprios, num quantitativo adequado para fazer frente aos novos desafios e à progressiva evolução dos trabalhos imposta por órgãos externos (i.e. Ministério Público, Poder Judiciário, Advocacia privada); também, por conta da velocidade da estrutura interna da própria Administração Pública a qual a advocacia pública é vinculada. A segunda das dificuldades é a organização interna dos serviços e, nesse aspecto, a forma pela qual as demais Secretarias enxergam e interagem com a Advocacia Pública. Aos advogados públicos exige-se altíssima resiliência, dedicação integral às atividades (até mesmo para manter a qualidade dos serviços) e altíssima capacidade comunicativa e emocional para enfrentar os desafios.

Os estudos existentes quanto à forma de exercício da advocacia pública e o perfil dos profissionais ainda são escassos.

A Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM – capitaneou, em 2018², um dos principais e mais relevantes estudos conduzidos no Brasil, como um todo, acerca da temática. Antes dela, o Ministério da Justiça, em 2011³, já havia realizado um estudo com foco em toda a advocacia pública, sem o enfoque, contudo, no ambiente apenas municipal.

² MENDONÇA, Clarice Corrêa de; VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal do Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. 102p.

³ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, 181p.

No presente artigo científico, em formato de carta ao leitor (e, como tal, não submetida à *double blind review*), traçamos uma breve incursão quanto aos estudos e quanto ao prognóstico existente para a advocacia pública municipal e ao seu perfil.

2. DICUSSÃO: A DIVERSIDADE DO PERFIL

Os primeiros dados de 2011 exarados pelo Ministério da Justiça, indicavam que em 84,3% dos Municípios existiam Procuradores Municipais, sendo a maior das áreas nas quais a atividade era exercida a de Pessoal e Administrativo.⁴ Do total dos entrevistados nesse estudo pioneiro do início da década passada, 59,1% eram pessoas do sexo masculino e, naquela época – há mais de 10 anos –, 25,4% (a maior faixa proporcional) eram pessoas entre 30 e 34 anos. Por outro lado, menos de 1% dos profissionais tinha mais que 60 anos. 75,3% eram casados e, ainda, 95,1% eram pessoas de orientação heterossexual. O extrato de cor ou raça era, ainda mais abissal: 79,9% dos entrevistados se identificaram como de cor branca, 15,7% de cor parda e, por último, 0,6% de cor negra. Majoritariamente o perfil da advocacia pública era de católicos (60,7%), seguidos por pessoas sem religião (14,5%).

No campo acadêmico, 39,1% possuíam apenas a graduação, seguidos por especialistas (pós-graduados *lato sensu*) em outros 35,6%. Apenas 1,9% dos entrevistados possuíam pós-doutorado (sete profissionais), 1,6% possuíam a titulação de doutor (seis profissionais) e 7,9% o título de mestre (vinte e nove profissionais).

Com relação à vinculação familiar, o maior percentual de profissão exercida por cônjuges dos Procuradores era de advogados (10,84%), seguidos de servidores públicos (6,34%). Quase metade dos entrevistados não possuía filhos (45,8%) e apenas 7,4% dos Procuradores possuíam três filhos. Quanto à origem, a maior faixa proporcional (29%) dos Procuradores advém de famílias com pais graduados e outros 23,1% de pais apenas com o ensino médio concluído. 62,4% dos profissionais são oriundos de instituições privadas e 68,9% não estavam desenvolvendo novos estudos intelectuais (v.g. capacitação, acadêmicos, técnicos).⁵

⁴ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 148-149.

⁵ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 149-156.

Quanto à variância da profissão e o estímulo em nela ficar, ainda no estudo de 2011, 87,9% dos entrevistados informaram que já realizaram outros concursos públicos, sendo que 25,2% já frequentou ou frequenta outra graduação (especificamente Administração, História, Contabilidade ou Letras). 43,1% dos Procuradores exercem a atividade de advocacia privada concomitantemente à advocacia pública.⁶ Dos entrevistados, 15,1% - maior extrato de variância - possui parentes na magistratura e outros 11,5% - segundo maior extrato - na própria advocacia pública. Além disso, 46,8% têm interesse em mudar de carreira, especialmente a partir da maior justificativa de não atratividade: 77,7% responderam que baixos salários (diante da altíssima responsabilidade e carga de trabalho) motivam a saída dos profissionais.⁷ Comparativamente a esse dado, 55,3% dos entrevistados entendiam que, de alguma forma, a advocacia pública contribui ativamente para a transformação da sociedade, considerando, ainda, a despeito da subjetividade do dado, excessiva a carga de trabalho (por 43,4%).⁸

Quanto ao acesso à profissão, a partir do estudo global de 2011, 66,3% (quase dois terços do substrato) dos Procuradores ingressaram antes do ano 2000, sendo 90,2% do total por meio de concurso público. 3,9% acessaram a advocacia pública por meio de transposição de outras carreiras, totalizando dezenove profissionais no número da amostragem.⁹

No tocante à jornada, em 39,1% das Procuradorias há cumprimento de jornada de 30 horas a 40 horas semanais. Apenas em 2,2% há exigência do cumprimento de mais de 40 horas semanais de modo formal.¹⁰

A autocrítica fica reservada à forma pela qual os próprios procuradores enxergam a profissão: 38,9% dos procuradores avaliaram positivamente a área de interesses coletivos e difusos, um dos principais desafios da Advocacia

⁶ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 157.

⁷ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 161-162.

⁸ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 168-169.

⁹ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 158-159.

¹⁰ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 163.

Pública.¹¹ Além disso, as piores avaliações quanto a estrutura ocorreram em três tópicos: espaço físico (25,6% de satisfação); servidores de apoio (25,2% de satisfação); e espaço para atendimento ao público (16,4% de satisfação).

Com relação à remuneração, 26,6% recebem remuneração inferior a R\$4.000,00 o que corresponderia, aplicando-se as correções monetárias, ao valor nominal de R\$9.100,00, aproximadamente. Por sua vez, 30,1% receberiam entre R\$4.000,00 a R\$8.000,00 (o que corresponderia ao teto atual de R\$18.200,00) e, o maior extrato da pesquisa, indica que os Procuradores majoritariamente percebiam entre R\$8.000,00 a R\$20.000,00 – 39,2% do extrato – o que, na data presente, seria equivalente ao montante de R\$45.350,00.¹² Em 2011, 3,3% dos entrevistados recebiam valor acima da última faixa, isso é, superiores a R\$20.000,00 ou, ainda, ao montante acima de R\$45.350,00, em valor atualizados para a data presente.¹³

Conclusões propositivas foram apresentadas, cujo excerto é abaixo transcrito para o contato direto do leitor quanto à manifestação empreendida no estudo de 2011, a partir da coleta de dados de 2009 e 2010.

No âmbito municipal, medidas como autonomia funcional, administrativa e orçamentária e legitimação para atuação em ações judiciais são aprovadas por mais de 80% dos respondentes. No entanto, medidas como controle externo da Procuradoria-Geral do município, ouvidor não integrante da carreira e participação da sociedade civil na definição de prioridades de atuação são aceitas por menos da metade dos respondentes. Estes resultados indicam que não há problemas institucionais significativos, mas também que há uma resistência importante para a implementação de mecanismos de controle externo. A resistência é frequente em carreiras que acabam adotando uma dinâmica corporativa, mas precisa ser enfrentada pelo poder público municipal, por meio de processos de

¹¹ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 164.

¹² Com a ressalva do posicionamento dos tribunais brasileiros quanto à inconstitucionalidade da redução percentual do valor de subsídios de procuradores, justamente em razão da inconstitucional da subtração de 9,75% do subsídio dos Desembargadores Estaduais. Nesse sentido, ver SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de. Apelação Cível n. 5016587-42.2023.8.24.0008. Quarta Câmara de Direito Público. Relatora Desembargador Vera Lucia Copetti. Data do Julgamento 22.11.2024.

¹³ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 158-159.

convencimento e implementação efetiva de mecanismos de controle, especialmente as ouvidorias. Há que se fomentar também maior participação dos Procuradores Municipais nos meios alternativos de resolução de conflitos, como forma de minorar as dificuldades levantadas na utilização do Poder Judiciário [...] Da mesma forma, no tocante à elaboração de teses institucionais para a qualificação da intervenção das procuradorias municipais, o estabelecimento de mecanismos de intercâmbio entre os municípios, especialmente em nível regional, poderia contribuir para suprir esta deficiência estrutural e viabilizar a constituição de bancos de dados neste âmbito. Por fim, constatou-se que em todos os municípios relatados a instituição não conta com ouvidor, denotando a falta de preocupação com um mecanismo importante para a qualificação da relação das Procuradorias com a sociedade. No mesmo sentido, em somente um município ocorrem campanhas periódicas de divulgação dos serviços da Procuradoria-Geral para a população, e em quatro municípios a PGM possui algum mecanismo institucionalizado que permita a algum cidadão manifestar-se ou esclarecer dúvidas sobre a atuação da Instituição ou de um de seus integrantes. Há, portanto um espaço importante para qualificar a relação das Procuradorias Municipais com os cidadãos. Uma vez que isto ocorra, também seria importante o desenvolvimento de ações, programas ou projetos que proponham formas alternativas de resolução de conflitos, evitando o encaminhamento judicial da demanda, quando for o caso. Em somente dois municípios estes mecanismos foram identificados.¹⁴

Há, sem sobra de dúvidas, outros dados relevantíssimos no estudo de 2011 do Ministério da Justiça. Todavia, há pouquíssimas constatações empíricas, nos estudos desenvolvidos, quanto ao papel de autocontenção e controle interno que deve ser exercido pela Advocacia Pública. Apesar dos esforços doutrinários, percebe-se pouca atuação estruturada nessa forma de prestação dos serviços, à exceção das atuações exigidas por força de lei federal, a exemplo das licitações.¹⁵

¹⁴ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 178; 180.

¹⁵ Sobre o papel de prevenção e autocontenção da advocacia pública, ver TONETTO, Fernanda Figueira; GUERRA, Sidney. A Advocacia de Estado e o controle da Advocacia Pública. **Revista Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas**. Santo Ângelo, v. 20, n. 37, p. 67-83. Maio/Ago 2020.

Nos estudos de 2018, publicados por meio da Revista Fórum em parceria com a Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM –, o enfoque foi dado à esfera municipal, especialmente quanto ao papel que o ente municipal e, portanto, seu representante judicial e extrajudicial possui. Há uma intrínseca relação de melhoria entre os Índices de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) e indicadores de qualidade de gestão pública (IGM-CFA) com a presença de estruturas permanente de Procuradores Municipais concursados.¹⁶

Apesar desse relevante dado, os estudos conduzidos em 2018 identificaram uma realidade diferente para a esfera municipal que conta com 34,4% de municípios nos quais há procuradores municipais efetivos concursados e, dentre os Municípios de grande porte, em 66,7%.¹⁷ Esse é o mote da luta pela PEC n. 17/2012 que, passados mais de treze anos, ainda não vê um desfecho.

A metodologia, formatada em pesquisa qualitativa *survey*, em 2018, foi pautada em quatro vetores: levantamento de dados atualizados focados na esfera municipal; aprofundamento de questões na temática municipal; embasamento de iniciativas de fortalecimento de procuradorias municipais; justificação e legitimação de melhores condições de trabalho para os procuradores municipais. A amostra foi de 5.569 municípios divididos em três categorias (em Procuradorias com procuradores concursados; em Procuradorias sem procuradores concursados; conjunto de municípios a partir da aplicação dos questionários (com resposta em 831), somada com coleta aleatória em 360 casos. O nível de confiança atingido foi de 95%, estratificados em todo o território nacional e divididos por porte: pequeno (até 20 mil habitantes); pequeno porte II (entre 20 mil e 50 mil habitantes); médio (entre 50 mil e 100 mil habitantes); grande porte (entre 100 mil e 900 mil habitantes) e metrópoles (acima de 900 mil habitantes). Os questionários seguiram a métrica do Censo IBGE, ofertados em ambiente online, impresso e/ou por telefone, coletados ao longo de nove meses. A maior dificuldade

¹⁶ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 13-14; 32. Os dados indicam que há um caso de 20% de pontos para aqueles municípios que apresentam procuradores municipais concursados com IDHMs em alto nível.

¹⁷ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 19.

foi em obter resposta dos municípios que não possuíam procuradores concursados, dada a crítica existente ao papel que deveria ser desenvolvido por parte da instituição promotora – ANPM.

Os quantitativos mais expressivos de procuradores concursados estão nos municípios de grande porte (57,9%) e nas metrópoles (com 93,8%).¹⁸ Paradoxalmente, na maioria dos casos (63,7% para municípios sem procuradores concursados; 50,8% para municípios com procuradores concursados) não há Procuradoria instituída ou organizada por lei, sendo que apenas 3,1% dos casos indicaram Procuradorias instituídas antes do período constitucional de 1988 e, ainda, 45,7% estruturadas há menos de 10 (dez) anos, a partir de 2010¹⁹, demonstrando que a atuação e o aperfeiçoamento da atividade é (ainda) recentíssimo. Das Procuradorias com procuradores efetivos, menos de 1/3 (24,9%) possuem lei orgânica, reforçando o argumento de que o processo de fortalecimento ainda é crescente e novo, devendo ser incentivado.²⁰

A quantidade média de procuradores concursados (média geral) é de 8 profissionais por Municípios. Nas metrópoles, a quantidade média segmentada é de 49 profissionais; nos Municípios de grande porte (entre 100 mil e 900 mil habitantes) é de 15 profissionais, nos Municípios de médio porte a média é de 5 procuradores; nos de pequeno porte 2 é de 3; e nos de pequeno porte 1 a média é de 2 procuradores. A região com menor quantitativo de profissionais, na média, é a Sul, que apresenta cerca de 50% do quantitativo médio total da região Norte e Sudeste (respectivamente, em primeiro e segundo lugar na métrica). Provavelmente pelo baixo quantitativo de profissionais por cada órgão há baixa adesão ao associativismo. Apenas em 31,5% dos Municípios há associação local de procuradores municipais.²¹

¹⁸ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 30.

¹⁹ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 35.

²⁰ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 36.

²¹ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 74-78; 81.

Em 43% dos casos a Procuradoria está constitucionalizada nas leis orgânicas, sendo o maior excerto de órgãos que são equiparados a Secretarias Municipais (53,8%). Apesar disso, em 65,7% dos casos há concorrência de profissionais de carreira dividindo atribuições com profissionais não concursados no desempenho da atividade de advocacia pública, cuja incidência é inversamente decrescente em razão do porte, com maior predominância em Municípios de pequeno porte (menos de 20 mil habitantes), isso é, 71,3% da amostra de 429 questionários respondidos com essa temática.

Na ausência de procuradores efetivos, em 39,4% dos casos as atividades são exercidas por escritórios de advocacia contratados por regime de licitação ou, ainda, por inexistência²², o que ocorre em apenas 19,8% dos municípios com procuradores municipais concursados (reforçando se tratar de um fenômeno anômalo e preocupante).²³ Obviamente esse reflexo é experimentado na figura do Procurador-Geral que, em apenas 10,7% dos casos é exigido que integre a carreira de procurador municipal (aproximadamente 35 municípios da amostra).²⁴

Ao contrário do verificado na amostra nacional de 2011, os dados coletados pela ANPM em 2018 indicaram que majoritariamente a advocacia pública municipal é exercida em regime parcial, com 20 (vinte) horas semanais ou menos de dedicação (representando 44,4% dos casos).²⁵ Todavia, na estratificação por porte de Municípios, pôde-se verificar que a maior incidência de jornadas completas de 40 horas ou mais foi verificada em Municípios de Grande Porte (entre 100 mil e 900 mil habitantes), isso é, 38,7% dos respondentes indicando jornadas nesse sentido, seguidas de 40,1% entre 30 e 39 horas. Contraditoriamente, em Metrópoles há maior

²² MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 41-42.

²³ Nesse sentido, o Tribunal de Contas Catarinense possui recente posicionamento no sentido de reforçar a estruturação formal de Procuradorias Jurídicas no âmbito dos Municípios e desestimular a contratação de escritórios de advocacia. A decisão pode ser acessada na **Consulta @CON 22/00261068**, decisão de 30.09.2024.

²⁴ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 50.

²⁵ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 47-48.

incidência de escala parcial, crescendo de 21,2% para 33,3% daqueles que prestam entre 20 e 29 horas de trabalho e reduzindo de 38,7% para 20,0% para aqueles que prestem entre 40 horas ou mais.²⁶

Essa pluralidade de modelos é refletida diretamente no caráter majoritário da ausência de estruturação de planos de cargos, carreira e salários (PCCS). Em 61,1% dos casos não há os referidos planos, havendo apenas previsão do recebimento de vencimentos, com progressões no tempo.

Curiosamente, a maior média remuneratória é do Norte do país, com R\$6.244,96, dados de 2018, sendo a menor do Sudeste, com R\$4.174,74, seguida do Sul, com R\$4.779,71. A maior faixa de remuneração está entre 10 a 15 salários mínimos, representando 35,2% do cenário nacional, sendo que, à época, apenas 3% da amostra indicava auferir mais de 20 salários mínimos, isso é, remuneração superior a R\$17.600,00. Os dados destoam de forma significativa dos achados do estudo de 2011 do Ministério da Justiça, indicando uma maior precariedade da questão remuneratória dos procuradores municipais. Também de forma contraditória, os dados da ANPM demonstraram que a remuneração dos procuradores municipais efetivos tende a ser aproximadamente 10% (dez por cento) menor do que daqueles que exercem as atividades sem concurso.²⁷

Os dados também demonstraram uma fragilização das remunerações totais dos procuradores, que possuem diferenças remuneratórias entre a classe de acesso e a última entre 46,1% para metrópoles até 70,9% para municípios de médio porte, muito decorrente da instituição de adicionais de substituição, assunção de cargos e funções, existentes em 36,1% e correspondendo, na média, ao valor percentual de 38% da remuneração total do procurador. Em 10,5% dos casos há presença de adicionais de produtividade em valores médios de R\$4.862,69 da época, o que corresponderia atualmente ao montante de R\$7.166,29.²⁸

²⁶ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 48-49.

²⁷ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 55-56.

²⁸ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 58-59. Aos valores foram aplicados os índices de INPC e a tabela do TJSC.

Em 46,4% dos casos há adicional salarial, de pós-graduação ou titulação, sendo que apenas em 9,1% há custeio parcial ou total dos cursos de pós-graduação, mestrado, doutorado ou formação complementar²⁹, na grande parte ofertado para efetivos. Em 5% dos Municípios há presença de doutores, em 33,7% de mestres e, em 86,4% especialistas.

Um dos dados mais sensíveis da pesquisa, apresentado no item 2.5., identificou que em 46,6% dos Municípios não há distribuição de honorários de sucumbência a procuradores, malgrado o Código de Processo Civil estivesse vigente e autoaplicável à época da realização da pesquisa, sequenciados por 82,3% dos Municípios sem fundo de recursos instituído³⁰, cuja composição de valores é variada, sendo majoritariamente (em 63,2% dos casos) composta de parte dos honorários sucumbenciais.

Quanto à estrutura, majoritariamente as procuradorias são estruturadas em Gabinetes Coletivos (58,5% dos casos da amostra de concursados); com um computador para cada procurador (em 87,1% dos casos) e com 100% dos casos com internet disponível para acesso.³¹

O fechamento do estudo indicou a necessidade de se aprofundar as pesquisas e utilizá-las como fator de asseguarção da melhoria da qualidade da gestão pública e, conseqüentemente, do direito aos serviços de qualidade à população. Os dados de 2018 não são conclusivos e sugeriram, a partir de sua explanação, um maior aprofundamento, especialmente com enfoque na realidade local, potencialmente por meio de estudos estaduais a serem capilarizados por associações ou por instituições com abrangência nos territórios correspondentes.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo propôs-se a apresentar essa diferente forma de se compreender a advocacia pública a partir do perfil dos seus próprios profissionais,

²⁹ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 60-62.

³⁰ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 63-66.

³¹ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 68-72.

provocando-se o leitor a refletir sobre o papel exercido nesta e por meio desta função essencial à justiça.

Mais do que fiscais, mais do que controladores: as instituições de advocacia pública detêm um papel de coerência estatal sistêmica³². Elas devem dar sentido às instituições para as quais pertencem e são integrantes, sem perder o foco na autocrítica e na própria autocontenção que devem exercer. Procuradores não são políticos: tampouco são gestores públicos. Nada obstante, podem e devem exercer funções na conjuntura de políticas públicas, especialmente na qualidade de *policy brokers*³³. Nessa qualidade, contudo, devem ser vistos a partir de seus lugares de fala e de mundo; devem ser compreendidos a partir das condicionantes que podem lhe imputar vieses cognitivos.

As conclusões são parciais e levam, sugestivamente, à necessidade de se elaborar estudos diagnósticos locais, que contemplem as diferenças locais e regionais, especialmente em razão da gigantesca profusão quantitativa de instituições que exercem a advocacia pública municipal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, 181p.

MENDONÇA, Clarice Corrêa de; VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal do Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, Herkenhoff & Prates, 2018. 102p.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da Advocacia Pública no Dever de Coerência na Administração Pública. **Revista de Estudos Institucionais**. v. 5, n. 2, p. 382-400, Maio./Agosto 2019.

SANTA CATARINA, Tribunal de Contas do Estado de. **@CON22/00261068**, da Federação Catarinense de Municípios. Rel. Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall. Decisão de 30.09.2024.

³² Segundo a doutrina especializada, o dever de coerência estatal advém da densificação de quatro princípios constitucionais: igualdade, segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, eficiência (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da Advocacia Pública no Dever de Coerência na Administração Pública. **Revista de Estudos Institucionais**. v. 5, n. 2, p. 382-400, Maio./Agosto 2019, p. 391-392).

³³ SESTREM, Felipe Cidral. A Advocacia de Estado na Deliberação Democrática: *advocacy* no controle de Políticas Públicas. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina**. v. 14, n. 1. Florianópolis: PGE/SC, 2024. pp. 11-31.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de. **Apelação Cível n. 5016587-42.2023.8.24.0008**. Quarta Câmara de Direito Público. Relatora Desembargador Vera Lucia Copetti. Data do Julgamento 22.11.2024.

SESTREM, Felipe Cidral. A Advocacia de Estado na Deliberação Democrática: *advocacy* no controle de Políticas Públicas. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina**. v. 14, n. 1. Florianópolis: PGE/SC, 2024. pp. 11-31.

TONETTO, Fernanda Figueira; GUERRA, Sidney. A Advocacia de Estado e o controle da Advocacia Pública. **Revista Direito e Justiça**: reflexões sociojurídicas. Santo Ângelo, v. 20, n. 37, p. 67-83. Maio/Agosto 2020.

Submetida em 07.12.2024.

Publicada em 20.05.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

SEGUNDA SEÇÃO

.....
Entrevista

QUATRO ANOS NA ADVOCACIA PÚBLICA

Christiane Schramm Guisso³⁴

Qual é a importância de um gestor para uma instituição pública? Qual é o legado que a maior instância de decisão de um órgão público pode deixar? Que contribuições a interação entre a advocacia privada e a advocacia pública pode deixar? Essas são questões dificilmente debatidas no âmbito acadêmico, justamente em razão da grande marca do pragmatismo atrelada ao dever de resposta aos questionamentos. É por meio da técnica de entrevista de uma profissional que vivenciou esses desafios que se pretende, de um ponto de vista contributivo, apresentar as percepções dessas problemáticas nessa seção.

A entrevista seguinte foi conduzida no âmbito da Procuradoria-Geral do Município, com o auxílio dos Procuradores-Executivos Janaína Elisa Heidorn e Felipe Cidral Sestrem (especialmente quanto à revisão dos questionamentos e da forma de condução), a partir de questionário aplicado à gestora da Pasta, Dra. Christiane Schramm Guisso, que respondeu às doze perguntas sequenciais abaixo indicadas. A entrevista foi realizada em Fevereiro de 2025, no próprio órgão público municipal, a partir das perspectivas obtidas ao longo dos últimos quatro anos à frente da maior Procuradoria-Geral do Município, no Estado de Santa Catarina. Foi realizada inquirição oral, por meio de entrevista pessoal, com tomada de nota dos Procuradores-Executivos e, posteriormente, traduzida em texto corrido, submetido à validação da entrevistada, trabalho que consta nas páginas seguintes.

Apresentamos, esquematicamente, os resultados da sessão.

³⁴ Procuradora-Geral do Município de Joinville. Advogada MBA em Internacionalização de Empresas (UNIVALI) e Pós-Graduada em Processo Civil. Especialista em Direito Empresarial e Societário. Ex-Presidente da AJORPEME. Ex-Conselheira Estadual da OAB/SC. Conselheira Fiscal do SICREDI. Membro do Conselho Superior da AJORPEME. Ex-Conselheira do Comitê Gestor do PRODEC. E-mail: christiane.guisso@joinville.sc.gov.br

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 1. Como joinvilense e advogada empresarial qual era sua expectativa inicial antes de assumir as atividades como Procuradora-Geral na PGM de Joinville?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Atuando na advocacia empresarial há mais de trinta anos com ênfase no segmento das indústrias farmacêuticas por dez anos, tinha a percepção de que a Administração Pública necessitava de inovação, da incremental a radical, ou seja, sob todos os aspectos, de mudanças internas de gestão passando por alterações legislativas com o propósito de desburocratizar e de dar agilidade às demandas da classe empresarial e da população em geral. Sabemos que a atuação formal e burocrática – por vezes, excessivamente tradicional – acaba se tornando distante das necessidades da coletividade. E, nesse cenário, tenho a oportunidade de participar do governo municipal após um processo seletivo que me permitiu assumir o cargo de Procuradora-Geral do Município de Joinville.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 2. Após assumir a Procuradoria-Geral do Município de Joinville o que mais lhe surpreendeu?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Ao assumir a função de Procuradora-Geral em meio a pandemia do COVID-19 que, no ano de 2021 atingiu o seu pico letal, o que mais me surpreendeu foi o volume, a complexidade e a heterogeneidade das demandas municipais. Essa primeira impressão cumulada com a ausência de uma estrutura, especialmente tecnológica, compatível para dar vazão às atividades cotidianas na defesa do erário e do interesse público me causou extrema preocupação. A falta de um sistema de software de gestão da Procuradoria-Geral para, minimamente, gerir mais de, à época, 105 (cento e cinco) mil processos judiciais foi a maior surpresa para quem estava acostumada com relatórios gerenciais de demandas, *bussiness intelligence* - BI, *dashboards* ou outras ferramentas de gerenciamento de informações para análise e auxílio na tomada de decisão estratégica. O questionamento que fiz à equipe ainda me vem à mente quando cheguei na PGM: onde estão os relatórios do BI? Indagação que ecoou pela sala sem resposta. Hoje, entendo perfeitamente que a realidade da gestão pública é totalmente diferente da iniciativa privada.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 3. Quais foram os principais desafios enfrentados à frente da advocacia pública municipal de Joinville nos últimos 4 (quatro) anos?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Com o objetivo de mudar esse cenário, um dos maiores desafios foi reestruturar a Procuradoria com a necessidade de aumentar o número de servidores para dar o necessário suporte aos Procuradores, realidade essa que foi sentida especialmente com a alteração das demandas do executivo fiscal, transferido para uma Vara Regional Especializada na Capital do Estado e estruturada com recursos tecnológicos abarcando inclusive a Inteligência Artificial para dar agilidade na tramitação do executivo fiscal. Para exemplificar a realidade da época, somente em um dia recebemos em torno de 1.850 (um mil oitocentos e cinquenta) intimações para o devido cumprimento. Naquele cenário, foi necessário pedir o imprescindível apoio dos Secretários Municipais que transferiram cargos de gerência e de coordenação, com autorização da legislação municipal, viabilizando já no início do mandato uma importante inovação no órgão de advocacia pública municipal: a criação dos núcleos temáticos e a possibilidade de os Procuradores do Município optarem formalmente por sua área de afinidade alterando sua atuação com perfil generalista para especialista. Essa reestruturação criou um ambiente de maior estímulo para o aperfeiçoamento dos Procuradores e para os demais servidores da Procuradoria. A dedicação da grande maioria dos servidores para dar vazão ao volume diário de intimações foi essencial, sem o engajamento de todos não teríamos vencido o grande desafio. Somente no ano de 2021 recebemos aproximadamente 46.700 (quarenta e seis mil e setecentas) intimações e citações, somadas. Peço a gentileza de, na tradução dessa entrevista, anexarem esse material que lhes apresento. Trata-se do organograma da Procuradoria-Geral, atualmente composta por seis núcleos de atuação temática, instituídos por Decreto Municipal e previsto na Instrução Normativa n. 01/2022/PGM-Joinville, sem prejuízo de um núcleo de atuação residual em demandas relacionadas à execução fiscal (esse submetido em demandas nativas de pronto impulsionamento – PGM.EXF – e outro cujas demandas exigem uma avaliação técnico-jurídica, ainda que de média ou baixa complexidade – PGM.EXB), sem esquecermos de um núcleo de atuação residual gerido por parte das Procuradorias-Executivas, diretamente.

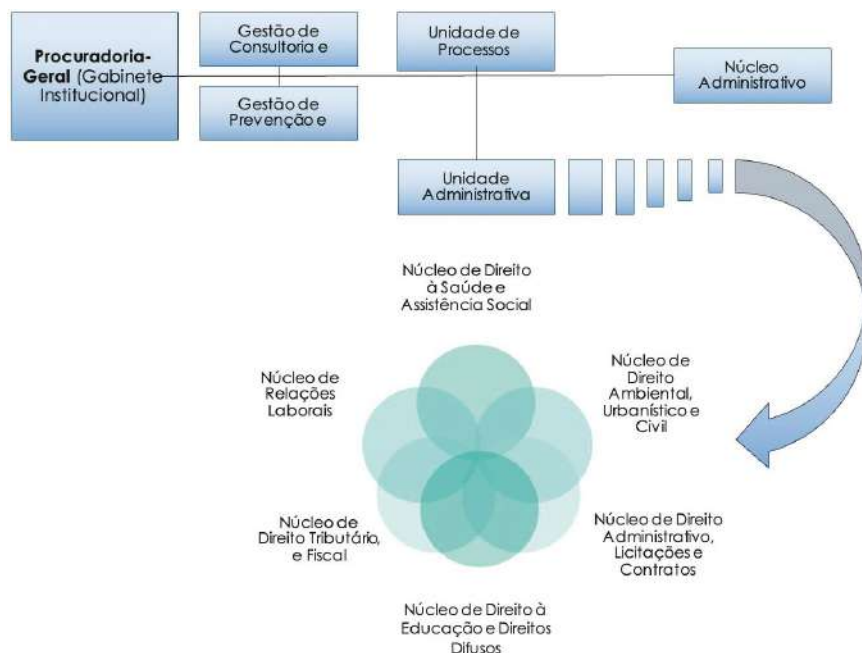


Imagem 1 – Organização Esquemática apresentada em entrevista da PG Joinville

Ainda hoje nosso time é diminuto para todas as demandas da PGM e uma nova reestruturação já está planejada para uma atuação ainda mais estratégica e próxima dos gestores públicos. Como dito, a ausência de um sistema de gestão de processos foi um grande desafio, além da falta de um sistema de controle para as tarefas mais rotineiras como gerenciar o quantitativo, recepcionar as publicações de forma automática, realizar consultas on-line e outras funcionalidades. Precisávamos urgentemente de uma ferramenta para auxiliar no volume das intimações, especialmente, nas atividades mais simples da Procuradoria. E, por fim, ciente da necessidade de um alinhamento interno, elaboramos o primeiro Planejamento Estratégico da PGM formalmente editado para o órgão jurídico (sem prejuízos de outras iniciativas anteriores não documentadas) para levantar todas as necessidades internas e externas, ameaças e oportunidades, as expectativas dos servidores, nossa missão, visão e valores, oportunizando a participação de todos os servidores para uma construção democrática e inspiradora, além da efetiva participação dos nossos *stakeholders* (Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, Câmara de Vereadores, secretários municipais, dentre outros). O Planejamento Estratégico foi crucial para dar o direcionamento

às ações do órgão jurídico, identificando prioridades, elaborando planos de ação e monitorando, enfim, focando em gestão e não apenas na solução direta e imediata das necessidades do Município, caso a caso.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 4. Quais conquistas foram mais marcantes nos últimos 4 (quatro) anos à frente da PGM de Joinville?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: A realidade jurídica é digital. A aquisição do software jurídico foi sem sombra de dúvida a conquista que se tornou o grande divisor de águas na gestão interna da Procuradoria. A equipe se dedicou de forma extraordinária para a aquisição desta ferramenta, queríamos uma solução tecnológica atualizada e que abarcasse a utilização de inteligência artificial, especialmente nas atividades de rotina – distribuição de processos, catálogo, etc. O processo de aquisição e implantação levou cerca de três anos entre elaboração do termo de referência – TR, consulta ao mercado, modelagem, lançamento e finalização do processo licitatório, prova de conceito - PoC, passando por implantação, estabilização e ajustes do sistema que atualmente gerencia mais de cento e sessenta mil processos internos, nesses incluindo o contencioso, o administrativo e de consultoria. Outra conquista significativa, cujo desafio assumimos no início do mandato, foi a judicialização de uma grande obra de infraestrutura de drenagem na área central da nossa cidade, obra essa que foi abandonada pelas empresas responsáveis causando inúmeros prejuízos aos moradores, comerciantes, proprietários, enfim, a toda comunidade. A ação judicial foi proposta pelo Ministério Público que questionava a sua viabilidade e a correta execução por inúmeros percalços vividos no seu andamento. A missão dada pelo prefeito Adriano Silva foi a de buscar medidas judiciais para restabelecer a mobilidade da região central afetada sem comprometer a regularidade processual para a resolução judicial. Para viabilizar a solução almejada a PGM realizou diversas tratativas com todos os órgãos de controle e jurisdicionais e contou com a efetiva participação de muitas Secretarias Municipais, especialmente, a de Infraestrutura, Administração e Planejamento e Secretaria de Governo para viabilizar a revitalização da área central da cidade de Joinville.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 5. Para além dessas duas conquistas, quais outros desafios exitosos que foram identificados na PGM de Joinville no período de 2021 a 2024?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Fora esses desafios iniciais (tecnológico e urbanístico – de mobilidade), outro que entendo um

dos mais complexos está relacionado com a temática da educação. A educação na cidade de Joinville é conhecida e reconhecida por sua qualidade. Essa política de excelência traz ônus e bônus para os gestores da municipalidade. Nesse contexto, o grande conflito jurídico identificado na PGM nessa temática são as ações para concessão de vaga em creche – a despeito de uma tratativa coletiva em prática, com cronograma estabelecido. Nessa linha, relembro que tínhamos em trâmite, quando do início dessa gestão, uma ação coletiva com esse debate, na qual o Ministério Público estadual solicitava providências ao município no sentido de viabilizar mais de dez mil vagas e a correção desse problema estrutural. Prontamente, sob a liderança do nosso Prefeito e da Vice-Prefeita, ambos apaixonados pela causa e com a competência do gestor da educação, iniciamos tratativas para a elaboração de um termo de ajustamento de conduta ante a avaliação de risco quanto à potencialidade de reversão de uma decisão proferida em segundo grau, reversão essa que poderia ocorrer nas instâncias superiores dada a possibilidade de simplificação da causa. Era preciso solver o caso sob o aspecto das necessidades concretas de Joinville/SC. Por isso, sugeriu-se em um acordo extrajudicial a construção de quinze novos centros de educação infantil, inaugurando uma obrigação contínua de expansão da rede, que não vinha sendo adotada há muito tempo na nossa cidade. A credibilidade do governo permitiu um avanço nas tratativas com os órgãos de controle ultimando a pactuação de cláusulas menos onerosas ao ente municipal e aos gestores, fato esse que muitas vezes afasta grandes temas da autocomposição tão importante para a resolução de conflitos e da efetiva entrega de políticas públicas à coletividade. Essas são frases que não canso de falar: nossa missão é solucionar e não postergar; todos os envolvidos têm o mesmo objetivo, qual seja, o bem da cidade, mãos à obra: vamos resolver o problema, só a educação transforma! Com essa visão de futuro, buscando resolver estruturalmente a questão, cujo ponto central é a ampliação da estrutura da rede, sem prejuízo do aumento de outras estratégias concomitantes, a exemplo da compra das vagas, atualmente está sendo construído o sexto CEI, atendendo-se o cronograma. Um grande feito para os joinvilenses. Ainda no campo da atuação, com toda certeza a mais marcante vitória e, por conseguinte, um dos desafios mais intrincados de serem resolvidos, foi o acordo judicial entabulado com o TRF da 4ª Região e com o Ministério Público Federal que envolveu a regularização fundiária da comunidade do Vigorelli: ele partiu de uma avaliação de risco, por meio de relatório, sugerida pelo Prefeito e elaborada por parte da Procuradoria-Executiva de

Processos sob a minha orientação, que resgatou um processo que estava parado e deu o impulso decisivo para outras tantas pessoas e instituições pudessem dialogar e chegar a um consenso em benefício da comunidade tradicional que habita a região. O processo judicial tramitava há 26 (vinte e seis) anos. Esse vilarejo era desprovido de energia elétrica, saneamento, ou seja, carente de tudo. Foram muitas reuniões para viabilizar as tratativas de acordo mediante uma conciliação judicial junto ao SISTCON para solucionar essa histórica demanda judicial. Por fim, o interesse proativo de solução marcou os trabalhos relacionados à composição do acordo. Os atores processuais queriam de fato solver o processo coletivo, queriam colocar fim à marcha processual, olhando para a comunidade e para os interesses em jogo (sociais, ambientais, urbanísticos e de potencial turístico). Assim, restou firmada entre a municipalidade e o Ministério Público Federal, cerca de 26 (vinte e seis) anos após o início da ação judicial, o acordo que permitiu a regularização fundiária do local e a garantia do direito fundamental das pessoas que há habitavam. Para além da fruição de direitos constitucionais, o acordo fez pensar o benefício à sociedade e à cidade, como instituição. A composição viabilizou aquilo que buscamos todos os dias ao exercer a função como Procuradora-Geral: o nosso propósito de servir a comunidade!

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 6. Existem diferenças na atuação da advocacia pública comparativamente à advocacia privada?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Muitas! A advocacia pública requer uma atuação ainda mais estratégica, dialógica e ágil. Sem desmerecer a atuação na iniciativa privada – na qual sempre atuei com muita devoção e respeito – o universo é diferente na medida em que na iniciativa privada o ambiente é mais favorável para inovações e soluções criativas. No ambiente da Administração Pública a falta de instrumentos aptos para a resolução de conflitos e para resolver casos fora do Judiciário é uma realidade. Há um temor da consensualidade: via de regra, os profissionais não querem dialogar ativamente para chegar a uma solução, dentro dos limites que cada órgão tem. Aliás esse é o principal ponto: estabelecermos as balizas nas quais os acordos poderiam ser entabulados, um desafio que ainda temos pela frente. Além de um ambiente que pouco ou quase nada propicie de modo prioritário e preventivo a soluções de controvérsias, o excesso de formalismo e de burocracia contribuem para o elevado acervo de demandas judiciais entre o município e particulares. Até então era certo afirmar que, na dúvida, o caminho é o da judicialização para buscar na sua chancela a

necessária segurança jurídica aos gestores públicos. É isso que queremos mudar: e estamos fazendo, sobretudo sob o ponto de vista cultural nesse primeiro ciclo, entre 2021 e 2024.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 7. Na sua opinião qual é o principal papel da advocacia pública, na ótica municipal?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: O papel precípua da advocacia pública é a defesa e a promoção dos interesses públicos. Para além da importante e indispensável atuação na seara do contencioso – que atualmente vemos como área de processos, afastando-nos dessa dicotomia consultoria *versus* contencioso, porque a divisão não deve ocorrer hermeticamente – a ela, digo à Advocacia Pública, incumbe a realização dessa complexa atividade de consultoria e de assessoria jurídica dos órgãos da Administração Pública direta e indireta. Não sonego, nesse ponto, o inegável papel da advocacia pública para além do Executivo direto, devendo olhar para toda a estrutura do Poder Público Municipal, inclusive nas estatais, empresas públicas, etc. Sob essa ótima mais ampla da Administração Municipal, além das tarefas de representação judicial e extrajudicial, da consultoria jurídica e da cobrança de créditos da municipalidade, sua função tem como missão a de oferecer aos administrados serviços de qualidade, com economicidade e de forma célere, pois, comumente, o administrado se socorre no Município para atender todas as suas necessidades e, portanto, faz-se imprescindível avançar na modelagem da autocomposição e da consensualidade como instrumentos de eficiência e de legitimidade. A advocacia pública possui, por ser atividade relevante e diferencial, um maior dever para com a sociedade. É certo que a Administração Pública está sujeita a um regime específico. Todavia, no exercício do seu dever poder de autotutela deve reconhecer administrativamente direitos sem a necessidade de se recorrer ao judiciário: deve realizar (prática e juridicamente), ou seja, deve efetivamente solucionar. E aqui o papel do Procurador, na minha opinião, é fundamental para viabilizar o reconhecimento consensual de um direito – caso legítimo – de modo a aplicar de forma eficaz os princípios do Direito Público e, especialmente, do Direito Administrativo, tais como o da legalidade, economicidade, moralidade, razoabilidade e da eficiência (aqueles do art. 37 da Constituição Federal). Não poderíamos deixar de destacar que a atuação da Advocacia Pública contemporânea se torna protagonista da arena pública ao adotar solução de litígios por novas perspectivas sobre

novos e antigos instrumentos operacionais. Podemos citar um caso que temos trabalhado ao longo de 2023 e 2024. Realizamos na prática a comunidade de comunicação (o *town meeting*, na sugestão do Professor e Desembargador Federal Edilson Vitorelli. Temos também nos preocupado com processos internos de *legitimação adequada* em ações coletivas e, também, em ações de inconstitucionalidade no âmbito estadual. Estimulamos, inclusive, que instituições adotem de forma efetiva a figura do *amicus curiae* a fim de qualificar o debate público, iniciativa capitaneada pela Procuradoria-Geral. Não sonhamos o dever de a Advocacia Pública atuar em processos estruturais, o que exige, ao menos, a criação de espaços de debate, diálogo e capacitação interna sobre esse novo modelo de processo. Esses todos são vetores de construção dialógica de decisões. E o Procurador deve obrigatoriamente estar lá: construindo pontes, essas de argumentos e formas de pensar, todas direcionadas para a solução dos conflitos. Cito, sem truísmos, o artigo elaborado por nosso Procurador-Executivo Felipe Cidral Sestrem na “Revista da Procuradoria-Geral do Estado” em 2023, que abordou cientificamente essa mudança de pensar da Advocacia Pública que estamos experimentando em Joinville. Nele, sugere-se a Advocacia Pública como atora do processo de construção de políticas públicas, algo que ainda temos que conquistar internamente, mas que efusivamente, dentro das limitações administrativas e estruturas, tenho estimulado. Entendo que adoção dessas novas formas de atuação da Advocacia Pública melhorará o ambiente municipal e a cidade em si. Ao final, e não menos importante, penso que a advocacia pública proativa e contemporânea desempenha papel fundamental na segurança jurídica e no necessário apoio aos gestores públicos com a elaboração de pareceres referenciais e normativos, orientações técnicas e súmulas administrativas contendo diretrizes claras sobre interpretações e aplicações de normas jurídicas, além de viabilizar a uniformização de procedimentos, fonte de orientação, redução e mitigação de litígios, fortalecimento e o aprimoramento da governança pública, forma de capacitação contínua, serve de apoio na criação de políticas públicas. É preciso um olhar macro; mas também um “olho-no-olho”; humanizar a atuação para que se possam entender para onde caminhar e como a Advocacia Pública pode contribuir, conjugando os deveres públicos. Enfim, é isso que entendo como um “novo” papel da Advocacia Pública municipal muito voltada para a segurança jurídica tornando o ambiente mais previsível, eficiente, dinâmico e colaborativo.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 8. Como você vê a autonomia da advocacia pública municipal no atual cenário brasileiro e na conjuntura joinvilense?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Com relação à autonomia da advocacia pública no cenário brasileiro penso que o tema tem sido alvo de muitos debates, especialmente, no contexto das recentes transformações políticas, sociais e jurídicas. A advocacia pública que é multifacetada. No Brasil cada instituição apresenta um perfil: temos a Advocacia-Geral da União (AGU), as Procuradorias-Gerais dos Estados e as Procuradorias-Gerais dos Municípios. Todos têm uma forma de atuar e uma parcela de contribuição na função primordial de representação e de defesa dos interesses públicos. Sem dúvida, zelar pela autonomia institucional, respeitadas as especificidades de cada um dos órgãos que a compõem, é essencial para manter a imparcialidade, a eficiência e a moralidade. Outro fator relevante é o quão democrática e inovadora é a gestão de governo para oportunizar a participação dos advogados públicos com reflexos no conteúdo das decisões dos gestores; isso porque a complexidade das relações estabelecidas pelo ente público e a velocidade de novas demandas que diariamente são apresentadas obrigam o advogado público a uma atuação pró-ativa, sistêmica e multidisciplinar. Por consequência, a assunção dessa postura mais ativa reflete no reconhecimento da contribuição do procurador e a certeza de que sua orientação deve ser um norte para todo gestor público.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 9. Como a advocacia pública municipal deve interagir com atores institucionais e sociais internos e externos?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: A busca pela interação com todos os atores institucionais e sociais é fundamental para avançarmos nas políticas públicas, na proteção dos direitos fundamentais e na promoção da cidadania e na qualidade de vida que almejamos para a nossa cidade. Essa percepção vem se consagrando no contexto brasileiro, no sentido de que as Procuradorias-Gerais não podem, ou melhor, não devem se fechar às participações. Ao contrário, eu entendo que devem manter uma relação interinstitucional com os demais órgãos públicos como o Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunais de Contas – nossos *stakeholders*. Essa interação serve para resolver questões de interesse público. E é a partir dela que os problemas são verdadeiramente resolvidos. A colaboração advém da interação. Deve-se interagir – na prática – para se atingir a possibilidade de as instituições colaborarem consigo. Além disso, entendo que é vital para

a construção de soluções integradas e eficazes: não existe cumprimento do princípio da eficiência ou mesmo a ideia de cooperação administrativa e processual se as pessoas, antes, não conversarem. A participação de advogados públicos em Conselhos, Comissões e Grupos de Estudos que tratam de políticas públicas deve ser estimulada. Não ignora, contudo, a existência de posições em sentido contrário, mesmo aqui dentro da Procuradoria-Geral de Joinville. A partir desse “ocupar o espaço”, sem sairmos da função de Procuradores (que exige um dever de autocontenção das nossas posições pessoais), entendo que a Advocacia Pública como instituição tem a oportunidade de contribuir com sua expertise garantindo que normas estejam em conformidade com a legislação que os direcionamentos sejam feitos adequadamente. Pode ser desconfortável, mas necessário, especialmente, sob a perspectiva de alinhamentos. A interação do advogado público com organizações não governamentais ou em Conselhos Municipais e Estaduais permite uma escuta ativa das demandas sociais e igualmente contribui para o aperfeiçoamento das políticas públicas. Veja, não digo aqui que Procuradores e Advogados Públicos devem ser conselheiros. Digo apenas que há um papel institucional da Procuradoria nesses espaços públicos e esse papel deve ser exercido nos limites da função. A participação dos advogados públicos nos processos de mediação e de conciliação para resolução de conflitos por meio da homologação de acordos é um outro aspecto dessa forma de pensar. Na minha opinião, torna-se essencial que a Advocacia Pública cumpra esse papel, dando segurança jurídica, celeridade, redução de custos e de demandas judiciais. Nossa gestão tem estimulado os Procuradores a interagir com seus *skateholders* por entender que esse relacionamento institucional é a chave para a conhecer a realidade, entender as necessidades e buscar o aperfeiçoamento das políticas públicas.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 10. O que você traz para e o que você leva da advocacia pública para a advocacia privada?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Vivenciar a advocacia pública, na qualidade de gestora desta importante Pasta Municipal, têm sido uma das experiências mais desafiadoras da minha vida profissional. É um grande desafio – que me causa muita felicidade, sem perder o senso de responsabilidade – estar à frente das demandas da maior cidade do Estado de Santa Catarina. Essa rica experiência me engradece e me impulsiona. Ela é sinônimo de uma constante troca de conhecimento, o que amplia a compreensão das diferenças e das semelhanças entre esses dois ambientes

(público-privado). Para além do conhecimento jurídico e do aperfeiçoamento das *softskills*, essa experiência chancela o meu posicionamento no sentido de que ser advogado não é apenas entender do Direito – é saber se expressar; é cocriar, é aproximar, é negociar, é compor, é ser líder de uma posição institucional de extrema responsabilidade e é acima de tudo servir, na expressão radical do termo). Para o ambiente da Procuradoria eu trouxe o fomento à inovação. Inovar é conseguir encontrar uma solução para um problema específico. No setor público, a inovação é um processo de geração e implementação de novas ideias com vistas à criação de valor para a sociedade, com foco interno ou externo à administração pública. Sabemos que organizações públicas inovadoras buscam gerar impactos diretos e indiretos em seu ambiente e os principais resultados das inovações reside na melhoria das relações institucionais, das entregas e da qualidade dos serviços públicos, da gestão organizacional e do clima organizacional. Tenho certeza de que esse novo olhar despertou na Procuradoria a importância da inovação traduzida nas ferramentas de gestão como o planejamento estratégico, avaliação de riscos, matriz de prioridade e seus resultados positivos na gestão pública. Sem dúvidas, a constante inovação contribuirá para uma Advocacia Pública mais dinâmica, propositiva e atualizada. Esse será o legado que quero deixar: inovar sempre!

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 11. O que esperar para a advocacia pública nas próximas legislaturas?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: O cenário é desafiador sob todos os aspectos, mas, especialmente, sob o enfoque da reforma tributária que resultará em mudanças drásticas de arrecadação e de transferência de recursos financeiros da União para Estados e de Estado para Municípios. A participação da advocacia pública demandará uma atuação cada vez mais propositiva, por meio da apresentação de sugestões orientativas desde a concepção de um projeto ou demanda, atuação essa que tende a ser cada vez mais requisitada no ambiente da administração pública preventiva e consensual. Exemplo da mudança do papel do advogado público pode ser destacado na nova lei de licitações que prevê a ampliação das atribuições do advogado público que devem desempenhar a orientação jurídica ao longo da licitação e da execução do contrato administrativo. Nesse sentido, a Lei 14.133/2021 inovou ao prever que a assessoria jurídica deve prestar apoio aos agentes de contratação, comissão de contratação, fiscais e gestores de contratos. O auxílio da assessoria jurídica aos fiscais dos contratos também

está previsto na nova legislação, cabendo ao órgão jurídico dirimir dúvidas e subsidiar os fiscais quando instados com informações para prevenir riscos na execução contratual. A partir dessas ideias, a Procuradoria de Joinville, que lidero, está mais preparada para auxiliar de forma estratégica nossos gestores.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 12. Passados quatro anos de fortes interações entre o público e o privado, perpassando desafios, projetos, planejamento, vitórias e outras experiências, qual mensagem possível que você deixaria para os entusiastas do Direito Público e da advocacia pública após sua experiência na PGM de Joinville?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: A advocacia é para os fortes e a advocacia pública para além das atribuições constitucionais, requer um perfil resiliente, combativo, ético, pró-ativo, determinado, entre outros atributos. Não é uma atividade fácil. Tenho extrema admiração pelo trabalho incansável e pela atuação dos advogados públicos dedicados e comprometidos. Durante esses quatro anos, a Procuradoria constatou um impacto extremamente positivo e que representou uma mudança de paradigma na forma de gerir e administrar com o aperfeiçoamento das entregas em termos de resultados e de eficiência. Além do impacto interno, o ganho da imagem institucional da Procuradoria, protagonista de significativos avanços nas políticas públicas e em acordos estruturantes, perante a sociedade e aos órgãos da administração reafirmando e afirmando a sua importância no cenário local, estadual e nacional foi um legado deixado. Além do reconhecimento fica o pedido de manter a advocacia pública no patamar de excelência que ela requer e merece, pois o reconhecimento é resultado do bom trabalho. Nunca esqueçam que se trata de uma nobre e complexa missão de garantir direitos, efetivar a boa administração, realizar o interesse público e concretizar o Estado Democrático de Direito.

Como citar esta entrevista: GUISSO, Christiane Schramm. Quatro anos na Advocacia Pública. Entrevistadores: SESTREM, Felipe Cidral; HEIDORN, Janaina Elisa; Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville - RPGMJ, Joinville, a. 2, n. 1, 2024, p. 33-45.

Realizada em 14.02.2025.

Revisada em 23.04.2025.

TERCEIRA SEÇÃO

Autores Convidados

LA NUOVA “COMPETENZA” DEI NOTAI ITALIANI IN AFFARI DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE

Ferruccio Auletta³⁵

Sommario: 1. Il CNN e lo Studio che segue il criterio “di assumere a parametro di riferimento dell’attività che dovrà svolgere il notaio quella che ha sinora svolto l’autorità giudiziaria” - 2. L’autorizzazione notarile quale atto pubblico di amministrazione, non provvedimento, dotato di forma documentale, ma diverso da quello giudiziario, anzitutto per difetto di potestatività - 3. Capacità inerente alla stipula e poteri impliciti: la nomina del curatore speciale quale esempio di implicazione - 4. Doveri di pronuncia dell’A.G., facoltà di autorizzazione del notaio: provvedimento negativo dell’A.G. e assenza del simmetrico atto notarile - 5. La coerente assenza di rimedio all’incoercibile esercizio della facoltà notarile, *a fortiori* di qualsivoglia “potere di impugnazione da parte del pubblico ministero” - 6. Irriducibilità *ad unum* delle competenze in affari di volontaria giurisdizione (anche dal punto di vista del reclamo) - 7. Analisi dell’art. 21 d.lgs. n. 149/2022: le parti - 8. *segue:* La richiesta - 9. *segue:* L’istruzione - 10. *segue:* L’audizione del legatario - 11. *segue:* L’atto di autorizzazione: forma, contenuto, motivazione, efficacia - 12. *segue:* La determinazione per il reimpiego di corrispettivi - 13. *segue:* La comunicazione e notificazione - 14. *segue:* L’impugnazione - 15. *segue:* La revoca e modifica - 16. *segue:* L’ambito di esclusione.

³⁵ Professore titolare di insegnamento nella Luiss Guido Carli di Roma. Componente del Consiglio direttivo dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile. Professore ospite della Dickson Poon School of Law del King’s college di Londra. Magistrato, membro della Segreteria del C.S.M., assistente di studio presso la Corte Costituzionale e addetto al Gabinetto del Ministro della Giustizia. Giornalista pubblicista. Posta elettronica: fauletta@luiss.it

1. IL CNN E LO STUDIO CHE SEGUE IL CRITERIO “DI ASSUMERE A PARAMETRO DI RIFERIMENTO DELL’ATTIVITÀ DOVRÁ SVOLGERE IL NOTAIO QUELLA CHE HÁ SINORA SVOLTO L’AUTORITÀ GIUDIZIARIA”

La legge 26 novembre 2021, n. 206, art. 1 comma 13, aveva previsto, nell’ambito della “Delega al Governo per l’efficienza del processo civile”, che “il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche alla disciplina dei procedimenti in camera di consiglio [fossero] adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] b) prevedere interventi volti a trasferire [...] ai notai [...] alcune delle funzioni amministrative, nella volontaria giurisdizione, attualmente assegnate al giudice civile e al giudice minorile, individuando altresì gli specifici ambiti e limiti di tale trasferimento di funzioni”.

Si trattava, assai chiaramente, di iniziativa i cui presupposti consistevano, anzitutto, nella maggiore capienza del processo e del diritto processuale rispetto alla giurisdizione siccome per Costituzione (art. 111), mentre non può esservi giurisdizione senza processo, rimane ben possibile che si abbia processo ma non anche giurisdizione. E il Codice di procedura civile raccoglie(va) vicende di processi non veramente attuativi della giurisdizione, cioè di attività di giudice regolate dalla legge ma senza che alcuna forma di tutela di diritti vi rimanga implicata, come – appunto – quando al giudice si assegna, ancorché facoltativamente dal punto di vista del legislatore, una funzione aliena dall’assicurazione dei diritti soggettivi e propria della gestione di meri interessi.

Su tali presupposti, al Governo spettava il potere di switch di tale funzione amministrativa: di attribuirne, cioè, la capacità al pubblico ufficiale notarile in luogo della competenza del giudice e del connesso processo (cioè, quel tipo di procedimento a struttura per forza di contraddittorio, in condizioni di parità, davanti a un terzo imparziale). Trasferire vuol dire, infatti, dis-locare, portare altrove.

Eppure, nessun trasferimento è avvenuto, quanto – e piuttosto – l’apertura di una via parallela, affiancando al “corrispondente provvedimento giudiziale” (recte: giudiziario) la possibilità di autorizzazione del notaio rogante “per la stipula degli atti pubblici e scritture private autenticate nei quali interviene un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto beneficiario della misura dell’amministrazione di sostegno, ovvero aventi ad oggetto beni ereditari” (art. 21 D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Come dice la Relazione illustrativa, è stato dato vita a un “doppio binario, talché l’interessato potrà alternativamente rivolgersi al notaio o al giudice”.

Quando ciò è accaduto, il Consiglio nazionale del Notariato ha approvato uno studio ad hoc caratterizzato dall'enunciato criterio "di assumere a parametro di riferimento dell'attività che dovrà svolgere il notaio quella che ha sinora svolto l'autorità giudiziaria"³⁶, imprimendo una direzione al dibattito e alla prassi in formazione caratterizzato da dommatismi non veramente giustificati³⁷, simmetrie sforzate sino al limite di tenuta concettuale ma ben oltre la sostenibilità misurabile su ragionevolezza ed efficienza.

Il tentativo di contribuire a un'applicazione sensatamente conforme alla ratio delle nuove disposizioni mi induce a spiegare come, già dal punto di visto del rigore scientifico, alcune soluzioni sono tutt'affatto necessitate e, anzi, intimamente viziate dalla costrizione dommatica dell'interprete, un suo vero e proprio bias culturale. E proprio rimuovendo il pregiudizio che sta nel parametro di riferimento sembra farsi davvero pervia la via riformatrice che si è(ra) intesa battere.

2. L'AUTORIZZAZIONE NOTARILE QUALE ATTO PUBBLICO DI AMMINISTRAZIONE, NON PROVVEDIMENTALE, DOTATO DI FORMA DOCUMENTALE, MA DIVERSO DA QUELLO GIUDIZIARIO, ANZITUTTO PER DIFETTO DI POTESTATIVITÀ

In effetti, la prima considerazione è che, ferma la natura pubblica altresì del notaio, la disciplina del concorso di attribuzioni e delle forme corrispondenti non può ricavarsi da quella della competenza giurisdizionale, che implica l'appartenenza dei diversi soggetti a un ordine comune (entro il quale ciascuno degli appartenenti si riconosce peculiarmente nel principio di *Kompetenz-Kompetenz*) o una medesima capacità effettuale negli atti espressivi

³⁶ E. Fabiani, L. Piccolo, L'autorizzazione notarile nella riforma della volontaria giurisdizione, in Riforma della volontaria giurisdizione e ruolo del notaio, I – Gli studi, Biblioteca della Fondazione del Notariato, 2023, 13. Lo Studio è stato approvato dal Gruppo di lavoro sulla riforma della volontaria giurisdizione in data 9 febbraio e dal Consiglio Nazionale del Notariato in data 13 febbraio 2023, quindi pubblicato in CNN Notizie n. 31, 17 febbraio 2023.

³⁷ Basti vedere come la stessa dottrina notarile vi si è conformata: per tutti, v. S. Nucera, La nuova volontaria giurisdizione, Pisa, 2023, 81 ss., dove l'autorizzazione notarile è elevata al rango di "provvedimento [...] autoritativo", ed è l'esito di un "procedimento" vero e proprio. Non minore è il risentimento di alcune prassi già raccolte dagli stessi Aa. del primo Studio in quello successivamente redatto come Studio n.80-2023/PC, approvato dal Gruppo di lavoro sulla riforma della Volontaria Giurisdizione il 18 dicembre 2023.

dell'unica funzione (com'è, per es., nel rapporto tra arbitri e A.G.). Insomma, se “le autorizzazioni per la stipula degli atti pubblici e scritture private autenticate nei quali interviene un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto beneficiario della misura dell'amministrazione di sostegno, ovvero aventi ad oggetto beni ereditari, possono essere rilasciate [...] dal notaio rogante”, la permanente e costante competenza “del tribunale [...] al rilascio della corrispondente autorizzazione giudiziale” non restituisce una vicenda di pluralità di fori concorrenti in senso elettivo, né il governo di tale pluralità può richiamare la litispendenza, tanto meno una supposta transitività intersoggettiva della “richiesta scritta” garantire un'inesistente continuità funzionale.

L'autorizzazione notarile (si dica così, in senso stipulativo) e l'autorizzazione giudiziaria, anche in ragione della circostanza che questa non risulta *trasferita* in quella né è il giudice a “commettere” alcunché al notaio o quest'ultimo ad agire “in seguito a delegazione” del primo, rimangono atti sì parimenti inespressivi di giurisdizione (almeno in senso costituzionale), e però risalenti ad attribuzioni diverse, per nulla omologhe: il minimo comun denominatore delle funzioni amministrative richieste ora anche al notaio e alle quali inerisce la nuova sua autorizzazione (atto pubblico o autentica di firma) lascia predicarne nient'altro che la natura pubblica. Si tratta, in breve, di un atto pubblico di amministrazione, non provvedimentale, dotato di forma documentale tanto da rendersi oggetto di “comunicazion[e]”, “formalità pubblicitarie” e “impugna[zione]”, ma diverso da quello giudiziario pur corrispondente.

Diverso, quest'ultimo, è anzitutto in ragione della potestatività, cioè dell'attitudine a modificare la situazione giuridica dei destinatari rispetto all'autore, il che manca all'atto del notaio che autorizza sé stesso, atto il quale contiene la peculiare serie dei suoi effetti entro la sfera personale dell'autore, ampliandone la capacità ma senza autonoma e stabile modificazione dello statuto di terzi; un atto rispetto al quale oneri reattivi altrui (si pensi all'impugnazione nel termine dato allo scopo) o specifici doveri conformativi (si pensi agli ammennicoli pubblicitari degli uffici di cancelleria) appartengono allo spettro normale dell'efficacia pubblica di un atto, nella misura minima che in genere attinge anche i terzi.

Per persuadersi della consistente alterità dei fenomeni (che, per giunta, dal punto di vista di quello notarile sembra disciplinato regolarmente come atto, e soltanto occasionalmente come procedimento, ammettendosene un invero anche istantaneo e non per forza diacronico, oltre che tendenzialmente affrancato dalla disciplina della L. n. 241/1990, sin dall'assenza

di qualsivoglia termine conclusivo), basterebbe considerare la competenza inderogabile *ex art. 28 c.p.c.* del giudice che non trova l'eguale nella generale inerenza alla capacità di qualunque notaio (*purché*) rogante di realizzare *motu proprio* l'equipollente del presupposto consistente nell'autorizzazione al rogito.

Il notaio, in altre parole, vede ampliata in base al criterio di inerenza all'atto da rogare la capacità di determinare in autonomia una fattispecie che altrimenti richiederebbe integrazione *aliunde*: là dove – e da sempre – il notaio poteva già “presentare ricorsi relativi agli affari di volontaria giurisdizione, riguardanti le stipulazioni a ciascuno di essi affidate dalle parti” (art. 1 L.n.), perché fosse l'A.G. a costituire, in esito al procedimento regolato dalla legge, la frazione di potere mancante per il compimento dell'atto, adesso gli viene accordato di procedere a un accertamento determinativo di quella medesima frazione (uso l'aggettivo “determinativo” in quel senso che, per la fattispecie, designa la funzione di “completarne una già avanzata costituzione con strumenti che sono, insieme, di attuazione di una già posta disciplina”, “la quale già statuisce il se, e i criteri essenziali del come, della subordinazione di uno o più interessi di soggetti ad altro o ad altri”³⁸). Il tutto, mentre il distinto potere conservato all'A.G. rimane intatto, senza alcun regime di alternatività né effetto di preclusione che possa generarsi dall'avvio dell'uno o dell'altro dei procedimenti.

Si licet, è una situazione logicamente somigliante a quella dell'arbitro *dopo* essere stato licenziato dall'art. 819 c.p.c. a “risolv[ere] senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche [...] su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato”, là dove – *prima* della Riforma Cartabia – il notaio veniva a trovarsi “per legge” nella condizione come dell'arbitro che, in materia del genere, sempre dovesse attendere l'altrui “decis[ione] con efficacia di giudicato”. Oggi, “richiesto, io notaio ...” si rende invece formula di abbrivio di una più

³⁸ L. Montesano, La tutela giurisdizionale dei diritti, in Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli, XIV, Torino, 1985, 135 s. Si consideri come esempio l'art. 320, 3° c., c.c.: “I genitori non possono alienare, ipotecare o dare in pegno i beni pervenuti al figlio a qualsiasi titolo, anche a causa di morte, accettare o rinunciare ad eredità o legati, accettare donazioni, procedere allo scioglimento di comunioni, contrarre mutui o locazioni ultranovennali o compiere altri atti eccedenti la ordinaria amministrazione né promuovere, transigere o compromettere in arbitri giudizi relativi a tali atti, se non per necessità o utilità evidente del figlio dopo autorizzazione del giudice tutelare”.

generale capacità di risolvere, ancorché unicamente ai fini della stipula di cui abbia ricevuto mandato, le questioni immanenti all'intervento del minore o di altro sottoposto a misura di protezione ovvero dei beni ereditari. Ché, poi, l'autorizzazione integri sempre e comunque l'equivalente di una mera *questione* – nell'ordine della sequenza notarile – dipende dalla circostanza normativamente univoca per cui il notaio mai potrebbe venir richiesto dell'autorizzazione senz'altro, vale a dire in assenza di una contestuale “richiesta” della stipula dell'atto o dell'autentica della scrittura, che invece costituiscono l'*oggetto* in prospettiva del quale la questione incidentale sorge.

Già per questo, a cominciare – cioè – dalla costante accessibilità dell'A.G. quale sede sola in cui l'autorizzazione rimane sempre *oggetto* di provvedimento, non si dà ipotesi di conflitto, né forma di inibizione da prevenzione della sola richiesta e persino nessuna assicurazione dell'efficacia dell'autorizzazione notarile quale “atto” in sé (non provvedimento, che è predicato di autorità): si pensi alla pluralità di richieste rivolte a più notai³⁹ oppure alla morte o alla cessazione dall'ufficio del notaio sopravvenuta alla comunicazione dell'autorizzazione pur decorsi venti giorni “senza che sia stato proposto reclamo”; neanche in tali casi – infatti – pare doversi ammettere riflesso di sorta della prima sull'ulteriore richiesta o – al limite – acquisizione una volta per tutte della legittimazione alla stipula notarile. L'ampliamento della capacità di determinazione autonoma in capo al notaio rogante altro non è, per il singolo, che *relevatio* dal dovere di procurare *aliunde* la realizzazione di un presupposto della propria stipula, ma è poi soltanto quest'ultima a segnare il limite naturale di dispiegamento di tale capacità (notarile) aumentata.

3. CAPACITÀ INERENTE ALLA STIPULA E POTERI IMPLICITI: LA NOMINA DEL CURATORE SPECIALE QUALE ESEMPIO DI IMPLICAZIONE

Diverso dal criterio dell'*inerenza* alla capacità di “stipula degli atti pubblici e scritture private autenticate nei quali interviene un minore [etc.]”

³⁹ Lo Studio in nota 1, qui analizzato, reputa “opportuno che il soggetto istante dichiarì, nella richiesta scritta rivolta ad un determinato notaio, di non aver già effettuato la medesima richiesta ad un altro notaio o all'autorità giudiziaria” (pg. 43); e la sua pervasività fa suggerire a S. Nucera, op. cit., 169, nel “formulario” di richiesta un'apposita attestazione “ai sensi del DPR 445/2000, di non aver in corso altre richieste”.

– capacità l’inerenza alla quale oggi giustifica l’accertamento determinativo della “fattispecie dell’autorizzazione” mediante un atto autosufficiente, diversamente ricevibile soltanto in guisa di provvedimento *ab extra* e terminativo di un procedimento vero e proprio – è il criterio di *implicazione* della capacità notarile così complessivamente riconosciuta.

Tale distinto criterio, che per logica intima non può trovare esplicazione, sembra però invocabile per coonestare nella missione notarile di una stipula del genere qui in esame altresì l’autonoma designazione del curatore speciale, quando del caso (artt. 320 s. c.c.): laddove, quindi, venga a trattarsi al riguardo di un (altro) atto *necessario* al compimento del mandato naturalmente compreso nella “richiesta scritta” di stipula, allora la designazione del curatore speciale pare ragionevole qualificare come elemento di capacità implicitamente additiva (arg. *ex art.* 1708 c.c.), non senza aver osservato che già per il codice di procedura civile il “correspondente” “provvedimento di nomina” (art. 80) spetta indifferentemente all’A.G. di competenza prospettica (“ufficio giudiziario davanti al quale si intende proporre la causa”) o attuale (“il giudice che procede”) in relazione ad affari determinati.

In sintesi, se è necessario procedere mediante curatore speciale alla stipula autorizzabile dal notaio rogante, sembra che sia il conferimento di tale capacità maggiore, riconosciuta nella misura dell’atto finale, a comprendere la possibilità di spenderne una minore quota in caso di necessità, come quando occorre risolvere l’accidentale “conflitto di interessi” rilevabile dalla fattispecie accertanda (ciò che ben può emergere in fase istruttoria, al modo contemplato per es. dall’art. 410 c.c., con la conseguente “provoc[azione]” dell’intervento dell’organo straordinario, altro essendo il caso del curatore speciale quale organo ordinario e stabile com’è per lo scomparso, l’inabilitato, l’eredità giacente).

Del resto, in via intuitivamente esemplificativa la legge abilita già il notaio a “farsi assistere da consulenti”, e se nella legge si ricerchi un criterio discrezionale circa l’ammissibilità anche di questa figura, non è dubbio che il criterio torna a essere proprio quello della necessità (art. 61 c.p.c.: “quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti [...], da un consulente”). Rimane evidente che, pure qui, vi è una radicale differenza tra l’esito dell’aumentata capacità del notaio e l’esercizio del potere di nomina del curatore speciale che *corrispondentemente* venga a esercitarsi a cura dell’A.G.; soltanto in tale ultimo caso, infatti, si riconosce una stabilità della nomina per la stipula oggettivamente considerata, quale che sia il notaio incaricato della stessa. Non così per la designazione che

avvenga per opera del notaio rogante, la cui capacità individuale sola può immunizzare dall’annullabilità l’atto pubblico o la scrittura privata realizzati col suo concorso, e non (anche) il relativo negozio concluso (tuttavia) per atto di terzi. In aggiunta, il curatore designato dal notaio rogante obbliga quest’ultimo verso il primo, non le parti (nei confronti delle quali direttamente correrebbe invece il rapporto di chi fosse nominato dall’A.G.), fermo il diritto del notaio di ripetere dalle parti gli esborsi necessari alla stipula che avesse richiesto l’intervento del curatore speciale.

4. DOVERE DI PRONUNCIA DELL’A.G., FACOLTÀ DI AUTORIZZAZIONE DEL NOTAIO: PROVVEDIMENTO NEGATIVO DELL’A.G. E ASSENZA DEL SIMMETRICO ATTO NOTARILE

Nella logica della ricostruzione che si viene offrendo, dove al *potere* dell’A.G. (che, poi, come noto è regolarmente una situazione soggettiva di *dovere*) si giustappone una *facoltà* del notaio⁴⁰, non è concepibile alcuna rilevanza esterna dell’eventuale diniego del suo avvalimento, a cominciare dall’assenza di ogni comunicazione che sembra postularsi per il fatto che il notaio si sia determinato a omettere, pur richiesto, quanto in realtà, senza invero esprimere un potere del quale sia reso depositario, realizza un’opzione personale del rogante, opzione che in senso negativo non trova vincoli di simmetria formale con quella di segno contrario, già in ragione della carenza di un’esigenza pubblica di conoscerne la motivazione⁴¹. E se “l’autorizzazione può essere impugnata innanzi all’autorità giudiziaria secondo le norme del codice di procedura civile applicabili al corrispondente provvedimento giudiziale”, tanto non importa che l’una (l’autorizzazione) e l’altro (il diniego) siano la stessa cosa, che l’atto (tale intendendo unicamente l’autorizzazione facoltativamente rilasciata in accoglimento della richiesta) e il provvedimento (che, di contro, provenendo dal giudice può essere anche

⁴⁰ Per lo Studio del CNN in discussione, invece: “non ci troviamo dinanzi ad un’attività giurisdizionale, per cui, sotto il profilo della natura, non vi sono ostacoli a ritenere pienamente applicabile l’art. 27 della legge notarile. Qualche dubbio potrebbe insorgere in ragione del fatto che si tratta di un’attività comunque non attribuita in via esclusiva al notaio (trattandosi di una competenza concorrente rispetto a quella dell’autorità giudiziaria) e che presenta anche le segnalate peculiarità sotto il profilo della individuazione del notaio competente a rilasciare l’autorizzazione” (pg. 65).

⁴¹ Al “-la comunicazione alla parte istante” è dedicato il § 9.3 dello Studio del CNN.

negativo, ma in ogni caso necessario e motivato) condividano natura ed effetti. Non una volta l'ordinamento assegna forme rimediali omologhe avverso oggetti diversi, reciprocamente altri (cfr., per es., artt. 6 ss. d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150). È peraltro potere del legislatore distribuire potestà di annullamento di atti amministrativi tra le giurisdizioni, non escluso il G.O. in base all'art. 113, 2° comma, Cost.

5. LA COERENTE ASSENZA DI RIMEDIO ALL'INCOERCIBILE ESERCIZIO DELLA FACOLTÀ NOTARILE, A FORTIORI DI QUALESIVOGLIA "POTERE DI IMPUGNAZIONE DA PARTE DEL PUBBLICO MINISTERO"

L'ordinamento neppure ha da somministrare rimedi all'inerzia del notaio che si determini a non dare corso alla richiesta mediante il rilascio della autorizzazione (sebbene l'ostensione e la giustificatazza del diniego possano continuare a svolgersi naturalmente quale tema di regolazione dei rapporti professionali): la parte la cui aspettativa di autorizzazione notarile non sia soddisfatta mantiene tal quale, impregiudicato l'accesso (non soltanto ad altro professionista, ma) alla sede magistratuale, e nessuna analogia di situazioni può lasciar scaturire un giudizio costituzionale di censura sopra la non equivalenza tra la possibilità di reiterazione della richiesta all'A.G. e l'assenza di rimedio all'incoercibile esercizio della facoltà notarile (mutuando, all'estremo, la *ratio* di Corte cost. n. 253/1994)⁴². Né può trovare senso il pure ipotizzato (dallo Studio del CNN) "potere di impugnazione da parte del pubblico ministero, nonostante la lacunosa lettera della norma, [...] anche in caso di diniego dell'autorizzazione"⁴³, altrimenti dovendosi

⁴² Lo Studio col quale ci si confronta qui ribadisce pure nel contesto di riferimento diverso da quello giurisdizionale che "non sussiste [...] una piena fungibilità fra reclamabilità del diniego di una determinata istanza e possibilità di riproporre la stessa" (pg. 65). E vi si spiega la preferenza per la reclamabilità del diniego siccome "soluzione che, in una prospettiva ermeneutica costituzionalmente orientata, risponde ad una fondamentale esigenza di rispetto del sistema di garanzie costituzionali proprie del giusto processo". Non si comprende, per il vero, il richiamo a tali garanzie una volta escluso, come fa lo Studio stesso in premessa, il riferimento alla giurisdizione e al processo per il "procedimento" notarile.

⁴³ Cfr. pg. 82, dove si sostiene la posizione che, oltre a implicare l'esito descritto immediatamente di seguito nel testo, smentisce l'affermazione di massima che gli Aa. dello Studio conducono reiteratamente, cioè che si è "inteso introdurre nel nostro ordinamento un canale autorizzatorio notarile, parallelo rispetto a quello giurisdizionale"; dove "parallelo" implica non

ammettere la legittimazione sostitutiva nella richiesta di autorizzazione, che invero finirebbe concessa dall'Organo di reclamo senza che la parte l'abbia mai chiesta all'A.G.

6. IRRIDUCIBILITÀ AD UNUM DELLE COMPETENZE IN AFFARI DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE (ANCHE DAL PUNTO DI VISTA DEL RECLAMO)

Che l'alterità dell'autorizzazione notarile e giudiziale sia un precipitato della disciplina, e non una forzatura della ricostruzione qui proposta, si specchia nell'impossibilità di pensare entrambe come espressione di un unico potere, articolato bensì attraverso sedi distinte ma funzionalmente equipollenti. Soltanto il potere dell'A.G., difatti, è titolato di alcune caratteristiche, l'inesauribilità sopra ogni altra e l'indifferenza rispetto a qualunque procedimento in corso presso il notaio richiesto; nessuna delle quali potrebbe replicarsi a vantaggio della sede notarile.

Si pensi, anzitutto, al monopolio giudiziale di revoca e modifica dell'autorizzazione, che, invece, quando concessa da notaio, in quest'ultimo non lascia residuare attitudine alcuna al *contrarius actus*, ferma la finale disponibilità della stipula da parte sua, e magari l'indisponibilità motivata da sopravvenienze impedienti (le stesse, cioè, danti causa alla revocabilità). Del resto, l'effetto estintivo-modificativo del presupposto che si era venuto realizzando attraverso l'autorizzazione notarile garantisce, proprio per il monopolio presso l'A.G. di tale potere rimediale, che, in difetto di revoca o modifica, non possano essere dedotti i vizi dell'atto autorizzativo come causa di annullamento del negozio stipulato dal notaio che se ne sia procurato licenza (cfr. artt. 322, 1425 c.c.).

Sempre in termini di alterità dell'atto di notaio e del provvedimento del giudice, si pensi all'indifferenza di quest'ultimo finanche per l'autorizzazione già rilasciata dal primo, potendo l'A.G., nei venti giorni occorrenti per l'acquisto della relativa efficacia (senza ammissibili succedanei di rinuncia al termine né acquiescenza per abbreviare quel corso), provvedere al rilascio di quella propria, con clausola di efficacia immediata. Come dice la *Relazione*

interferente, sicché la richiesta di autorizzazione già avanzata al notaio non può mai valere quella da avanzarsi, ove del caso, all'A.G. (solo in un circolo unitario, del resto, si possono immaginare effetti riconducibili alla prima).

illustrativa, “non è consentito al notaio concedere la provvisoria esecutività del provvedimento (che potrà invece essere chiesta all’autorità giudiziaria)”.

Né il reclamo comune a entrambe le ipotesi di autorizzazione può risolversi nella loro ri(con)duzione a unità: il “reclamo” contro l’atto autorizzativo del notaio come si trattasse del “corrispondente provvedimento giudiziale” (*recte*: giudiziario) non è che lo strumento offerto *in itinere* per ri-attribuire, dopo il conato notarile, ogni potere in materia all’A.G., per eventualmente rinnovare lì interamente quanto originariamente l’esposizione del presupposto della stipula notarile alla cognizione autenticamente autoritativa e non semplicemente pubblica. Sicché, attraverso la c.d. “impugna[zione] innanzi all’autorità giudiziaria” in realtà, a parte differire l’eventuale efficacia fino al rigetto del mezzo, si promuove l’ablazione senz’altro dell’atto interno alla serie notarile *in itinere* (e la corrispondente situazione preliminare), senza tuttavia precluderne definitivamente la stipula, in nessun caso: non in caso di rigetto del reclamo, ovviamente; ma neppure in caso di accoglimento del mezzo, dato che, dovendo limitarsi alla fase rescindente, quel giudice rimane sprovvisto della competenza inderogabile sull’istanza autorizzativa e finanche di un’istanza *tout court* alla quale corrispondere, e quando questa fosse presentata nuovamente nessuna preclusione potrebbe autenticamente opporvisi.

Date le coordinate per la ri-lettura del microsistema dell’art. 21 D.lgs. n. 149/2022, può esserne utile adesso una disamina articolata intorno alle sue unità dispositive più elementari.

7. ANALISI DELL’ART. 21 D.LGS. N. 149/2022: LE PARTI

Si dicono “parti”, ai fini della richiesta di autorizzazione (e non dell’atto da rogare, le cui parti ben possono essere “terzi” ai fini della disciplina che occupa), quei soggetti che agiscono con l’incapace o per quest’ultimo ovvero, per i beni ereditari, che devono dotarsi di autorizzazione: di regola, si tratta di soggetti investiti di forme di rappresentanza per legge e non per atto dell’interessato, titolati personalmente alla richiesta di stipula esigente la previa autorizzazione ovvero, in alternativa, per il tramite di procuratore legale, in ogni caso con potere di richiesta che deriva dal solo statuto legale dell’agente senza alcuna esigenza di previsione espressa, ove pure – cioè – la preposizione rappresentativa si riconduca a un atto apposito.

Deve escludersi che per “procuratore legale” possa intendersi soggetto diverso da un iscritto all’ordine degli avvocati e però legalmente esercente

la funzione in senso oggettivo, che, in quanto tale, potrebbe invero essere assolta pure da (altro) notaio. Difatti, la legittimazione a domandare l’emissione del provvedimento concerne a norma dell’art. 1 L.N. i “ricorsi” veri e propri, ma è proprio il fine di evitare il ricorso ad altri ad aver determinato il legislatore a munire ciascun notaio della capacità di determinare *ex se* tutti i presupposti della stipula, sicché il pubblico ufficiale richiesto mantiene l’alternativa di ricorrere all’A.G. nell’interesse della parte ovvero di rilasciare alla stessa l’autorizzazione senz’altro, non anche di postulare per il rilascio di questa presso altro collega.

8. LA RICHIESTA

Diversamente da quanto ritenuto nello studio del CNN⁴⁴, l’atto di impulso (né istanza, né ricorso) rivela niente più che la disponibilità e trattabilità costanti dell’affidamento del complessivo mandato notarile, ma collocarne la natura e la funzione di là di giurisdizione e processo vale pure a escludere ogni utilità del richiamo agli atti di parte e alla loro disciplina che è nel c.p.c. (art. 125), ivi inclusa quella della patologia degli stessi (artt. 156 ss.). E, una volta esclusa (sia testualmente che sistematicamente) ogni comminazione di nullità per l’assenza di forma scritta (e di sottoscrizione, come meno nel più, fermo il principio da ultimo ribadito finanche per la firma del ricorso per cassazione secondo il quale “è possibile desumere *aliunde*, da elementi qualificanti, la paternità certa dell’atto processuale”: Sezioni unite civili, Sentenza 12 marzo 2024, n. 6477), si fa pervia la strada che ne ammette in ogni momento l’integrazione anche successiva (stante il principio – invalso anche nel processo – di alternatività di nullità e correzione o integrazione), non essendo (insomma) determinante l’anteriorità di un atto scritto contenente requisiti predeterminati ma bastando, ai fini del rapporto tra richiedente e richiesto, la risultanza scritta del conferimento dell’incarico inclusivo di ogni atto necessario al compimento della stipula quale termine ultimo di ogni consentita *relatio*, senza bisogno di attestazioni

⁴⁴ Secondo lo Studio in esame, “l’analogia funzionale con il ricorso dei procedimenti della volontaria giurisdizione ha indotto a chiedersi se sia possibile far riferimento, mutandis mutandis, all’art. 125 del codice di rito. Per quanto non ci troviamo di fronte ad un ricorso, avente natura giurisdizionale, rivolto all’autorità giudiziaria, il parallelo può essere comunque di ausilio al fine di individuare il contenuto necessario della richiesta di cui si discute; in coerenza, si specifica che “la richiesta scritta deve essere sottoscritta dalla parte” (pgg. 42 s.).

o altro. Al massimo, è la procura di cui si serve l'istante, quando sia diverso dalla parte personalmente, a risentire della forma necessitata per il principio di cui all'art. 1392 c.c.

In definitiva, la forma dell'istanza pertiene alla compiuta documentazione del rapporto tra parte e pubblico ufficiale (documentazione che, nei limiti dell'attestazione fidefaciente, può riguardare tutte le "dichiarazioni delle parti"), che nella prima trova il *trigger* dell'aumento della capacità rogante per il tramite dell'accertamento determinativo di presupposti che, diversamente, sarebbero somministrati *aliunde*; dunque, tale forma non è incompatibile con l'originaria manifestazione orale dell'istanza che venga poi riprodotta per iscritto⁴⁵ (implicando ciò altresì l'assenza di ogni esigenza di forma per l'eventuale ritiro della richiesta). Così, del resto, è finanche per la domanda giudiziale, proponibile ora *oralmente* (art. 316 cpv.) ora addirittura *realmente* (art. 825 c.p.c.: "propone istanza depositando [...]"). Con la conseguenza che, dato il provvedimento autorizzativo, questo rimane sempre autosufficiente, anche quando la richiesta non abbia rivestito la forma esigibile, come in genere deve dirsi per i vizi che risalgano – nella serie produttiva dell'atto – a quelli antecedenti, i quali appaiono inidonei a riflettersi sopra l'atto ultimo, che invero non è stabilmente concepito come esito di un procedimento, ma quale atto puntuale.

In breve, non c'è bisogno di evocare l'art. 43, 2° comma, c.c., secondo cui "nei casi urgenti la richiesta di un provvedimento [del giudice tutelare] può essere fatta al giudice anche verbalmente", e non soltanto perché la ricostruzione proposta consentirebbe il ricorso verbale sempre, ma soprattutto perché la richiesta scritta al notaio risulterebbe incoerente con l'urgenza dell'affare dato che soltanto la via dell'A.G. potrebbe garantire l'immediata efficacia dell'autorizzazione alla stipula e la massima brevità dell'intervallo richiesto prima di quest'ultima, almeno in teoria.

⁴⁵ Non si comprende, a questo proposito, perché mai lo Studio in commento – che pure muove dall'affidamento al notaio di una funzione di raccolta dell'istanza orale ("Non va comunque esclusa la possibilità che il notaio, richiesto di rogare un determinato atto, offra alla parte istante un supporto di natura consulenziale già in sede di predisposizione della relativa richiesta scritta di autorizzazione": pg. 41) – si affretti a escludere la vestizione della vicenda come verbalizzazione della richiesta orale per assertivamente concluderne "che rimane comunque, in tal caso, una richiesta di parte sottoscritta dal richiedente".

9. L'ISTRUZIONE

La fase di istruzione della richiesta rimanda caratteri evidenti quali l'informalità (testualmente prescritta: “senza formalità”), l'atipicità delle fonti informative (“consulenti” è sintomaticamente privo di ogni determinazione anche grammaticale), la de-strutturazione degli atti e la mancanza di regole pre-costituite per la documentazione, in uno al fattore esemplificativo che connota quelli atti esplicitamente censiti. Si vuol dire, in altri termini, che – proseguendo nella ideale linea di congiunzione degli esempi – altri atti si possono considerare ancora accessibili al notaio, che sempre l'assolvimento del relativo mandato dev'essere ostendibile nei confronti di terzi qualificati dallo svolgimento di quell'attività di cui il (prospettico) rogante sia stato richiesto, che l'intima carenza di coercibilità nella cooperazione di terzi siffatti (in difetto di norme generali qual è l'art. 68, 3° c., per il “giudice”, o particolari qual è l'art. 816-ter, 3° c., c.p.c. per gli “arbitri”) concorre a manifestare ancora il carattere dell'attività notarile siccome non sostitutiva dell'attribuzione dell'A.G., invece titolata “al corrispondente provvedimento giudiziale” in modi così diverso da escludere tratti men che doverosi nella collaborazione esigibile dai terzi.

La compiutezza della fase istruttoria è funzionale alla tenuta della motivazione esposta a conforto dell'autorizzazione, ma non ricorrono esigenze intime alla sequenza formativa degli esiti istruttori, a cominciare dall'osservanza del contraddittorio *con* le “parti”, dovendosi escludere ogni dovere comunicativo delle risultanze nei confronti del richiedente l'autorizzazione che ne debba precedere il rilascio. Del resto, nella relazione tra le parti è soltanto quest'ultimo a rilevare (l'intervenuto rilascio, appunto), al pari del diniego di autorizzazione che rimane confinato esso stesso tra parti e notaio. Se proprio si vuole descrivere per differenza l'andamento della fase istruttoria, ben potrebbe dirsi che essa – di là di ogni altro elemento di incomparabilità, cominciando dalla circostanza di essere concepita *sine die* – può rimanere segreta nei confronti del richiedente ancorché in un senso o nell'altro l'esito determinante può avere la sua manifestazione nell'atto o nel suo diniego (ove giustificato).

Al richiedente spetta bensì di disporre della richiesta in ogni tempo, ma la fase istruttoria rimane assolutamente officiosa, rivolta com'è all'accertamento dei presupposti della capacità dell'agente notarile, il quale non da altro potrebbe veder condizionata la determinazione degli elementi dai quali dipende la valida spendita della funzione pubblica che dalla sua propria

ricerca. L'investigazione del notaio è infatti funzionale all'acquisizione dei dati che dimostrano l'interesse del contraente protetto, tanto quanto quelli che massimamente esonerano il rogante dalla responsabilità della stipula, sicché la conduzione officiosa della fase istruttoria appare una componente logicamente coerente di tale ricostruzione dell'ordinamento.

In questo si ravvisa il tratto più autenticamente discrezionale tra le funzioni autorizzative rispettivamente svolta dal giudice nel procedimento in camera di consiglio e dal notaio nei modi qui indagati: il giudice assume sempre una posizione di terzietà rispetto all'interesse che deve essere salvaguardato, egli o ella non prende in capo a sé – come farebbe la parte – la tutela di quell'interesse, e però mantiene assolutamente una posizione di terzietà, che anche in ambito pubblico nessun altro titolare di funzioni sarebbe in grado di osservare. Si spiega così, con la perenne alienità dall'interesse salvaguardato e l'indifferenza verso ogni altro, che “quando l'esercizio è svolto dal giudice, ciò significa che la dotazione naturale dei suoi poteri, come definita nel Libro I del Codice, certamente non viene dismessa per il solo fatto che egli agisca in camera di consiglio e in ambito non contenzioso. Perciò, anche in quest'ultimo ambito il giudice può impiegare comunque l'insieme dei poteri riservati alla giurisdizione nella sua totalità, fino a quelli di coercizione e con impatto sulla libertà personale”⁴⁶.

Come può, di converso, il notaio pretendere allora cooperazione genuina, informazioni veritiere etc.? La disposizione che enumera “consulenti” e “informa[tori]”, e tra questi – segnatamente – “coniuge, parenti entro il terzo grado e [...] affini entro il secondo” nonché “altri chiamati e i creditori risultanti dall'inventario”, tipizza altrettanti doveri di assistenza o di informazione che, quando inosservati, attentano alla posizione soggettiva che possa da ciò venire lesa, col conseguente obbligo di risarcimento del danno. Un po' come avviene per il teste non renitente, che tuttavia in arbitrato menta: non essendo sanzionabile penalmente, il dovere incoercibile di dire la verità non trova per la sua infrazione altra soluzione che l'assoggettamento dell'autore del mendacio all'obbligo risarcitorio nei confronti della parte danneggiata, *inter alia*.

⁴⁶ Mi ero già espresso così: Il rito camerale ex artt. 737 ss. c.p.c., in AA.VV., *Procedimenti di volontaria giurisdizione: prospettive per uno statuto condiviso di regole operative*, a cura di G. A. Chiesi, Biblioteca della Fondazione del Notariato, 2020, 205.

Altro accade per quegli informatori innominati: se trattasi di soggetti interpellabili dal notaio avvalendosi di poteri *uti singulus* o *uti civis*, nessuna questione può farsi per il notaio che manifesti un'istanza di accesso in dipendenza della stipula da autorizzare, vantando così una non inferiore pretesa di acquisizione dei dati che ricerca rispetto all'omologo accesso di altri parimenti qualificati verso un detentore pubblico (ovvero altro assoggettato a regime equivalente).

Non in termini esattamente di replica può invece porsi la questione della cooperazione richiesta a terzi innominati fuori dell'esercizio di capacità individuali di accesso pubblico o civico, e in ipotesi del genere sembra invalicabile il confine segnato dal principio di irrilevanza della convenzione tra richiedente e notaio (*ex art. 1372, 2° c., c.c.*) verso terzi, in specie privati che siano richiesti – invero facoltativamente – di cooperare, fermo che la volontaria adesione all'invito rivolto loro dal notaio li costringe(rebbe) comunque all'osservanza del principio di *neminem laedere*.

Per le spese della fase istruttoria, sembra scontato che dal notaio siano esigibili nei confronti della parte richiedente “i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato” (art. 1719 c.c.), e che il rapporto col – in ipotesi, per es., di – consulente si instaura direttamente tra il notaio e l'assistente designato, di qui il conseguente diritto del primo di ripetere le spese necessarie per dotarsi di tale assistenza: assistenza il cui raggio operativo sembra ragionevolmente misurato su quello delle attività di cui all'art. 194 c.p.c., sebbene vada ribadito che nemmeno la consulenza tecnica disposta dal notaio assuma i tratti di un procedimento ma si risolva *uno actu*, al modo di un'acquisizione “*in private*”, come nella tradizione di qualche corte inglese⁴⁷.

10. L'AUDIZIONE DEL LEGATARIO

“Nell'ipotesi di cui all'articolo 747, quarto comma, del codice di procedura civile deve essere sentito il legatário”: questi appare dunque destinatario di un vero e proprio diritto procedimentale, venendosi a trovare in una posizione differenziata da tutti gli altri informatori siccome titolare di un

⁴⁷ Per ragguagli, v., se vuoi, Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico, Padova, 2002, 23, dove si dice della figura che assiste il giudice nell'esame delle questioni tecniche, e che il Patent act del 1949 chiama anche independent scientific adviser, il quale risponde ai quesiti che gli sono sottoposti – appunto – in private.

interesse protetto ulteriore rispetto a quello della cui salvaguardia si pre-occupa l'autorizzazione alla stipula. Infatti, in ipotesi di "autorizzazione a vendere beni ereditari", "se l'istanza di autorizzazione a vendere riguarda l'oggetto d'un legato di specie, il ricorso deve essere notificato al legatário". Questi, dunque, si vuole titolato a interloquire siccome nell'interesse proprio possa somministrare elementi di fatto e di diritto rilevanti per l'autorizzazione del cui rilascio trattasi. Sicché, ove sia il notaio richiesto di accordarla, al legatario va assicurata la disponibilità a riceversi entro un termine ragionevolmente assegnabile al medesimo (secondo un potere implicitamente riconoscibile al notaio) gli elementi che, nell'interesse del soggetto che li apporta, debbano essere considerati per il rilascio dell'autorizzazione a vendere.

11. L'ATTO DI AUTORIZZAZIONE: FORMA, CONTENUTO, MOTRIVAZIONE, EFFICACIA

L'atto scritto (ma non solenne) di autorizzazione non è essenzialmente motivato, non foss'altro per l'estraneità all'ambito (oltre che della giurisdizione, anche) di applicazione dell'art. 3 L. n. 241/1990 (Motivazione del provvedimento): nei confronti del notaio la posizione del richiedente la stipula conosce quest'ultima come unico terminale oggettivo della pretesa, sicché ove la stipula in presenza dell'accertamento determinativo della capacità notarile corrispondente abbia comunque luogo, l'atto di autorizzazione che sia privo di motivazione non manca di concorrere al compimento esatto della prestazione esigibile dal pubblico ufficiale. Sopra costui non grava obbligo di motivazione, ma eventualmente essa ne integra i doveri, doveri nei confronti dei terzi in genere e dell'A.G., in specie funzionale a dar conto dell'esonero in concreto del potere autorizzativo naturalmente spettante a quella.

La motivazione, se non è uno degli *essentialia actus*, di necessità è pure integrabile o correggibile, non potendosi immaginare alcuna consunzione entro la data della stipula, fermo il differimento dell'efficacia dell'autorizzazione testualmente modificata siccome soggetta a nuova comunicazione (con conseguente proroga del termine di reclamo).

12. LA DETERMINAZIONE PER IL REIMPIEGO DI CORRISPETTIVI

"Ove per effetto della stipula dell'atto debba essere riscosso un corrispettivo nell'interesse del minore o di un soggetto sottoposto a misura

di protezione, il notaio, nell’atto di autorizzazione, determina le cautele necessarie per il reimpiego del medesimo”: si tratta di previsione assonante con quelle omologhe che si riferiscono all’A.G., qual è sub art. 748 cpv. c.p.c. E però, nel dualismo dei registri entro i quali si conduce questo commento, anche al riguardo delle cautele per il reimpiego di corrispettivi deve porsi mente alla distonia tra la misura notarile e la corrispondente giudiziaria.

La prima, in sostanza, è priva di autonomia rispetto all’autorizzazione alla stipula, non soltanto nel senso di costituirne quest’ultima il contesto formale quanto necessario, ma anche nel senso di non esserne dissociabile sotto il profilo altresì sostanziale oltre che non essere postergabile all’autorizzazione medesima (un potere che somiglia, *mutatis mutandis*, a quello di imputazione, il quale spetta al debitore, ma rimane esercitabile unicamente “quando paga”: art. 1193 c.c.).

L’autorizzazione, e in particolare l’acquisita sua efficacia, esprime una determinazione del genere presente all’art. 372 c.c., creando così una regola di condotta che costituisce un modo di essere dell’autorizzazione alla stipula, integrandola *tout court*. In pratica, “le cautele necessarie per il reimpiego” rientrano nell’accertamento determinativo della medesima fattispecie e la motivazione dell’atto è lo strumento a disposizione del notaio per dare conto, anche in ragione di cautele specificamente stabilite, dell’aumento della sua capacità di stipulazione. Ché, poi, ove il “reimpiego” debba avvenire attraverso un ulteriore atto per ministero dell’unico notaio le cautele in parola appaiono meglio esigibili come misure interinali, ma non meno necessarie: in ogni caso, la tecnica propria del reclamo, che tende a presentarsi come devoluzione piena e automatica e comunque esclusivamente rescindente, non ammetterebbe acquiescenza parziale né sopravvivenza alcuna di una determinazione di reimpiego in carenza di autorizzazione o di questa senza quella. *Simul stabunt simul cadent*, si direbbe, proprio per la reciproca integrazione dell’accertamento determinativo della fattispecie e delle cautele per il reimpiego dei corrispettivi.

13. LA COMUNICAZIONE E NOTIFICAZIONE

L’autorizzazione è oggetto di “comunica[z]ione], a cura del notaio, [...] alla cancelleria del tribunale” e “al pubblico ministero presso il medesimo tribunale”. Per implicito, ne viene ammessa in entrambi i casi anche la “notificazion[e]” in senso proprio (contemplata in generale, e perciò anche con riferimento all’atto), ma invero non sembra doversi avere riguardo

particolare per la specie del procedimento partecipativo, se cioè comunicazione o notificazione. Quest'ultima, che rimane senz'altro disponibile anche a istanza del notaio, è tuttavia strumento che, nei procedimenti con più parti (art. 739 c.p.c.), può, senza più monopolio del notaio, servire alla ulteriore partecipazione dell'atto autorizzativo per quella delle parti col maggior interesse ad accelerare la maturazione dell'efficacia, e dunque all'iniziativa della notificazione nei confronti di tutti i legittimati al reclamo. Si coglie al riguardo la possibilità di replicare, per il tramite dell'istanza di notificazione a cura della parte, lo schema surrogatorio della comunicazione di ufficio (segnatamente, dell'ufficio notarile), frequente nel sistema delle impugnazioni (art. 669-*terdecies* c.p.c.: “[...] nel termine perentorio [...] dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore”).

Quanto alla c.d. comunicazione, la stessa è infungibilmente “a cura del notaio”, e dunque è altro dall'istituto disciplinato dal c.p.c. (art. 136). Ha senz'altro scopo notiziale quando rivolta alla “cancelleria del tribunale”, e la sua forma appare libera. In ogni caso, la mancanza di tale comunicazione, che pure è doverosa anche se non è stabilito un termine neanche acceleratorio per il relativo compimento, affetta la sola decorrenza del termine per l'efficacia, che difatti non potrebbe ritenersi generalmente acquisita senza tale comunicazione nei confronti di ogni altro soggetto legittimato al reclamo e non diversamente notiziato.

Nei confronti del P.M., invece, la situazione giuridica soggettiva del notaio appare diversamente delineata atteso che – senza la relativa comunicazione, che è a sé stante e non può andare confusa con l'altra per la differente destinazione di ciascuna (a dispetto della modalità suggerita dallo studio approvato dal CNN) – al notaio rimane preclusa la possibilità di far maturare l'efficacia dell'atto e, così, l'autorizzazione per la validità della stipula, essendone condizione minima indefettibile l'assenza di reclamo (almeno) del P.M. nei venti giorni successivi (la pur possibile rinuncia al reclamo o ai termini relativi nemmeno da parte del P.M. pare conferire la *chance* di abbreviazione di questo intervallo temporale, che è l'elemento di per sé costitutivo dell'efficacia dell'autorizzazione comunicata).

Il P.M. non realizza qui un'ipotesi di intervento *ex art. 70 n. 5) c.p.c.* perché la sua partecipazione al procedimento di reclamo non è necessaria, salvo che abbia promosso tale mezzo: mezzo che, tuttavia, non integra affatto “eserciz[io de-] l'azione civile” ma rimedio preventivo nei confronti dell'efficacia dell'atto espansivo della capacità rogante del pubblico ufficiale.

L'eventuale rescissione dell'atto riporterebbe l'autorizzazione alla stipula corrispondentemente nella situazione *qua antea*.

A beneficio della parte richiedente nessuna comunicazione è prevista in termini formali, e del resto la parte mantiene interesse soltanto alla stipulazione finale, del che l'intervenuta autorizzazione rappresenta una condizione che si avvera approssimando la realizzazione dell'interesse maggiore e assorbente. Né alla parte richiedente spetta, ai fini dell'eventuale impugnazione, una comunicazione parimenti formalizzata dell'ipotetico diniego (o della sua motivazione), ciò che non è contemplato e che, per la via del reclamo stabilito in materia di autorizzazione, nemmeno potrebbe condurre al rilascio dell'autorizzazione, la quale, se rifiutata dal notaio, competerebbe comunque al giudice tutelare, e non certo al tribunale del reclamo.

Anche il principio di tipicità dei mezzi di impugnazione esclude, insomma, di dare ingresso a rimedi non previsti, né altrimenti utili essendo la risorsa naturale del giudice tutelare continuamente e stabilmente a disposizione della parte non soddisfatta della richiesta scritta *olim* rivolta al notaio; ciò ancor più considerando che, diversamente dalla disciplina generale (art. 741 c.p.c.), oggi l'art. 473-ter c.p.c. vuole che "i decreti del giudice tutelare, ove non sia diversamente stabilito, [...] sono immediatamente esecutivi".

14. L'IMPUGNAZIONE

"L'autorizzazione può essere impugnata innanzi all'autorità giudiziaria secondo le norme del codice di procedura civile applicabili al corrispondente provvedimento giudiziale", cioè "propo[nendo] reclamo", nella specie – a norma dell'art. 739 c.p.c. – "al tribunale [che sarebbe stato competente al rilascio della corrispondente autorizzazione giudiziale], che pronuncia in camera di consiglio in composizione monocratica", "nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione [...], se è dat[a] in confronto di una sola parte, o dalla notificazione se è dat[a] in confronto di più parti". Per il caso "dell'autorizzazione a vendere beni ereditari [che] appartengono a incapaci" la competenza spetta senz'altro alla Corte d'appello nel cui distretto è il tribunale del luogo in cui si è aperta la successione.

Sempre legittimato al reclamo è il P.M. presso il tribunale che sarebbe stato competente al rilascio della corrispondente autorizzazione giudiziale, organo che in base all'art. 21 in esame vede i casi ivi censiti come quelli in cui "deve essere sentito" (art. 738 c.p.c.), e però senza che la comunicazione

degli atti sia “previa”, bensì ugualmente necessaria ma differita all’emissione dell’autorizzazione notarile.

Avendo *retro* escluso la reclamabilità del diniego, nemmeno è il caso di ipotizzare l’evenienza che “può essere impugnata dagli istanti [...] l’autorizzazione [...] a condizioni diverse da quelle richieste”⁴⁸: la parte insoddisfatta rimane libera di ritrattare la richiesta di rogito e di accedere altrove per la ricerca dell’atto autorizzativo desiderato.

15. LA REVOCA E MODIFICA

Che le autorizzazioni per atto di notaio “possono essere in ogni tempo modificate o revocate dal giudice tutelare”, salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori, rimanda ancora una volta all’idea dell’immanenza all’ordine giudiziario di un deposito naturale di potere, inesauribile, che può costantemente svolgersi, fin-anche quando sia rimasta (precariamente) determinata *aliunde* una fattispecie dispensativa dell’esercizio del potere in questione. Così, l’A.G. può esercitarsi tanto in via originaria tanto in via secondaria, rimediale: col rimedio sospensivo dell’efficacia dell’atto notarile che è il reclamo, in pratica, si ristabilisce una situazione che prelude eventualmente a una forma di esercizio primaria di siffatto potere giudiziario, dato che, una volta revocato l’atto autorizzativo del notaio, per il governo della vicenda negoziale della persona bisognosa di protezione si consente la ripresa dell’iter autorizzativo (anche) presso il giudice competente.

Viceversa, con il rimedio sostanziato di revoca o modifica, proprio perché trattasi di esercizio garantito “in ogni tempo”, vale a dire anche quando siano “decorsi venti giorni dalle notificazioni e comunicazioni previste [...] senza che sia stato proposto reclamo”, e dunque l’atto è già efficace o addirittura una o più “convenzioni” siano state già stipulate grazie a quello, allora il tema fondamentale sembra risolversi nel coordinamento dei rimedi, il cui concorso – che riguarda soli atti di positivo rilascio dell’autorizzazione da parte del notaio, non mai di diniego, del quale all’estremo neppure sarebbe poi concepibile la revoca – peraltro insiste sopra uffici diversamente competenti.

⁴⁸ G. Santarcangelo, Volontaria giurisdizione: richiesta ed autorizzazione per vendita di bene ereditario, in *Notariato*, 2023, p. 104.

A mio avviso, il coordinamento si realizza utilizzando quale discrimine l'efficacia dell'autorizzazione, prima della quale il presidio spetta al mezzo del reclamo, che è *ad tempus datum*; dopo, invece, tutto il potere risiede nel solo giudice tutelare che lo esercita mediante revoca o modifica.

A margine delle osservazioni dedicate a detti esercizi secondari, vien fatto di ribadire che al notaio non spetta alcuna riserva di revocabilità o modificabilità sopra l'atto autorizzativo che avesse già elevato a oggetto ostendibile, trattandosi – quanto ai rimedi in genere – di monopolio dell'A.G., e però dovendosi ribadire che il ministero notarile potrebbe ancora essere ruscato in punto di stipula, al modo di un implicito ravvedimento in ordine alla capacità di rogare l'atto di cui il notaio fosse stato richiesto, con effetti della sua incoerente condotta probabilmente contenibili entro la relazione civilistica tra il richiedente il servizio e il professionista.

16. L'AMBITO DI ESCLUSIONE

“Restano riservate in via esclusiva all'autorità giudiziaria le autorizzazioni per promuovere, rinunciare, transigere o compromettere in arbitri giudizi, nonché per la continuazione dell'impresa commerciale”: si tratta di disposizione non veramente necessaria, a ben riflettere, dato che soltanto eventualmente “atti pubblici e scritture private autenticate” – vale a dire le attribuzioni finali del notaio rogante – costituiscono gli elementi terminativi della serie che principia in una delle “autorizzazioni” qui menzionate. Infatti, quando si tratta dell'iniziativa o della terminazione di “giudizi”, siccome rinunciati o transatti o traslati, non appare essenziale la redazione di atti notarili, e dunque l'autorizzazione per quegli altri invece occorrenti non potrebbe in via di principio spettare ad alcun “notaio rogante”. Per giunta, là dove – di contro – “atti pubblici e scritture private autenticate” dovessero rinvenirsi, in tale forma risultando stipulati (ancorché in-essenzialmente) rinunce, transazioni o convenzioni di arbitrato, allora qualche dubbio potrebbe sorgere con riferimento proprio a queste ultime, se riferite a clausola compromissoria⁴⁹ e non già compromesso. È noto infatti che, in base all'art.

⁴⁹ Sia consentito ancora dissentire anche dall'esemplificazione recata dal noto Studio del CNN, ove si fa cenno (pg. 25) al “contratto di mutuo avente nel contenuto negoziale la previsione di una clausola di deferimento all'arbitrato bancario finanziario”, ciò che non integra certo una clausola compromissoria in senso proprio.

808, 2° comma, c.p.c. “il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissória”, onde l’apposita “autorizzazion[e] per [...] compromettere in arbitri giudizi” si riferisce di necessità al solo compromesso, del quale il c.p.c. si limita a prescrivere che dev’essere “fatto per iscritto” (art. 807).

Pur non costituendo integrazione inseparabile della complessiva disciplina, non è dubbio che la disposizione qui specialmente in commento aiuti nel considerare giusta la tensione interpretativa sopra il resto della normativa in direzione espansiva, cioè idonea a enfatizzare, nei limiti della funzionalità dell’innovazione, la capacità autosufficiente del notaio rogante, che nella parte attributiva non conosce un censimento tanto analitico delle sue competenze mentre una tecnica di tal fatta ne caratterizza piuttosto le sottrazioni, denotando così la possibilità di intenderle in misura stretta e rigorosa.

Inviato il 01.10.2024.

Pubblicato il 20.05.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Questo articolo è distribuito con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale 4.0 Internazionale.

A “NOVA COMPETÊNCIA” DOS NOTÁRIOS ITALIANOS EM ASSUNTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Ferruccio Auletta^{50 51}

Sumário: 1. O Conselho Nacional dos Notários e o estudo que segue o critério “para tomar como parâmetro de referência da atividade que o tabelião deve executar o que a autoridade judicial tem realizado até o momento” – 2. Autorização notarial como ato administrativo, não provisório, produzido em ato formal, diverso da forma judiciário, sem potestividade – 3. Capacidade inerente à conclusão e poderes implícitos: a nomeação do curador especial como exemplo de implicação – 4. Dever de pronúncia da autoridade judiciária: faculdade de autorização do notário: decisão negativa da autoridade judiciária e ausência de simetria do ato notarial – 5. A coerente ausência de recurso ao livre exercício da atividade notarial: sem prejuízo de ulterior intervenção do Ministério Público – 6. Irredutibilidade das competências em assuntos de jurisdição voluntária (também do ponto de vista da reclamação) – 7. Análise do art. 21 do Decreto Legislativo n. 149/2022 – 7.1. As partes – 7.2. O pedido – 7.3. A instrução processual – 7.4. A oitiva do legatário – 7.5. O ato de autorização: forma, conteúdo, motivação e eficácia – 7.6. Determinação para reutilização dos emolumentos – 7.7. Comunicação e notificação – 7.8. A impugnação – 7.9. Revogação e modificação – 7.10. Âmbito de exclusão.

Palavras-chave: Competência dos notários italianos; jurisdição voluntária; Reforma Cartabia.

⁵⁰ Professor titular de Direito na Universidade Luiss Guido Carli em Roma. Membro do Conselho de Administração da Associação Italiana de Estudos sobre Processo Civil. Professor visitante na *Dickson Poon School of Law, King's College* de Londres. Magistrado, membro do Secretariado do Conselho Superior da Magistratura. Assistente de estudos do Tribunal Constitucional Italiano. Membro do Gabinete do Ministro da Justiça. Jornalista. E-mail: fauletta@luiss.it

⁵¹ Artigo originalmente apresentado em italiano, cuja versão é apresentada anteriormente nesta Revista. Livre tradução do Editor, a pedido do autor, revisada institucionalmente no âmbito da Procuradoria-Geral do Município de Joinville.

1. O CONSELHO NACIONAL DOS NOTÁRIOS E O ESTUDO QUE SEGUE O CRITÉRIO “PARA TOMAR COMO PARÂMETRO DE REFERÊNCIA DA ATIVIDADE QUE O TABELIÃO DEVE EXECUTAR O QUE A AUTORIDADE JUDICIAL TEM REALIZADO ATÉ O MOMENTO

A Lei de 25 de novembro de 2021, n. 206, art. 1º, n. 13, previa no âmbito da “Delegação ao Governo para a eficiência do processo civil” que “os decretos legislativos ou decretos que contenham alterações ao regulamento dos processos em Câmara fossem adotados com observância dos seguintes princípios e critérios orientações: [...] b) prever intervenções destinadas a transferir [...] para notários [...] algumas das funções administrativas, na jurisdição voluntária, atualmente atribuídas ao juiz cível e ao juiz de menores, identificando também as áreas específicas e os limites desta transferência de funções”.

Foi, muito claramente, uma iniciativa cujos pré-requisitos consistiram, antes de mais nada, na maior capacidade do julgamento e do direito processual face à jurisdição prevista na Constituição Italiana (art. 111), embora não possa haver jurisdição sem julgamento, continua a ser muito possível que haja julgamento sem jurisdição. E o Código de Processo Civil Italiano recolhe (registra) acontecimentos de processos que não concretizam verdadeiramente a competência da atividade jurisdicional regulada por lei, mas sem que esteja implicada qualquer forma de proteção de direitos, como - precisamente - quando é atribuída ao juiz, ainda que facultativamente do ponto de vista do legislador, uma função alheia à garantia de direitos subjetivos e própria à gestão de meros interesses (jurisdição voluntária).

Na perspectiva reformista, o Governo tinha o poder de mudar esta função administrativa: isto é, atribuir a capacidade ao funcionário notarial em lugar da competência do juiz e do processo relacionado (ou seja, aquele tipo de processo com estrutura de interrogatório, em igualdade de condições, perante um terceiro imparcial). Transferir significa, na verdade, deslocar, levar para outro lugar.

Contudo, não se verificou qualquer transferência, mas sim - a abertura de uma via paralela, conjugando a “prestação judicial correspondente” (leia-se: jurisdicional ou proferida por órgão judicial) com a possibilidade de autorização do notário “para a estipulação de escrituras públicas autenticadas e de escrituras privadas que envolvam menor, interdito, incapaz ou beneficiário de medida de apoio à administração, ou relativas a bens

hereditários” (art. 21, Decreto Legislativo de 10 de outubro de 2022, n. 149). Tal como refere o relatório explicativo, foi criada uma “dupla via” para que o interessado possa alternativamente recorrer ao notário ou ao juiz.

Quando isso aconteceu, o Conselho Nacional do Notariado aprovou um estudo *ad hoc* caracterizado pelo critério enunciado “de tomar como parâmetro de referência a atividade que o notário terá de exercer àquela que a autoridade judiciária⁵² tem desempenhado até agora”, dando um rumo ao debate e à prática em formação caracterizada por dogmatismos que não são verdadeiramente justificados⁵³, simetrias forçadas ao limite da estabilidade conceitual, mas muito além da sustentabilidade mensurável na razoabilidade e na eficiência.

A tentativa de contribuir para uma aplicação que se adapte sensatamente à lógica das novas disposições leva-me a explicar como, já do ponto de vista do rigor científico, algumas soluções são completamente necessárias e, na verdade, intimamente falhas pela restrição dogmática do intérprete, um verdadeiro viés cultural. E é precisamente eliminando o preconceito existente no parâmetro de referência que o caminho de reforma pretendia seguir parece tornar-se, o sentido dela, verdadeiramente claro.

2. AUTORIZAÇÃO NOTARIAL COMO ATO ADMINISTRATIVO, NÃO PROVISÓRIO, PRODUZIDO EM ATO FORMAL, DIVERSO DA FORMA JUDICIÁRIA, SEM POTESTATIVIDADE

Com efeito, a primeira consideração é que, sem prejuízo da natureza pública do notário, a regulação do concurso de poderes e das formas correspondentes não pode derivar da competência jurisdicional, o que implica o

⁵² FABIANI, Ernesto; PICCOLO, Luisa. L'autorizzazione notariale nella rifor. In: FABIANI, Ernesto; GUGLIELMO, Rocco; PACE, Vito. **Riforma della volontaria giurisdizione e ruolo del notaio**. V. I. Gli Studi. Roma: Giuffrè Francis Lefebvre – Galli Edizioni. 2023. p. 13. O Estudo foi aprovado pelo Grupo de Trabalho sobre a reforma da jurisdição voluntária em 9 de fevereiro e pelo Conselho Nacional do Notariado em 13 de fevereiro de 2023, depois publicado na CNN News n. 31, de 17 de fevereiro de 2023.

⁵³ Basta ver como a própria doutrina notarial se conformava a ela: para todos, vejam. NUCERA, Susanna. **La nuova volontaria giurisdizione**: dopo la riforma cartabia. Pisa: Pacini Giuridica, 2023, p. 81 e seguintes, no qual a autorização notarial é elevada à categoria de “provisão [...] oficial”, e é o resultado de um verdadeiro “processo”. Não menos é o ressentimento de algumas práticas já relatadas no Estudo n.80-2023/PC, aprovado pelo Grupo de Trabalho sobre a reforma da Jurisdição Voluntária em 18 de dezembro de 2023.

pertencimento dos diferentes sujeitos a uma ordem comum (dentro da qual cada um dos membros se reconhece peculiarmente no princípio da Kompetenz-Kompetenz) ou a mesma capacidade efetiva dos atos expressivos da função única (como é, por exemplo, na relação entre árbitros e a atividade jurisdicional). Em suma, se “as autorizações para a estipulação de escrituras públicas autenticadas e de escrituras privadas que envolvam menor, interdito, incapaz ou beneficiário de medida da administração de apoio, ou relativas a bens hereditários, possam ser emitidas [...] pelo notário”, a competência permanente e constante “do tribunal [...] para emitir a autorização judicial correspondente” não representa uma pluralidade de tribunais concorrentes em sentido eletivo, nem o governo desta pluralidade pode levar à litispendência [justamente por um problema de não jurisdição], muito menos uma suposta transitividade intersubjetiva do “pedido escrito” garante[ria] uma continuidade funcional inexistente.

A autorização notarial (digamos, em sentido declaratório ou de volitivo de estipulação entre as partes) e a autorização judicial, também pela circunstância desta última não ser transferida para aquela nem ser o juiz quem “confia” algo ao notário ou este quem atua “por delegação” daquela, continuam sendo atos igualmente inexpressivos de jurisdição (pelo menos no sentido constitucional). Remontando a atribuições diferentes, não semelhantes, o menor denominador comum das funções administrativas também exigidas do notário e às quais se deve agregar sua nova autorização (ato público ou autenticação de assinatura), não sugere outra coisa senão a sua natureza pública. Trata-se de um ato público de administração, não provisório, de forma documental de modo a tornar-se objeto de “comunicações”, “formalidades publicitárias” e “recursos”, mas diferente do judicial, embora correspondente.

Este último diferencia-se, antes de mais nada, pelo seu poder, ou seja, pela capacidade de modificar a situação jurídica dos destinatários relativamente ao autor, o que falta ao ato do notário que se autoautoriza, ato que contém a série peculiar dos seus efeitos na esfera pessoal do autor, ampliando a sua capacidade, mas sem modificação autônoma e estável do estatuto de terceiros; um ato relativamente ao qual os encargos reativos de terceiros (pense no recurso dentro do prazo dado para o efeito) ou deveres específicos de cumprimento (pense na parafernália publicitária das chancelarias) pertencem ao espectro normal da eficácia pública de um ato, na medida mínima de que geralmente também beneficiam terceiros.

Para se convencer da consistente alteridade dos fenômenos (que, aliás, do ponto de vista do notarial possui a natureza jurídica de ato), apenas ocasionalmente é qualificado como procedimento, perfectibilizando-se de forma instantânea e não necessariamente diacrônica, bem como tendendo a libertar-se da disciplina da Lei Italiana n. 241/1990, desde a ausência de qualquer prazo conclusivo), bastaria considerar a competência obrigatória nos termos do art. 28 do CPC italiano do juiz que não encontra essa paridade na capacidade geral inerente a qualquer notário, desde que execute por sua própria iniciativa (*motu próprio*) os pressupostos inerentes à autorização notarial no ato (escritura).

O notário, em outras palavras, vê a sua capacidade de determinar autonomamente um caso, que de outra forma exigiria integração por outro órgão a partir de fundamentos posteriormente apresentados, ampliada com base no critério de inerência ao ato a praticar. Nos casos – e sempre – que o notário já poderia “apresentar recursos relativos a matérias de jurisdição voluntária, relativamente às estipulações que as partes lhe confiarem” (art. 1º, da Legge Notarile n. 89/2013), para que exerça jurisdição resultado do procedimento regulado por lei, a parcela de poder que falta à concretização do ato é-lhe agora concedida para que possa realizar de forma conclusiva e determinativa a avaliação dos atos notariais (utilizo o adjetivo “determinativo” naquele sentido que, para o caso concreto, designa a função de “completar uma constituição já avançada com instrumentos que sejam, ao mesmo tempo, concretizadores de uma disciplina já estabelecida”, “que já estabeleça os critérios essenciais do como será realizada o ato, além da subordinação de um ou mais interesses de sujeitos para outro ou outros”⁵⁴). Tudo isso é exercido sem caracterizar em si a atividade notarial jurisdição: preservando-se de forma inalterada a atividade jurisdicional, sem qualquer regime alternativo ou efeito de exclusão que possa surgir da instauração de um ou de outro processo.

⁵⁴ MONTESANO, Luigi. La tutela giurisdizionale dei diritti. In: ROBINO, Domenico. **Trattato di diritto civile italiano fondato da Fillipo Vassalli**. Tomo XIV, Torino: UTET, 1985. p. 135 e seguintes. Se fosse considerado um exemplo do art. 320, §3º, do Código Civil Italiano: “Os pais não podem alienar, hipotecar ou penhorar os bens recebidos pelo filho por qualquer motivo, ainda por morte, aceitar ou renunciar a heranças ou legados, aceitar doações, proceder à dissolução de comunhões, contrair hipotecas ou arrendamentos com duração superior a nove anos ou praticar outros atos que excedam a administração ordinária, nem promover, transigir ou transigir em sentenças arbitrais relativas a tais atos, salvo manifesta necessidade ou benefício do filho após autorização do juiz da tutela”.

Admitidas concessões, essa é uma situação logicamente semelhante à do árbitro após ser destituído do encargo, a partir da leitura do art. 819 do Código de Processo Civil italiano: “*resolv[er] sem autoridade de coisa julgada todas as questões relevantes para a decisão do litígio, mesmo [...] sobre questões que não podem ser objeto de convenção de arbitragem*”. Nessa disposição, antes da Reforma de Cartabia, o notário se encontrava “por lei” na posição de árbitro que, em questões semelhantes, sempre teve que esperar a “decisão” de outrem com força de coisa julgada para permitir a implementação. Hoje, “solicitado, eu o notário ...” é antes uma fórmula abreviada para uma expressão de maior capacidade geral para resolução de conflitos inerentes à intervenção do menor ou de outro sujeito (como nos casos de medida de proteção ou de bens hereditários), ainda que apenas para efeitos daquela estipulação para a qual recebeu o encargo.

A autorização integra sempre e em qualquer caso o equivalente a uma mera questão incidental na ordem da sequência notarial. Ela depende da circunstância normativamente unívoca pela qual a autorização nunca poderia ser pedida ao notário, isto é, na ausência de um “pedido” de estipulação da escritura ou de autenticação da escrita, que constituem antes o objeto em perspectiva do qual surge a questão incidental.

Por isso, começando pela ideia de acesso à justiça, e consequentemente à jurisdição, sendo o único lugar onde a autorização permanece sempre sujeita a um provimento jurisdicional, não há qualquer possibilidade de conflito, nem qualquer forma de inibição que impeça o pedido por si só e mesmo nenhuma garantia da eficácia da autorização notarial como um “ato” em si (e não um provimento com caráter decisório, que é um predicado de autoridade): pense-se na pluralidade de pedidos dirigidos a múltiplos notários⁵⁵ ou na morte ou extinção do cartório na sequência da comunicação da autorização, apesar de terem decorrido vinte dias “sem que tenha sido apresentada reclamação”; nem mesmo nesses casos – aliás – parece necessário admitir qualquer tipo de reflexão do primeiro sobre o ulterior

⁵⁵ O estudo da nota 1, aqui analisado, considera “oportuno que o requerente declare, no pedido escrito dirigido a determinado notário, que ainda não fez o mesmo pedido a outro notário ou à autoridade judiciária” (pág. 43). Essa declaração, sugere Susanna Nucera (**La nuova volontaria giurisdizione**: dopo la riforma cartabia. Pisa: Pacini Giuridica, 2023, p. 169), exigiria uma formalização específica, isso é, que no formulário apresentasse certificação de que faz a declaração “nos termos do Decreto Presidencial 445/2000” e “de que não há outros pedidos pendentes”.

pedido ou - no máximo - aquisição de uma vez por todas da legitimidade à estipulação notarial. A ampliação da capacidade de autodeterminação do notário em matéria de jurisdição voluntária, sobretudo à implementação da disposição de vontade dos interessados, nada mais é, para o particular, do que a revelação do dever de procurar posteriormente, na avaliação concreta do ato notarial, a concretização de um pré-requisito de sua própria estipulação. É apenas esta última (a estipulação) que marca o limite natural de desdobramento desta capacidade (notarial) acrescida.

3. CAPACIDADE INERENTE À CONCLUSÃO E PODERES IMPLÍCITOS: A NOMEAÇÃO DO CURADOR ESPECIAL COMO EXEMPLO DE IMPLICAÇÃO

Diferente do critério relacionado à capacidade para “lavar escrituras públicas autenticadas e escrituras privadas em que esteja envolvido menor [etc.]” - a competência que hoje justifica a avaliação definitiva da “espécie de autorização” por meio de um ato autossuficiente, admissível apenas sob a forma de disposição exterior que encerra em si um processo efetivo - é o critério de validação da eficácia jurídica da capacidade notarial globalmente reconhecida.

Este critério distinto, que por lógica interna não pode ser explicado, parece ser invocado para confirmar na função notarial de uma estipulação também a designação autônoma do curador especial, quando for o caso (arts. 320 e seguintes do Código Civil italiano): quando se trata de um (outro) ato necessário ao cumprimento do mandato naturalmente incluído no “pedido escrito” de estipulação, a designação do curador especial parece razoável para qualificar como elemento de capacidade implicitamente aditiva (de acordo com o art. 1.708 do Código Civil italiano), não sem ter observado que já segundo o Código de Processo Civil italiano a “correspondente” “medida de nomeação” (art. 80) pertence indiferentemente ao agente público que exerce jurisdição prospectiva (“o órgão judicial perante o qual o caso se destina a ser apresentado”) ou jurisdição atual (“o juiz que prossegue”) em relação a assuntos específicos.

Em síntese, caso seja necessária a utilização de curadoria especial por meio de atividade notarial, parece que é a atribuição dessa maior capacidade (reconhecida na medida da escritura definitiva) que inclui a possibilidade de exercer um menor compartilhamento em caso de necessidade, como na resolução do “conflito de interesses” acidental detectável pelo caso solvido na

via notarial (que pode muito bem surgir na fase de instrução preliminar, na forma contemplada por exemplo pelo art. 410 do Código Civil italiano, com a consequente “provocação” da intervenção do órgão extraordinário, sendo o curador especial um órgão ordinário e estável como o é para o falecido, o incapaz, a herança não resolvida, dentre outros semelhantes).

Além disso, a título de exemplo, a lei já permite que o notário “seja assistido por consultores”, e se na lei se procura um critério discricionário também quanto à admissibilidade desta figura, não há dúvida de que o critério volta a ser o da necessidade (art. 61 CPC italiano: “quando for necessário, o juiz poderá ser assistido, para a prática de atos individuais [...], por consultor”). É evidente que também aqui existe uma diferença radical entre o resultado do aumento da capacidade do notário e o exercício do poder de nomeação do curador especial tipicamente jurisdicional; só neste último caso, de fato, é considerada a estabilidade (do ponto de vista da efetividade) da nomeação, independentemente de o notário ser responsável por ela.

O mesmo não acontece com a designação que se dá por meio do trabalho do notário, cuja capacidade individual só pode imunizar a anulabilidade da escritura pública ou da escritura privada celebrada com a sua assistência, e não (também) o negócio conexo celebrado (no entanto) por ato de terceiros.

Além disso, o curador designado pelo notário em questão obriga este último para com os primeiros e não para com as partes (contra as quais estaria diretamente relacionada a relação de quem foi nomeado pelo magistrado), sem prejuízo do direito do notário de recuperar das partes as despesas necessárias à estipulação que exigiu a intervenção do curador especial.

4. DEVER DE PRONÚNCIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA: FACULDADE DE AUTORIZAÇÃO DO NOTÁRIO: DECISÃO NEGATIVA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA E AUSÊNCIA DE SIMETRIA DO ATO NOTARIAL

Na lógica da reconstrução que se oferece, na qual está o poder da autoridade judiciária (que, como se sabe, é regularmente uma situação subjetiva de dever: é decorrência do império da jurisdição) se justapõe uma faculdade do notário. Não se concebe qualquer relevância externa da eventual negação de sua utilização, a começar pela ausência de qualquer comunicação que parece postular pelo facto de o notário ter decidido omitir, ainda que solicitado, o que na realidade, sem exprimir um poder do qual é

feito depositário, cria uma opção pessoal do rogador, opção que em sentido negativo não encontra constrangimentos de simetria formal com a do sinal oposto, já por falta de necessidade pública de conhecer a motivação.

E se “a autorização pode ser impugnada perante a autoridade judiciária de acordo com as regras do código de processo civil aplicáveis à disposição judicial correspondente”, não importa que uma (a autorização) e outra (o indeferimento) sejam a mesma coisa; que o ato (ou seja, apenas a autorização emitida facultativamente na aceitação do pedido) e a disposição (que, por outro lado, emanada do juiz também pode ser negativa, mas em qualquer caso necessária e motivada) partilhem natureza e efeitos [distintos]. Nem uma vez o sistema jurídico atribui formas corretivas semelhantes contra objetos mutuamente diferentes (p. ex. art. 6º e seguintes do Decreto Legislativo de 1 de setembro de 2011, n. 150).

Além disso, compete ao legislador distribuir o poder de anular atos administrativos entre os foros jurisdicionais adequados, não excluindo o juiz natural ou a jurisdição ordinária inicialmente elegida pela legislação italiana aplicável. com base no art. 113, §2º⁵⁶, Constituição Italiana.

5. A COERENTE AUSÊNCIA DE RECURSO AO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE NOTARIAL: SEM PREJUÍZO DE ULTERIOR INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O ordenamento jurídico italiano não tem de prever remédios contra a inércia do notário que decide não dar seguimento ao pedido de colmatação ou suprimento da emissão da autorização (embora a externalização dos motivos da recusa possa continuar a ocorrer naturalmente como tema de regulação das relações profissionais da atividade notarial).

A parte cuja expectativa de autorização notarial não é satisfeita permanece como está, sem prejuízo do acesso (não apenas a outro profissional,

⁵⁶ “Contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa. Essa tutela jurisdicional não pode ser excluída ou limitada a particulares meios de impugnação ou por determinadas categorias de atos. A lei determina quais os órgãos de jurisdição que podem anular os atos da administração pública nos casos e com os efeitos previstos pela própria lei”. ITALIA, Senado da República. **Constituição da República Italiana – Costituzione Italiana**. Traduzione in língua portuguesa. Roma: Senato della Repubblica, 2023. Disponível em: < https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_PORTOGHESE.pdf> Acesso em: 14 janeiro 2025.

mas) ao Poder Judiciário em si; e nenhuma analogia de situações pode permitir que surja um julgamento constitucional de censura sobre a não equivalência entre a possibilidade de reiterar o pedido à autoridade judicial.

A ausência de remédio para o livre exercício da atividade notarial (tomando emprestada, ao extremo, o conteúdo do julgamento no Tribunal Constitucional n. 253/1994) lhe garante essa característica: facultatividade sem opressão. Também não pode fazer sentido o hipotético (pelo estudo da CNN) “poder de recurso do Ministério Público, apesar da letra incompleta da norma, [...] mesmo em caso de recusa de autorização”. Caso contrário teria de ser admitida legitimidade substitutiva no pedido de autorização, o que na verdade acabaria por ser concedido ao órgão ministerial sem que a parte tivesse exercido essa pretensão ao juiz natural.⁵⁷

6. IRREDUTIBILIDADE DAS COMPETÊNCIAS EM ASSUNTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA (TAMBÉM DO PONTO DE VISTA DA RECLAMAÇÃO)

A alteridade da autorização notarial e judicial é um pressuposto do tema debatido e não uma determinação inegociável da reconstrução aqui proposta. Essa ideia reflete-se na impossibilidade de pensar ambas as formas de exteriorização da jurisdição voluntária como expressão de um poder único, exercido em locais distintos, mas funcionalmente equivalentes. Só o poder autoridade judicial, de fato, faz *jus* a algumas características, inesgotabilidade acima de todas as outras e indiferença relativamente a qualquer processo em curso junto do notário requerido; nada disso poderia ser replicado em benefício da serventia extrajudicial.

Pense-se, em primeiro lugar, no monopólio judicial de revogação e modificação da autorização, que, no entanto, quando exercida por notário, não deixa neste último qualquer dever de ação em contrário, sem prejuízo

⁵⁷ Comentários do tradutor: Na visão do autor, nem mesmo o exercício do dever de fiscalização da atividade notarial por parte do Ministério Público, atribuição que na jurisdição brasileira é tributável às Corregedorias-Gerais de Justiça diante da característica delegatária da atividade notarial, poderia ser qualificado como verdadeiro direito de recurso ou de revisão da opção do notário. Haveria, portanto, uma insindicabilidade da opção do notário em optar ou não optar em realizar a jurisdição voluntária. Isso não significa dizer que procedimentalmente os notários possam ou não vir a ser compelidos a documentar a motivação dos atos de recusa, em procedimento formal, ao menos na Itália.

da disponibilidade desta faculdade pelo notário e talvez da indisponibilidade motivada do exercício da jurisdição voluntária por ele em razão de contingências impeditivas (as mesmas que dariam origem à revogabilidade). O efeito extintivo-modificativo da colmatação da vontade por meio do ato notarial não permite que eventual controle desse ato, não havendo impugnação quanto às razões em si da estipulação da vontade, possa irradiar efeitos à operação principal realizada em cartório, isso é, os vícios da autorização não podem ser deduzidos como causa de cancelamento da operação estipulada pelo notário (art. 322 e art. 1.425 do Código Civil italiano).

Ainda no que diz respeito ao caráter dúplice desse controle da estipulação, que por se tratar de jurisdição voluntária pode ser exercido diretamente pelo notário ou por autoridade jurisdicional togada, pode o juiz modificar a estipulação nos vinte dias sequenciais outorgados à concretização definitiva do ato, com a ressalva da impossibilidade de renúncia ao prazo ou aquiescência correspondente para abreviar esse procedimento. Diferentemente, a formulação de pedido de jurisdição voluntária diretamente ao juiz togado permitiria a implementação imediata da estipulação de vontade, justamente por ausente o prazo de controle. Como relata a CNN, “não é permitido ao notário conceder a executoriedade provisória da prestação (que pode ser requerida à autoridade judiciária)”.

Tampouco a reclamação comum a ambas as hipóteses de autorização pode ser resolvida em sua re(con)dução à unidade: a “reclamação” contra o ato de autorização do notário como se fosse a “previsão jurisdicional correspondente” (isso é, emitida por órgão judicial estatal) nada mais é do que o instrumento oferecido *in itinere* para reatribuir, após a tentativa do notário, todos os poderes na matéria à autoridade judicial, para possivelmente renovar ali por completo como originalmente deveria ter sido a exposição do pressuposto da estipulação notarial à cognição que é autenticidade da disposição de vontade não simplesmente a publicidade dessa declaração.

Assim, por meio da “impugnação perante a autoridade judiciária” na realidade, além de postergar a eventual eficácia da estipulação até a solução do instrumento de controle/recursal, promove-se certamente a ablação do ato notarial (escritura) em curso (e da correspondente situação preliminar que seria implementada pelo exercício da jurisdição voluntária), sem contudo excluir definitivamente a sua estipulação, em qualquer caso: não no caso de indeferimento da reclamação, obviamente; mas nem mesmo no caso de aceitação da petição, dado que, deve limitar-se à fase rescisória, aquele juiz fica desprovido da inderrogável competência sobre a autorização e também

de simples pedidos dela derivados (já que deve solver o procedimento relacionado aos limites do exercício da jurisdição por parte do notário, muito semelhantemente o que ocorre na arbitragem), e quando a competência fosse novamente exercida nenhuma preclusão poderia ser legitimidade oposta.

A partir dessas considerações que permitem reler as disposições normativas do microsistema do art. 21 do Decreto Legislativo n. 149/2022, um exame pormenorizado de seus artigos pode ser útil e é agora promovido.

7. ANÁLISE DO ART. 21 DO DECRETO LEGISLATIVO N. 149/2022

7.1. As partes

Para efeitos do pedido de autorização (e não da celebração da escritura, cujas partes podem muito bem ser “terceiros” para efeitos da disciplina em causa), são denominadas “partes” os sujeitos que atuam com o incapaz ou para o interesse deste ou, ainda, para os bens hereditários, atuação essa que deve ter autorização específica da autoridade jurisdicional ou, no caso em estudo, do notário, em jurisdição voluntária.

Em regra, são sujeitos investidos de formas de representação por lei e não por ato do interessado: não representam por afinidade ou escolha; são pessoalmente habilitados ao pedido de estipulação que exija autorização prévia ou, alternativamente, por intermédio de um procurador, em qualquer caso com poder de requerimento que decorra apenas da qualidade jurídica do agente, sem necessidade de previsão expressa, ainda que a função de preposto (ou de representação legal) possa ser atribuída a um ato específico.

Deve excluir-se dessa interpretação a ideia de que o procurador legal (isso é, a pessoa que possua esse mandato para falar em nome de) possa ser entendido como uma pessoa que não seja membro da ordem dos advogados e, portanto, exerça legalmente a função num sentido objetivo. Como tal, esta pessoa poderia efetivamente desempenhar o encargo por intermédio de outro ato legal de atribuição de validade ao mandato, isso é, por ato do notário.

A legitimidade para requerer a edição do dispositivo diz respeito ao disposto no art. 1º da lei notarial italiana, por próprios “recursos”, mas é precisamente o objetivo de evitar a utilização de outros meios que determinou o legislador a atribuir a cada notário a possibilidade de determinar se todas as condições da representação e do mandato estão presentes. Esse dever de fiscalização e averiguação dos fatos é necessário para que se mantenha

a faculdade (alternativa) de impugnar os atos diretamente à autoridade jurisdicional, no interesse da parte de conceder a autorização diretamente àquela pessoa que se apresenta como mandatária e, também, o interesse de postular a concessão desta para outra pessoa.

7.2. O pedido

Diferentemente do que se acreditava no estudo do Conselho Nacional dos Notários (CNN), o ato de impulso (nem pedido, nem recurso) nada mais revela do que a disponibilidade e retratabilidade da atribuição do encargo de exercício da jurisdição voluntária ao notário (uma espécie de mandato notarial). Esse encargo está situado, do ponto de vista de sua natureza e função, para além da jurisdição e do processo. Isso leva à exclusão de qualquer utilidade da referência aos documentos partidários e à sua regulamentação que consta do CPC italiano (art. 125), incluindo quanto a eventuais vícios (na forma do art. 156 e seguintes do Código de Processo Civil italiano).

Uma vez excluída (tanto textual como sistematicamente) qualquer nulidade por ausência de forma escrita (e de assinatura), a exemplo do que ocorre na interpretação processual dos recursos de cassação italianos, “é possível deduzir aliunde, a partir de elementos qualificativos, a quem é atribuído do ato processual” (Seções Conjuntas Cíveis, Sentença n. 6477, de 12 de março de 2024), permite-se a integração posterior da forma (atendendo-se ao princípio também vigente no processo civil italiano da instrumentalidade das formas), pois não é determinante a anterioridade de um documento escrito contendo requisitos pré-determinados. Para efeitos da relação entre as partes (interessado e mandatário) que comparecem ao notário basta o resultado escrito do encargo, incluindo todos os atos necessários à conclusão da estipulação, para lhe conferir efeitos jurídicos formais e definitivos, sem necessidade de certificações ou qualquer outra coisa. No máximo, é a procuração utilizada pelo requerente, quando diversa da pessoa que se apresenta fisicamente perante o notário, que fica afetada pela forma exigida pelo princípio a que se refere o art. 1392 do Código Civil italiano.

Em última análise, a forma do pedido diz respeito à documentação completa da relação entre a parte e o funcionário público (documentação que, nos limites do atestado de fidelidade, pode abranger todas as “declarações das partes”). Quanto ao notário, o aumento da capacidade rogatória por meio da verificação definitiva de condições que, de outra forma, seriam expostas posteriormente na escritura ou no ato notarial não exige forma

específica: pode ser colmatada posteriormente. Por isso, esse procedimento não é incompatível com a manifestação oral original do pedido que é depois reproduzida por escrito por parte do notário (ausente, nessa perspectiva, qualquer exigência formal para a eventual desistência do pedido). O mesmo, aliás, também se aplica ao pedido judicial, que ora pode ser proposto oralmente (art. 316 e parágrafos), ora efetivamente apresentado (art. 825 do Código de Processo Civil, “propõe pedido mediante interposição [...]”).

Dada a decisão que autorização encerra em si, esta permanece sempre autossuficiente, mesmo quando o pedido não tenha assumido a forma exigida.

Em suma, não há necessidade de invocar a aplicação do art. 43, n. 2, do Código Civil italiano, segundo o qual “nos casos urgentes o pedido de providência [do juiz da tutela] também pode ser feito verbalmente ao juiz”, e não só porque a reconstrução proposta permitiria sempre recurso verbal, mas sobretudo porque o pedido escrito ao notário seria incompatível com a urgência da matéria dado que só a forma exigida à exteriorização do ato à autoridade jurisdicional seria capaz de garantir a eficácia imediata da autorização e a máxima brevidade do intervalo exigido perante este último, pelo menos em teoria.

7.3. A instrução processual

A fase de instrução do pedido refere-se às características de produção e exteriorização do ato, tais como a informalidade (prescrita textualmente: “sem formalidade”), o caráter atípico das fontes de informação (“consultores” é sintomaticamente desprovido de qualquer determinação, inclusive gramatical), a desestruturação dos atos e a falta de regras pré-estabelecidas para documentação, além do fator ilustrativo que caracteriza aqueles documentos explicitamente registrados.

Isto significa, por outras palavras, que - continuando na linha ideal de conjunção dos exemplos - outros documentos podem ainda ser considerados acessíveis ao notário, que no cumprimento do respectivo mandato deve estar sempre disponível e acessível perante terceiros habilitados ao exercício da atividade para a qual o (potencial) rogador foi solicitado, cuja falta de cooperação desses terceiros (na ausência de regras gerais como o art. 68, §3º, para o “juiz”, ou particularidades como o art. 816, §3º, do CPC italiano para os “árbitros”) contribui para manifestar ainda mais o caráter da atividade notarial (atípica), pois não substitui os poderes do juiz natural; ao

contrário, traduz “prestação jurisdicional correspondente” em modalidade diversa que expressa esse menor dever de colaboração de terceiros.

A integralidade da fase de investigação preliminar é funcional à manutenção da motivação exposta em apoio da autorização, mas não existem exigências essenciais na sequência de formação dos resultados dessa investigação, a partir da observância do interrogatório com as “partes”, devendo excluir-se qualquer dever de comunicação das conclusões ao requerente da autorização que deve preceder a sua divulgação.

Além disso, na relação entre as partes, só estas tomam nota (da deliberação ocorrida), tal como a recusa de autorização que, por sua vez, permanece confinada entre as partes e o notário. Se quisermos realmente descrever por diferença o andamento da fase de investigação preliminar, poderíamos muito bem dizer que esta - para além de qualquer outro elemento de incomparabilidade, a partir da circunstância de ter sido concebida *sine die* - pode permanecer secreta para o requerente, ainda que num sentido ou em outro o resultado decisivo possa ter a sua manifestação no ato ou na sua negação (quando justificado).

O requerente tem o direito de decidir sobre o pedido a qualquer momento, mas a fase de instrução permanece absolutamente formal (no sentido de “oficiosa”), pois visa a apurar os pressupostos da capacidade do agente notarial, que poderá ver a determinação dos elementos dos quais depende o uso válido da função pública condicionada apenas a sua própria investigação. A investigação do notário é, de fato, funcional à aquisição de dados que demonstrem o interesse do contratante protegido, bem como aqueles que exonerem ao máximo o notário da responsabilidade da estipulação, de modo que a condução oficiosa da fase investigativa parece ser um componente logicamente coerente dessa reconstrução do sistema.

É aqui que se pode observar o traço mais autenticamente discreto entre as funções de autorização exercidas respectivamente pelo juiz no processo, colegiadamente, e pelo notário, nas formas aqui investigadas: o juiz assume sempre uma posição de terceiro em relação ao interesse que deve ser salvaguardado, não assume para si – como faria a parte – a proteção desse interesse e, no entanto, mantém absolutamente uma posição de terceiro, que mesmo na esfera pública nenhum outro titular de funções poderia observar.

A perene alienação do interesse salvaguardado e a indiferença para com qualquer outro, que “quando o exercício é efetuado pelo juiz, significa que a dotação natural dos seus poderes, tal como definidos no Livro I do Código, não é abandonada pelo simples fato de atuar colegiadamente e num

contexto não contencioso. Portanto, mesmo neste último domínio, o juiz pode utilizar todos os poderes reservados à jurisdição na sua totalidade, até os de coerção (*imperium*) e com incidência sobre a liberdade pessoal [e a esfera de individualidade] dos afetados”⁵⁸.

Como, inversamente, o notário pode esperar cooperação genuína, informações verdadeiras, etc.? O dispositivo que elenca “consultores” e “informantes”, e entre estes - em especial - “cônjuge, parentes até o terceiro grau e [...] parentes por afinidade até o segundo grau”, bem como “outros reclamantes e credores resultantes do inventário”, tipifica tantos deveres de assistência ou informação que, quando não observados, ameaçam a posição subjetiva das partes. O descumprimento desses deveres levaria à caracterização da lesão do direito e, conseqüentemente, à indenização do dano.

Um pouco como o que acontece com a testemunha não recalcitrante que, no entanto, mente na arbitragem: não sendo punível por lei, o dever inexequível de dizer a verdade não encontra outra solução para a sua violação senão a sujeição do autor da mentira à obrigação de indenizar o lesado, entre outros.

Diferentemente acontece com os informantes não nomeados: se forem sujeitos que podem ser consultados pelo notário usando poderes de *uti singulus* ou *uti civis*, nenhuma questão [leia-se oposição] pode surgir para o notário que manifesta um pedido de acesso dependendo da estipulação a ser autorizada, reivindicando assim uma pretensão não inferior ao acesso equivalente de outras pessoas igualmente qualificadas a um titular com *múnus* público (ou outro sujeito a um regime equivalente).

A questão da cooperação solicitada a terceiros não nomeados fora do exercício de capacidades individuais de acesso público não pode ser colocada exatamente em termos de uma resposta. Em tais casos o limite marcado pelo princípio da irrelevância do acordo entre o requerente e o notário (conforme o art. 1372, parágrafo segundo, do Código Civil italiano) em relação a terceiros, especialmente indivíduos privados que são solicitados – de fato opcionalmente – a cooperar, parece intransponível, dado que a adesão voluntária ao convite que lhes é dirigido pelo notário os obrigaria, em

⁵⁸ Auletta já havia se manifestado previamente sobre a questão em outro texto: “O procedimento da câmara (do colegiado), conforme os artigos. 737 e seguintes, do Código de Processo Civil Italiano”. **Procedimenti di volontaria giurisdizione: prospettive per uno statuto condiviso di regole** operative, editorado por Gian Andrea Chiesi, Biblioteca della Fondazione del Notariato, 2020, 205.

qualquer caso, a observar o princípio *neminem laedere*. Haveria, portanto, um limite a ser observado.

No que se refere aos custos da fase de instrução, parece óbvio que o notário é responsável por pagar ao requerente “os meios necessários à execução do mandato” (art. 1719 do Código Civil italiano), e que a relação - no caso de, por exemplo, um consultor - se estabelece diretamente entre o notário e o assistente designado, daí o consequente direito do primeiro de recuperar os custos necessários para prestar-se tal assistência: assistência cujo âmbito operacional parece razoavelmente medido nas atividades referidas no art. 194 do Código de Processo Civil italiano, embora deva ser reiterado que nem mesmo a consultoria técnica ordenada pelo notário assume as características de um procedimento, mas se resolve em ato único, à maneira de uma aquisição “*in private*”, como na tradição de alguns tribunais ingleses⁵⁹.

7.4. A oitiva do legatário

“No caso a que se refere o artigo 747, parágrafo quarto, do Código de Processo Civil, o legatário deve ser ouvido”: ele aparece como titular de um verdadeiro direito processual, encontrando-se numa posição diversa de todos os demais informantes, é titular de um interesse protegido para além daquele cuja salvaguarda é objeto da autorização para estipular. Com efeito, no caso de “autorização para alienação de bens herdados”, “se o pedido de autorização para alienação disser respeito a objeto de legado específico, o recurso deverá ser notificado ao legatário”.

Este último, portanto, deseja ter o direito de intervir para que, no seu próprio interesse, possa fornecer elementos de fato e de direito relevantes para a autorização cuja emissão está em discussão. Quando o notário for obrigado a concedê-la, o legatário deve ter a garantia de estar disponível para receber, num prazo que lhe seja razoavelmente atribuível (segundo um poder implicitamente reconhecível pelo notário), os elementos que, no interesse de quem os fornece, devem ser considerados para a emissão da autorização de venda.

⁵⁹ Para maiores informações, veja, se desejar, o trabalho AULETTA, Ferruccio. **Il Procedimento di Istruzione Probatoria mediante consulente técnico**. Padova: CEDAM, 2002, p. 23. No referido trabalho se discute a figura que auxilia o juiz no exame de questões técnicas e que a Lei de Patentes de 1949 também chama de “consultor científico independente”, pessoa essa que responde às perguntas que lhe são submetidas – precisamente – em privado.

7.5. O ato de autorização: forma, conteúdo, motivação e eficácia

O ato escrito (mas não solene) de autorização não é essencialmente motivado, até porque está fora do âmbito (bem como da jurisdição) de aplicação do art. 3º da Lei n. 241/1990 (motivação do provimento jurídico): face ao notário, a posição do requerente reconhece este último como o único elemento objetivo da pretensão. Quando a estipulação perante o notário imputar o exercício do encargo, o ato de autorização desprovido de motivação não deixa de contribuir para a realização de jurisdição voluntária, essa exercida por parte do delegatário de serviço público.

Não existe obrigação de fundamentação deste último, mas integra possivelmente os seus deveres, deveres para com terceiros em geral e para com titular da atividade jurisdicional, em particular funcionais para dar conta da isenção concreta do poder de autorização que naturalmente lhe é devida.

A motivação, se não for um dos atos essenciais, também pode necessariamente ser integrada ou corrigida, uma vez que não se pode imaginar nenhuma consunção entre a data da estipulação, sem prejuízo do diferimento da eficácia da autorização literalmente modificada por estar sujeita a nova comunicação (com consequente prorrogação do prazo de reclamação).

7.6. A determinação para a reutilização dos emolumentos

Quando em consequência da lavratura de escritura haja cobrança de emolumentos no interesse de criança, adolescente ou incapaz, o notário, no ato de autorização, determina os cuidados necessários à reutilização dos valores: trata-se de disposição coerente com as regras aplicáveis à remuneração dos atos jurisdicionais *stricto sensu*, conforme o art. 748, parágrafo único, do Código de Processo Civil italiano. E ainda, no dualismo dos registos em que se conduz este comentário, também no que diz respeito aos cuidados para a reutilização dos emolumentos, deve-se atentar para a discrepância entre a medida notarial e a judicial.

A primeira, essencialmente, é desprovida de autonomia relativamente à autorização para estipular, não só no sentido de esta constituir o contexto formal e necessário, mas também no sentido de dela não ser dissociável do ponto de vista substancial, bem como de não estar subordinada à própria autorização (poder que se assemelha, *mutatis mutandis*, ao de atribuição, que pertence ao devedor, mas que só permanece exercível “quando este paga”: art. 1193 do Código Civil italiano).

A autorização, e em particular a sua eficácia adquirida, expressa uma determinação da espécie presente no art. 372 do Código Civil italiano, criando assim uma regra de conduta que constitui um modo de ser da estipulação, integrando-a pura e simplesmente. Na prática, “as precauções necessárias à reintegração” enquadram-se na apreciação definitiva do mesmo caso e a motivação da escritura é o instrumento de que dispõe o notário para prestar contas, também por precauções especificamente estabelecidas, do aumento da sua capacidade de estipulação. Nessa linha, a reutilização deve ocorrer por meio de um novo ato do notário, cujas precauções listadas parecem mais aplicáveis e servíveis como medidas provisórias, do que efetivamente como elementos necessários à validade do ato.

Em qualquer caso, o instrumento de impugnação por meio da “reclamação” garante que a reutilização dos emolumentos ocorra somente de forma expressa, não permitindo sequer a aquiescência parcial do interessado. Por meio dela se permite a devolução plena e automática dos valores, submetida, obviamente, à lógica da rescisão. *Simul stabunt simul cadent*, aplicando-se a mesma lógica determinista de uma para outra situação, poder-se-ia dizer que o manejo ou não da reclamação é o limite aplicável à reutilização ou não dos valores à título de emolumentos.

7.7. Comunicação e notificação

A autorização está sujeita a “comunicação”, pelo notário, [...] à secretaria do tribunal” e “ao Ministério Público do mesmo tribunal”. Por implicação, em ambos os casos também se admite a “notificação[ões]” no sentido próprio (considerada em geral e, portanto, também com referência ao ato), mas na verdade não parece necessário ter particular atenção ao tipo de procedimento participativo, ou seja, comunicação ou notificação. Este último, que certamente permanece disponível mesmo a pedido do notário, é, no entanto, um instrumento que, nos processos com múltiplas partes (art. 739 do CPC italiano), pode, sem o monopólio do notário, servir para a continuação da participação do título de autorização para as partes com maior interesse em acelerar a eficácia do ato. Neste sentido, aproveitamos a possibilidade de replicar, através do pedido de notificação da parte, o esquema substituto da comunicação oficial (nomeadamente, do cartório notarial), frequente no sistema de recursos (art. 669 do CPC, “[...] no prazo peremptório [...] da comunicação ou notificação, consoante o que ocorrer primeiro”).

Quanto à comunicação, ela é infungível e necessária “pelo notário”, sendo diferente da disposição do CPC italiano (art. 136). Certamente tem

finalidade noticiosa quando dirigida ao “escrivão”, e é realizada à título gratuito. Em qualquer caso, a falta dessa comunicação, que também é necessária mesmo que não seja estabelecido um prazo, nem mesmo célere, para o seu cumprimento, afeta apenas a data efetiva do prazo, que na verdade não poderia ser considerada geralmente adquirida sem tal comunicação a qualquer outra pessoa com direito à reclamação e não notificada de outra forma.

No que diz respeito ao Ministério Público, no entanto, a situação jurídica subjetiva do notário parece ser delineada de forma diferente. Sem a respectiva comunicação, que é autônoma e não se confunde com a outra devido ao destino diferente de cada uma (apesar do método sugerido pelo estudo aprovado pelo Conselho Nacional dos Notários) - o notário permanece impedido de tornar efetiva a escritura e, assim, a autorização para a validade da estipulação, sendo a ausência de reclamação (pelo menos), nos vinte dias seguintes da estipulação, uma condição mínima (a eventual renúncia à reclamação ou aos termos conexos nem mesmo por parte do Ministério Público parece conferir a possibilidade de encurtar este intervalo de tempo, que é o elemento constitutivo da eficácia do ato).

O Ministério Público não implementa aqui hipótese de intervenção nos termos do art. 70, n. 5, do CPC italiano. Isso porque a sua participação no procedimento de reclamação não é cogente. Em outras palavras: não é necessária a expressa manifestação ministerial para dar validade ao procedimento: fala-se em comunicação. A participação ministerial e a possibilidade de impugnação afiguram-se mais como um remédio preventivo no que diz respeito à eficácia do ato ampliando a capacidade de rogação do funcionário público [dá-lhe os contornos do ato público e da validade, do ponto de vista fiscalizatório]. A extinção da escritura (seja por autotutela, seja por procedimento jurisdicional) devolveria a autorização para estipular novamente o ato jurídico, devolvendo a questão ao *status quo ante*.

Em benefício do requerente não está prevista qualquer comunicação em termos formais. A parte mantém interesse apenas na estipulação final, sua autorização [volitiva] representa uma condição para que o ato se concretize. Também não tem o requerente direito, para efeitos de qualquer recurso, a uma comunicação igualmente formalizada do hipotético indeferimento (ou de sua motivação), o que não está contemplado. Não há direito subjetivo do interessado, em matéria de autorização, à emissão do ato. Nem mesmo poderia, se recusada pelo notário, submetê-la à autorização judicial. Todavia, na recusa do notário, caberá ao juiz do caso (juiz natural) exercer o ato para o qual se pretende a via da jurisdição voluntária (extrajudicial).

Em suma, o princípio da tipicidade recursal também exclui o acesso a recursos não previstos ou de outra forma úteis, uma vez que o recurso natural do juiz da causa está à disposição da parte caso não satisfeito o ato pelo notário. Ainda mais se considerarmos que, diferentemente do regulamento geral (art. 741 do CPC italiano) hoje o art. 473 do CPC italiano dispõe que “os decretos do juiz da tutela, salvo disposição em contrário, [...] são imediatamente executórios”.

7.8. A impugnação

“A autorização pode ser impugnada perante a autoridade judiciária de acordo com as regras do código de processo civil aplicáveis à medida judicial correspondente”, ou seja, por meio da “proposição de reclamação”, neste caso – nos termos do art. 739 do CPC italiano – “ao tribunal [que seria competente para emitir a correspondente autorização judicial], que se pronuncia em câmaras de composição monocrática”, “no prazo peremptório de dez dias a contar da comunicação [...], se for dada a uma só parte, ou da notificação se for dada a mais de uma parte”. Para o caso da “autorização de alienação de bens hereditários [que] pertençam a pessoas incapazes”, a competência cabe ao Tribunal de Recurso da comarca onde foi aberta a sucessão.

O Ministério Público tem sempre o direito de apresentar impugnação no tribunal que seria competente para expedir a autorização judicial correspondente. O art. 21 exige que o órgão ministerial “deve ser ouvido” (art. 738, do CPC italiano) e, portanto, a ausência prévia de comunicação dos documentos macula o procedimento. A autorização notarial exige a observância desse procedimento, que pode ser diferido.

Tendo previamente descartado a possibilidade de recurso do indeferimento, nem sequer é necessário levantar a hipótese de que “os requerentes possam contestar [...] a autorização [...] em condições diferentes das solicitadas”. De toda forma, a parte insatisfeita permanece livre para retratar o pedido de escritura e dirigir-se a outro local para procurar o documento de autorização pretendido.

7.9. Revogação e modificação

Que as autorizações por escritura notarial “podem ser modificadas ou revogadas a qualquer momento pelo juiz tutelar”, sem prejuízo dos direitos

adquiridos de boa-fé por terceiros nos termos de acordos anteriores, remete mais uma vez à ideia da imanência da ordem judicial de um depósito natural de poder, inesgotável, que pode desdobrar-se constantemente, mesmo quando um caso que dispensa o exercício do poder tenha permanecido (precariamente) determinado aliunde. Assim, a atividade jurisdicional pode ser exercida tanto de forma originária quanto de forma secundária, reparadora: com o remédio suspendendo a eficácia do ato notarial que é a reclamação, na prática, restabelece-se uma situação que possivelmente antecede uma forma de exercício primário de tal poder judicial, dado que, uma vez revogado o título de autorização do notário, para a governança da negociação da pessoa necessitada de proteção é permitida (também) a retomada do processo de autorização perante o juiz competente.

Inversamente, com o recurso material de revogação ou modificação, precisamente porque é um exercício garantido “em todos os momentos”, ou seja, mesmo quando “decorridos vinte dias desde as notificações e comunicações exigidas [...] sem que tenha sido apresentada reclamação” e, portanto, o ato já esteja em vigor ou mesmo um ou mais “acordos” já tenham sido estipulados graças a ele, a questão fundamental parece resolver-se na coordenação dos recursos, cuja concordância - que diz respeito apenas a atos de concessão positiva da autorização por parte do notário, nunca de negação, cuja revogação ao extremo nem sequer seria concebível - além disso, insiste em organismos que de outra forma seriam competentes.

Na minha opinião, a coordenação consegue-se utilizando como critério a eficácia da autorização, antes do qual o controle cabe ao meio de reclamação, que é *ad tempus datum* (condição resolutório futura); depois, porém, todo o poder cabe apenas ao juiz tutelar, que o exerce por revogação ou modificação.

À margem das observações dedicadas aos referidos exercícios secundários, vale reiterar que o notário não tem qualquer reserva de revogabilidade ou modificação quanto ao título de autorização que já elevou a objeto ostensivo, pois se trata - no que diz respeito aos remédios em geral - do monopólio do atividade jurisdicional e, portanto, deve-se reiterar que o *múnus* notarial ainda poderia ser recusado no ponto de estipulação, à maneira de um arrependimento implícito quanto à capacidade de assinar a escritura da qual o notário, estando os efeitos da sua conduta inconsistente provavelmente contidos na relação civil entre o requerente do serviço e o profissional.

7.10. Âmbito de exclusão

“As autorizações para promover, renunciar, comprometer ou comprometer sentenças arbitrais, bem como para a continuação do empreendimento comercial, permanecem exclusivamente reservadas à autoridade judiciária”: esta é uma disposição que não é realmente necessária, pensando bem, dado que apenas possivelmente “documentos públicos autenticados e escrituras privadas” – isto é, as atribuições finais do notário examinador – constituem os elementos finais da série que se inicia numa das “autorizações” aqui mencionadas. Com efeito, quando se trata de iniciar ou cessar “decisões”, desde que tenham sido renunciadas, liquidadas ou transferidas, a lavratura de escrituras notariais não se afigura essencial e, portanto, a autorização para as outras que sejam necessárias não poderia, em princípio, caber a qualquer “notário rotativo”.

Além disso, nas hipóteses em que fossem encontrados “documentos públicos autenticados e escritos privados”, resultando na estipulação de renúncias, transações ou acordos de arbitragem (mesmo que não essencialmente), algumas dúvidas poderiam surgir com referência a estes últimos se se referissem a uma cláusula compromissória e não a um compromisso. Com efeito, sabe-se, com base no art. 808, parágrafo 2º, do CPC italiano, que “o poder de estipular o contrato inclui o poder de pactuar a cláusula compromissória”, portanto, a específica “autorização[ões] para [...] transigir em sentenças arbitrais” refere-se necessariamente apenas ao compromisso, para o qual o Código de Processo se limita a prescrever que este deve ser “feito por escrito” (art. 807).

Embora não constitua uma integração indissociável da disciplina geral, não há dúvida de que o dispositivo aqui discutido ajuda a considerar a correta tensão interpretativa sobre o resto da legislação em uma direção expansiva, ou seja, adequada para enfatizar, dentro dos limites da funcionalidade da inovação, a capacidade autossuficiente do notário examinador, que na parte atributiva não conhece tal censo analítico de suas habilidades, enquanto uma técnica deste tipo caracteriza antes as subtrações, denotando assim a possibilidade de compreendê-las em uma medida estrita e rigorosa.

Essas são, em linhas gerais, as avaliações pragmáticas da “nova competência” dos notários italianos em procedimentos de jurisdição voluntária a partir da Reforma Cartabia, especificamente das alterações normativas propostas no Decreto Legislativo n. 149, de 10 de outubro de 2022, da Itália.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AULETTA, Ferruccio. **Il Procedimento di Istruzione Probatoria mediante consulente técnico**. Padova: CEDAM, 2002. 442p.

CHIESI, Gian Andrea. **Procedimenti di volontaria giurisdizione: prospettive per uno statuto condiviso di regole operative**. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.

FABIANI, Ernesto; PICCOLO, Luisa. L'autorizzazione notariale nella riform. In: FABIANI, Ernesto; GUGLIELMO, Rocco; PACE, Vito. **Riforma della volontaria giurisdizione e ruolo del notaio**. V. I. Gli Studi. Roma: Giuffrè Francis Lefebvre – Galli Edizioni. 2023. p. 9-112.

ITALIA, Senado da República. **Constituição da República Italiana – Costituzione Italiana**. Traduzione in língua portuguesa. Roma: Senato della Repubblica, 2023. Disponível em: <https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_PORTOGHESE.pdf> Acesso em: 14 janeiro 2025.

MONTESANO, Luigi. La tutela giurisdizionale dei diritti. In: ROBINO, Domenico. **Trattato di diritto civile italiano fondato da Filippo Vassalli**. Tomo XIV, Torino: UTET, 1985.

NUCERA, Susanna. **La nuova volontaria giurisdizione: dopo la riforma cartabia**. Pisa: Pacini Giuridica, 2023, 192p.

SANTARCANGELO, Giovanni. Volontaria giurisdizione: richiesta ed autorizzazione per vendita di bene ereditario, **Notariato: rassegna sistematica di diritto e tecniche contrattuali**. Milano: Ipsoa. 2023, n. 1, p. 101-104.

Como citar este artigo: AULETTA, Ferruccio. A “Nova Competência” dos Notários Italianos em Assuntos de Jurisdição Voluntária. Tradução: Felipe Cidral Sestrem. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville - RPMJ, Joinville, a. 2, n. 1, 2024, p. 72-95.

Enviado em 01.10.2024.

Traduzido em 12.01.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

DOS BENS DOS AUSENTES

Guilherme Christen Möller ⁶⁰

Resumo: O presente trabalho aborda o procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes, conforme disposto nos artigos 744 e 745 do Código de Processo Civil. O estudo destaca a relevância desse procedimento na preservação dos direitos e interesses dos ausentes, seus herdeiros e credores. A pesquisa explora a distinção entre ausência e morte presumida, enfatizando as implicações jurídicas de cada instituto. Além disso, analisa os requisitos necessários para a proposição da medida, a figura do curador, e as etapas procedimentais, desde a arrecadação dos bens até a possível conversão da sucessão provisória em definitiva. O trabalho conclui que, apesar de lacunas na legislação atual, o procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes é essencial para a proteção patrimonial no Direito Processual Civil, necessitando de uma interpretação cuidadosa dos dispositivos legais e uma eventual reforma legislativa.

Abstract: This paper addresses the procedure for the collection of assets of absentees, as provided for in Articles 744 and 745 of the Code of Civil Procedure. The study highlights the relevance of this procedure in preserving the rights and interests of absentees, their heirs, and creditors. The research explores the distinction between absence and presumed death, emphasizing the legal implications of each institute. Additionally, it analyzes the

⁶⁰ Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche pela Università degli Studi di Firenze (UniFi) e Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Advogado (OAB/SC n. 51.682 e OAB/RJ n. 259.139) no Coelho, Murgel e Atherino Advogados, com sede na Avenida Rio Branco, n. 138, 10º andar, sala 1002, Centro, Rio de Janeiro, RJ. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0168074867678392>. E-mail: contato@guilhermchristenmoller.com.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6237-3166>

requirements for initiating the procedure, the role of the curator, and the procedural steps, from the collection of assets to the possible conversion of provisional succession into definitive succession. The paper concludes that, despite gaps in current legislation, the procedure for the collection of absentees' assets is essential for patrimonial protection in Civil Procedural Law, requiring careful interpretation of legal provisions and potential legislative reform.

Palavras-chave: Arrecadação de bens; ausência; sucessão provisória; curador; morte presumida.

Keywords: Asset collection; absence; provisional succession; curator; presumed death.

Sumário: 1. Introdução; 2. Objeto (Imediato e Mediato) do Procedimento; 3. Etimologia Jurídica da Ausência, Pressupostos para a Declaração de Ausente e a Diferença entre a Ausência (Declaração de Ausência) da Morte Presumida (Justificação judicial da morte). 4. Pressupostos do procedimento e a desnecessidade de existência de bens de propriedade/posse do ausente para a proposição da medida; 5. Curador, Ordem para o Exercício do Cargo, Poderes e Deveres e Depositário; 6. Aspectos procedimentais e a primeira etapa da arrecadação dos bens do ausente; 7. Segunda etapa do procedimento: sucessão provisória; 8. Terceira etapa do procedimento: conversão da sucessão provisória em definitiva; 9. Retorno do ausente e transmutação da natureza jurídica do processo; 10. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho⁶¹ tem como objetivo explorar o procedimento especial de arrecadação dos bens dos ausentes, conforme estabelecido nos artigos 744 e 745 do Código de Processo Civil. Este tema, apesar de sua relevância no campo do Direito Processual Civil, é muitas vezes negligenciado pela doutrina, o que torna imprescindível uma análise detalhada de suas

⁶¹ Inicialmente, o título da pesquisa era “Comentários aos arts. 744 e 745 do Código de Processo Civil” e foi desenvolvida em forma de comentários aos Código de Processo Civil para obra coletiva descontinuada no ano de 2022. Este trabalho é uma adaptação do capítulo de livro “Delineamento do procedimento especial de arrecadação dos bens dos ausentes”, publicado em: MÖLLER, Guilherme Christen. Delineamento do procedimento especial de arrecadação dos bens dos ausentes. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. (Orgs.). Teoria Crítica do Processo: terceira série. Belém: RFB Editora, 2023. p. 421-433.

nuances e implicações. A arrecadação dos bens dos ausentes é um procedimento de jurisdição voluntária que visa, primordialmente, a preservação dos bens daquele cujo paradeiro é desconhecido, resguardando seus direitos e os interesses de seus herdeiros ou credores.

O instituto da ausência tem raízes profundas na história do direito, remontando a épocas em que as comunicações eram limitadas e o desaparecimento de pessoas era um evento mais frequente. Contudo, apesar do avanço tecnológico e da globalização, situações de ausência ainda ocorrem, exigindo do sistema jurídico mecanismos, calcados em tutelas diferenciadas, eficazes para lidar com essas circunstâncias. Nesse sentido, a legislação brasileira estabelece um procedimento específico para a arrecadação dos bens dos ausentes, dividido em etapas que visam proteger tanto os bens do ausente quanto os interesses daqueles que possam vir a ter direitos sobre esses bens.

A escolha deste tema se justifica pela sua importância prática e teórica. No campo prático, a arrecadação dos bens dos ausentes é um procedimento que, embora não seja cotidiano, pode ter implicações significativas, especialmente em casos de futura discussão sobre herança e sucessão. Teoricamente, a análise do procedimento permite uma compreensão mais profunda dos princípios que regem a jurisdição voluntária e a proteção dos direitos patrimoniais. Além disso, a comparação entre a ausência e a morte presumida, ambas tratadas pelo direito brasileiro, oferece um rico campo de estudo para a compreensão das diferenças entre esses institutos e suas consequências jurídicas.

A pesquisa foi organizada de forma a proporcionar uma visão ampla e detalhada do tema, dividindo-se em oito tópicos principais. O primeiro tópico aborda o objeto do procedimento, tanto imediato quanto mediato, destacando a importância da preservação dos bens do ausente. Em seguida, a etimologia jurídica da ausência é explorada, diferenciando-se a ausência da morte presumida. O trabalho também analisa os pressupostos necessários para a proposição da medida, a figura do curador e suas responsabilidades, e os aspectos procedimentais da arrecadação dos bens. Por fim, são discutidas as etapas subsequentes do procedimento, desde a sucessão provisória até a conversão da sucessão provisória em definitiva e o possível retorno do ausente.

Este estudo pretende oferecer uma análise abrangente e crítica do procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes, contribuindo para o entendimento deste importante instituto jurídico. Espera-se que, ao final da leitura, o leitor tenha uma compreensão clara das etapas, dos fundamentos

e das implicações jurídicas deste procedimento, bem como das lacunas existentes na legislação atual.

2. OBJETO (IMEDIATO E MEDIATO) DO PROCEDIMENTO

O procedimento especial de arrecadação dos bens do ausente é procedimento de jurisdição voluntária, no qual inexistente outro interesse que não a preservação dos bens do ausente, a declaração do estado de ausente e, posteriormente, o início do processo de sucessão (provisória e definitiva) dos bens deixados pelo ausente.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.016.023/DF (Rel. Ministra Nancy Andrighi, J. 27/05/2008, DJe. 20/06/2008), esse procedimento especial constitui interesse social relevante, transcendendo a tutela dos direitos dos herdeiros do ausente, haja vista que aquilo que se espera, imediatamente, é resguardar os interesses do ausente para que, caso reapareça, possa retomar a sua vida. A sucessão é objetivo mediato desse procedimento e apenas ocorrerá na hipótese do não reaparecimento do ausente.

A arrecadação dos bens, a declaração de ausência, a sucessão provisória e definitiva (com a declaração de morte presumida) ocorrem em momentos distintos. A seção “dos bens dos ausentes” é sucinta, possuindo, apenas, dois artigos, entretanto, é complementada por outras disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil, especialmente aquelas relacionadas à herança jacente.

3. ETIMOLOGIA JURÍDICA DA AUSÊNCIA, PRESSUPOSTOS PARA A DECLARAÇÃO DE AUSENTE E A DIFERENÇA ENTRE A AUSÊNCIA (DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA) DA MORTE PRESUMIDA (JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL DA MORTE)

Na etimologia jurídica, a ausência está relacionada com a pessoa; é um estado próprio dela e se configura quando desconhecido o seu paradeiro. Conforme os arts. 22 e 23 do Código Civil, será considerada ausente a pessoa que (1) desaparecer de seu domicílio sem deixar notícias, (2) se não houver deixado representante ou procurador para a administração dos seus bens, ou (3) se deixar mandatário que não queira ou não possa exercer (ou continuar) o mandato – ou se os seus poderes forem insuficientes.

A ausência não deve ser confundida com a morte presumida, visto que, no Direito Civil, são instituições distintas e que, por vezes, na prática, são erroneamente associadas. A existência da pessoa natural termina com a morte (*mors omnia solvit*), a qual se comprova mediante certidão que declara o seu óbito. No caso da morte presumida, há necessidade de produção de prova indireta para comprovação do óbito e suprir a carência dessa documentação.

Esse meio indireto não se confunde com a ausência, na qual se tem a certeza do desaparecimento sem a presunção da morte. Nos termos do art. 6º do Código Civil, o ausente apenas será considerado morto quando for aberta a sucessão definitiva dos seus bens, considerando como a data da sua morte, para fins legais, a data de publicação da sentença que declarou a ausência.

Ambos estados (ausência e morte presumida) devem ser declarados judicialmente, porém, cada qual de uma forma. Não existe ação de declaração de ausência por morte presumida. A demanda fundada em ação que se objetiva a declaração de ausente está embasada, como dito anteriormente, na certeza do desaparecimento da pessoa, o que não ocorre naquela que objetiva a declaração da morte presumida da pessoa (justificação judicial de morte), art. 88 da Lei n. 6.015/73; a certeza do desaparecimento é suprimida pela presunção da morte da pessoa – trata-se de uma imperícia que ocasiona na carência de pressuposto processual (interesse de agir).

4. PRESSUPOSTOS DO PROCEDIMENTO E A DESNECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE BENS DE PROPRIEDADE/POSSE DO AUSENTE PARA A PROPOSIÇÃO DA MEDIDA

A principal dúvida sobre a arrecadação dos bens do ausente está nos pressupostos específicos desse procedimento. Dependendo da interpretação sobre o objetivo do procedimento, poderá haver dois ou três. Inexiste desacordo de que (1) o desaparecimento da pessoa sem deixar notícias e (2) a inexistência de representante/procurador para a administração dos seus bens (o qual também é suprido no caso de o mandatário que não querer ou não poder exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes) são pressupostos para a proposição da medida.

O não preenchimento de um deles enseja em carência de interesse de agir, resultando na extinção do processo (art. 485, IV, do CPC). A partir do que se tratou no subtópico da “ausência”, ambos requisitos não são

surpresa ou ilógicos, afinal, qual seria a necessidade de promover a medida se a pessoa não desapareceu ou deixou mandatário (regular, interessado e capacitado) para o gerenciamento dos seus bens? Ambos são intrínsecos ao próprio instituto da ausência.

Questiona-se sobre o possível terceiro pressuposto: a existência de bens de propriedade/posse do ausente para ser arrecadados. A questão é: há necessidade de proposição da arrecadação se o ausente não deixou bens? O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o assunto e é, até o momento, pacífico no sentido de que “se o ausente deixa interessados em condições de sucedê-lo, em direitos e obrigações, ainda que os bens por ele deixados sejam, a princípio, não arrecadáveis, há viabilidade de se utilizar o procedimento que objetiva a declaração de ausência”. Essa afirmação é extraída do mesmo julgamento que foi utilizado para elucidar os objetivos imediato e mediato da arrecadação dos bens do ausente (REsp n. 1.016.023/DF, Rel. Ministra Nancy Andrigli, J. 27/05/2008, DJe. 20/06/2008).

A posição da Corte é de que a comprovação da propriedade não é condição *sine qua non* para a declaração de ausência, alinhando-se coerentemente com o objetivo imediato do procedimento. Assim, mesmo o ausente não deixando bens arrecadáveis, é possível a proposição dessa medida para resguardar os interesses do ausente, visando, como dito anteriormente, retomar a sua vida no caso de reaparecimento.

5. CURADOR, ORDEM PARA O EXERCÍCIO DO CARGO, PODERES E DEVERES E DEPOSITÁRIO

O termo “curador” deriva do latim *curator*, de *curare*. Na etimologia jurídica, trata-se de pessoa que zela por outra ou de seus bens. É figura fundamental para o procedimento de arrecadação de bens do ausente. Normativas acerca do curador dos bens do ausente estão dispostas entre os arts. 22 e 25 do Código Civil, aplicando-se, também, as disposições sobre o procedimento da herança jacente.

Geralmente, tratando-se de ausente casado, não estando separado judicialmente ou de fato por mais de dois anos antes da declaração de ausência, o curador legítimo será o seu cônjuge. Caso o ausente for solteiro ou viúvo, o legítimo curador dos bens do ausente serão os seus pais ou os seus descendentes, nessa ordem, observando a inexistência de impedimento para o exercício do cargo. Na hipótese de a curadoria ser exercida por descendente,

será observado o grau do parentesco em relação ao ausente, precedendo, os mais próximos, aos mais remotos.

Inexistindo cônjuge, ascendente e descendente, o cargo de curador deverá ser exercido por pessoa escolhida pelo juiz. A inexistência de indicação e designação de curador não obsta o trâmite do processo, vez que, nessa hipótese, será designado depositário e, após compromissado, lhe entregue os bens arrecadados, mediante simples termo nos autos (art. 740, § 2º, do CPC).

O curador possui poderes e deveres (aplicando-se, igualmente, ao depositário compromissado). Os seus deveres estão dispostos no art. 739 do Código de Processo Civil, sendo eles (1) representação dos bens do ausente em juízo ou fora dele, (2) ter em boa guarda e conservação os bens arrecadados e promover a arrecadação de outros porventura existentes, (3) executar as medidas conservatórias dos bens, sendo ressarcido posteriormente, (4) apresentar mensalmente ao juiz balancete da receita e da despesa, e (5) prestar contas ao final da sua gestão.

O exercício do cargo de curador percebe remuneração fixada, pelo juiz, de acordo com a situação dos bens, o tempo de serviço e as dificuldades para a sua execução (art. 160 do CPC). Em contrapartida, havendo causado prejuízo (por dolo ou culpa) aos bens sob sua responsabilidade, responderá por eles e perderá a sua remuneração, entretanto, sem prejuízo ao ressarcimento do despendido no exercício do encargo (art. 161 do CPC). Pode, ainda, o curador, ser responsabilizado na esfera penal pelo prejuízo causado e, inclusive, lhe imputado sanção por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 161, parágrafo único, do CPC).

6. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E A PRIMEIRA ETAPA DA ARRECADAÇÃO DOS BENS DO AUSENTE

O procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes possui três fases (ou estágios), sucedidos cronologicamente. A sua primeira fase consiste na arrecadação dos bens do ausente e na constituição de curador. Trata-se de procedimento que necessita de impulso oficial, por parte interessada, mediante petição endereçada ao último domicílio conhecido do ausente (art. 738 do CPC) ou, na carência dessa informação, subsidiariamente, no foro em que estejam os seus bens (art. 48, I, do CPC), a fim de comunicar a ausência (arts. 22 e 23 do CC). Diante da matéria do procedimento, será competente, geralmente, a unidade jurisdicional responsável pelo processamento de feitos familiares.

Na petição, deverão ser arrolados os bens (quando existirem), os quais poderão ser aditados a fim de ampliar o rol de bens do ausente no caso de descobrimento de algum bem abandonado que não se tinha conhecimento quando proposta a inicial (inexiste preclusão; apenas haverá a retificação do valor da causa para inclusão do valor estipulado desse bem), requerendo a arrecadação e a designação de curador para administrá-los.

Recebendo a petição inicial, considerando a afirmação de ausência feita pelo interessado-proponente, será nomeado curador e determinada a arrecadação dos bens arrolados. Feita a arrecadação, lavrado auto, será observado o comando de publicações de editais (igual ao da herança jacente) que dispõem o *caput* do artigo analisado, ou seja, determina-se a publicação de editais na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens. Os editais serão publicados durante um ano, reproduzidos a cada dois meses.

A partir daqui, existem três possibilidades: (1) comparecer o ausente, cessando-se a curadoria e extinguindo o processo (a regra contida no § 4º, do art. 745, do CPC, apenas será aplicada após a primeira etapa); (2) sobrevier comprovação da sua morte, cessando-se a curadoria e terá início o procedimento de inventário e partilha; ou, por fim, (3) não ocorrer as hipóteses anteriores, podendo-se, qualquer interessado, após esse prazo de um ano, requerer a abertura da sucessão provisória (§ 1º, do art. 745, do CPC). Cá, adentra-se nas etapas subsequentes, a (2) declaração da ausência e abertura da sucessão provisória dos seus bens; e, a (3) declaração de morte presumida do ausente, convertendo-se a sucessão provisória em definitiva.

7. SEGUNDA ETAPA DO PROCEDIMENTO: SUCESSÃO PROVISÓRIA

Transcorrido o prazo do edital, sem que se saiba da pessoa, sem a constituição de procurador ou representante ou, uma outra hipótese, mesmo deixando representante ou procurador (nesse caso serão três anos, conforme art. 26 do CC), será pedida a declaração de sua ausência (e a sentença deverá ser averbada, art. 94 da Lei n. 6.015/73 e art. 9º, IV, do CC), podendo-se, assim, requerer a abertura da segunda etapa deste procedimento: a sucessão provisória. Mesmo que siga as regras da sucessão mortis causa, ela poderá ser extinta a qualquer momento mediante o retorno do ausente.

Nos termos do art. 27 do Código Civil, consideram-se legitimados para requerer a abertura da sucessão provisória: (1) o cônjuge não separado judicialmente; (2) os herdeiros presumidos, legitimados e os testamentários; (3) os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte; (4) os credores de obrigações vencidas e não pagas – existe, também, a previsão do requerimento poder ser formulado pelo Ministério Público (art. 28, § 1º, do CC) quando não o fizerem os interessados.

Na petição de abertura da sucessão provisória dos bens do ausente, será requerida a citação pessoal dos herdeiros presentes (residentes na comarca) e do curador, e, por edital, dos ausentes (incertos, que se acham em “lugar incerto e não sabido” ou que residam em outra comarca), a fim de se habilitarem.

Sobre a habilitação, que dispõe o § 2º, do art. 745, do Código de Processo Civil, deve-se observar a forma disposta entre os arts. 687 e 692 do CPC, ou seja, no prazo de cinco dias a contar da juntada do último mandado citatório (art. 690 do CPC) – ou do termo final do prazo do edital –, deverão, os herdeiros, provar sua qualidade e o seu direito.

Protocolada a habilitação, o juiz decidirá o requerimento imediatamente, salvo se este for impugnado e houver necessidade de dilação probatória diversa da documental, caso em que determinará que o pedido seja autuado em apartado e disporá sobre a instrução (art. 691 do CPC). Com o trânsito em julgado da sentença acerca da habilitação, a sucessão provisória retoma o seu rito (art. 692 do CPC).

A sucessão provisória inicia-se com a pronúncia de uma sentença que determina a sua abertura, no entanto, cujo efeito apenas surte após cento e oitenta dias depois de publicada. Vez que se transita em julgado a sentença, procede-se a abertura de testamento (se houver) e ao inventário e partilha dos bens.

No entanto, o prazo anteriormente mencionado é para fins da produção dos efeitos da sentença, não se devendo confundir com a possibilidade de arrecadação dos bens do ausente pelo procedimento de herança jacente no caso de não comparecimento de herdeiro ou interessado para requerer o inventário (§ 2º, do art. 28, do CC).

Supondo, agora, que o inventário foi requerido, os herdeiros deverão dar garantias da restituição para a imissão na posse dos bens do ausente, o que se faz mediante penhores ou hipotecas equivalentes ao valor do bem – no caso de não ser possível prestar caução, existem duas situações: (1) se o herdeiro for ascendente, descendente ou cônjuge, provada sua qualidade de

herdeiro, não depende de garantias para entrar na posse dos bens (art. 30, § 2º, do CC); (2) sendo pessoa que não se enquadre em uma das condições anteriores, deverá prestar garantia, sob pena de ser excluído e de os bens que lhe caibam continuarem ao encargo do curador que foi designado para administração dos bens do ausente, salvo se decidir, o juiz, que esse bem deverá ser administrado por outro herdeiro do ausente, mediante garantia (art. 30, § 1º, do CC). Todo aquele que for empossado nos bens do ausente, mesmo em sucessão provisória, será representante (ativo e passivo) do ausente, inclusive podendo, contra eles, correr as ações pendentes e as de futuro que forem movidas.

Por fim, reaparecendo ou provando a existência do ausente, se (1) antes do estabelecimento da posse provisória, a sucessão será extinta, ou, se (2) depois do estabelecimento da posse provisória, cessarão imediatamente as vantagens dos sucessores nela imitidos (inclusive, ficando obrigados a adotar medidas assecuratórias até a entrega dos bens ao seu proprietário).

8. TERCEIRA ETAPA DO PROCEDIMENTO: CONVERSÃO DA SUCESSÃO PROVISÓRIA EM DEFINITIVA

A sucessão definitiva não é tão complexa em termos procedimentais como a provisória. Veja-se, após o prazo de dez anos (ou, conforme o art. 38 do CC, se o ausente contar com oitenta ou mais anos de idade, sem que se haja notícias por cinco anos) a contar do trânsito em julgado da sentença que determina a abertura da sucessão provisória, os interessados irão pedir a declaração da morte presumida do ausente e a sucessão definitiva, bem como o levantamento da caução prestada. Caso, ainda, nesse lapso temporal, tanto o ausente não regressar, quanto algum ascendente ou descendente não promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município, Estado, Distrito Federal ou União, conforme a sua localização (art. 39 do CC).

9. RETORNO DO AUSENTE E TRANSMUTAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

Pode ocorrer, também, o retorno do ausente. Anteriormente, viu-se algumas hipóteses dos vieses que o processo deveria tomar se isso ocorrer em alguma de suas etapas. No caso da primeira fase, pedido para designação

de curador para que seja possível a arrecadação dos bens do ausente: se o ausente retornar ou constituir procurador ou representante, a curadoria será cessada e o processo será extinto. Após o lapso temporal para o pedido de declaração da ausência e abertura da sucessão provisória, retornando o ausente: os seus bens serão restituídos e, caso algum deles tenha gerado rendimentos ou frutos, se ficar provado que a ausência não foi involuntária e injustificada, terá direito a sua parte (art. 33, parágrafo único, do CC).

No caso do retorno (do ausente ou de algum de seus descendentes ou ascendentes) no prazo para a conversão da sucessão provisória em definitiva: haverá os bens existentes no estado em que se acharem (os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo).

Tanto na segunda (sucessão provisória), quanto na terceira etapa (sucessão definitiva), se estará diante do que se denomina por transmutação jurídica do processo: a conversão da jurisdição voluntária em jurisdição contenciosa. Nesse caso, *vide* § 4º, do art. 745, do Código de Processo Civil, regressando o ausente ou algum de seus descendentes ou ascendentes, pedirá a entrega de bens, sendo citados para contestar o pedido os sucessores provisórios ou definitivos, o Ministério Público e o representante da Fazenda Pública e se seguirá conforme o procedimento comum (art. 318 do CPC). Por fim, cabe destacar que, de mesmo modo como ocorre quando declarada a ausência, o retorno do ausente também será averbado (art. 104 da Lei n. 6.015/73 e art. 9º, IV, do CC).

10. CONCLUSÃO

Após uma análise detalhada do procedimento especial de arrecadação dos bens dos ausentes, é possível concluir que este instituto jurídico desempenha um papel fundamental na preservação dos direitos e interesses, tanto do ausente quanto de seus possíveis herdeiros e credores. Através de suas diferentes etapas – desde a declaração de ausência até a eventual conversão da sucessão provisória em definitiva – o sistema jurídico busca assegurar que os bens do ausente sejam devidamente protegidos, evitando que sejam dilapidados ou que interesses legítimos sejam comprometidos.

A pesquisa revelou que, apesar de sua importância, o procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes carece de maior detalhamento. As disposições atuais, embora suficientes para a execução do procedimento, apresentam lacunas que podem gerar dificuldades práticas na sua aplicação. Por exemplo, a questão da necessidade ou não de existência de bens para a

proposição da medida é um ponto que demonstra a complexidade do tema e a necessidade de uma interpretação cuidadosa dos dispositivos legais.

Além disso, a comparação entre os institutos da ausência e da morte presumida destacou a importância de diferenciar claramente essas situações, uma vez que cada uma possui implicações jurídicas distintas. Enquanto a ausência pressupõe a possibilidade de retorno do ausente, a morte presumida estabelece a presunção de que o desaparecimento da pessoa resultou em seu óbito, gerando consequências diferentes no âmbito patrimonial e sucessório.

Outro ponto relevante levantado pela pesquisa foi a figura do curador, cuja responsabilidade na administração dos bens do ausente é de extrema importância para o sucesso do procedimento. A nomeação adequada de um curador, bem como a definição clara de seus poderes e deveres, são essenciais para garantir a preservação dos bens do ausente e para evitar conflitos futuros, seja com herdeiros, seja com terceiros interessados.

Por fim, este trabalho destacou a importância do procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes no contexto de um sistema jurídico que visa proteger os direitos patrimoniais e garantir a segurança jurídica. O estudo não apenas analisou as disposições legais aplicáveis, mas também buscou oferecer uma visão crítica sobre a forma como o procedimento é tratado pela legislação e pela jurisprudência. Espera-se que as reflexões aqui apresentadas contribuam para um melhor entendimento do tema e, eventualmente, para futuras reformas legislativas que venham a aprimorar o procedimento, tornando-o mais claro e eficiente.

Conclui-se que, apesar das lacunas e desafios, o procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes é uma ferramenta essencial para a proteção dos interesses de todas as partes envolvidas. Seu estudo detalhado revela a complexidade e a importância desse instituto, que, embora muitas vezes subestimado, desempenha um papel crucial no Direito Processual Civil brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm Acesso em: 23 out. 2024.

BRASIL. Lei Federal 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 2 nov. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.016.023/DF**, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 27/05/2008, DJe 20/06/2008.

Enviado em 19.08.2024.

Publicado em 20.05.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International Licence.

PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA NORMATIVIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Weber Luiz de Oliveira⁶²

Resumo: O artigo expõe os precedentes judiciais e seus possíveis reflexos normativos na Administração Pública. Destacam-se as naturezas vinculantes das decisões judiciais no âmbito da Jurisdição e da Administração e a possibilidade jurídico-constitucional da aplicação obrigatória de determinados pronunciamentos judiciais na atividade administrativa. É estabelecida classificação entre Precedentes Diretamente Vinculantes e Indiretamente Vinculantes para a Administração Pública, a depender da força normativa que a Constituição Federal preceitua.

Abstract: The article exposes judicial precedents and their possible normative consequences in Public Administration. The binding nature of judicial decisions within the scope of Jurisdiction and Administration and the legal-constitutional possibility of mandatory application of certain judicial pronouncements in administrative activity stand out. Classification is established between Direct and Indirect Precedents for Public Administration, depending on the normative force that the Federal Constitution prescribes.

Palavras-Chave: Precedentes Judiciais. Administração Pública. Precedentes Diretamente e Indiretamente Vinculantes.

Keywords: Judicial Precedents. Public Administration. Direct and Indirect Precedents.

⁶² Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC (UNIVALI). Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Coordenador e Colunista da Coluna “Advocacia Pública e outros temas jurídicos em debate”. Procurador do Estado de Santa Catarina. Advogado. E-mail: weberluizdeoliveira@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0265753096355749>

Sumário: 1. Introdução; 2. Decisões Judiciais; 2.1. Precedentes e precedentes vinculantes; 2.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira atual; 2.1.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira no Código de Processo Civil de 2015; 3. Administração Pública; 3.1. Princípios; 4. Aplicabilidade dos Precedentes na Administração Público; 4.1. Lei e legislação; 4.2. Direito e jurisdição; 4.3. Precedentes Diretamente Vinculantes e Precedentes Indiretamente Vinculantes; 5. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente muito se escreve sobre os Precedentes Judiciais, sendo objeto de disciplinamento no Código de Processo Civil de se obrigar que juízes e Tribunais sigam os mesmos, disciplinando por lei na jurisdição brasileira o *stare decisis* (precedente obrigatório), com nítida inspiração na jurisdição do *common law*⁶³.

Segundo Michele Taruffo⁶⁴, a característica mais recente da evolução dos ordenamentos processuais, ao contrário do passado de mudanças verticais, “é o das ‘interferências horizontais’ entre sistemas distintos, ou – se se preferir – o da imitação de um sistema ou modelo por outros, ainda que derivados de experiências históricas e linhas evolutivas muito heterogêneas”.

Este artigo tem como objetivo examinar se os Precedentes Judiciais, na forma da disciplina do CPC, também vinculariam a atuação da Administração Pública brasileira ou se se faz necessário regramento normativo próprio pelos entes federativos, para que se respeitem, também no exercício das atividades administrativas, as decisões judiciais uniformemente sedimentadas.

Para tanto será necessário a análise do alcance e abrangência do princípio da legalidade, disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal,

⁶³ Georges Abboud afirma que parece existir uma “verdadeira fetichização por parcela de nossa doutrina em relação ao *common law*”, criticando que o “maior risco que essas reformas trazem é que, no afã de implantar o sistema de precedentes em nosso ordenamento – porque tal sistema supostamente geraria maior isonomia e celeridade processual –, estas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que ignoram a flexibilidade ínsita ao sistema de precedente do *common law*”. (Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficiência e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In, Direito jurisprudencial, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 493).

⁶⁴ Observações sobre os modelos processuais de civil law e de *common law*, In, Revista de Processo n. 110, abr. 2003, p. 148.

no sentido de ter este princípio como impeditivo da adoção dos Precedentes Vinculantes na Administração Pública, em uma Jurisdição de *civil law* (perspectiva *stricto sensu*), ou, diversamente, a ampliação do significado do princípio da legalidade, em consonância com outros princípios constitucionais, para o fim de possibilitar que os Precedentes firmados nos processos judiciais sejam também respeitados na atuação administrativa (perspectiva *lato sensu*), em razão da unidade e uniformidade do Direito, como também a forma para tal desiderato, em razão da interação entre as funções estatais do sistema jurídico.

Nesse cenário, relevante, de igual modo, perscrutar acerca da normatividade que emerge do texto constitucional a possibilitar a aplicação de determinados pronunciamentos judiciais na Administração Pública.

2. DECISÕES JUDICIAIS

Decisões judiciais existem para dar solução a conflito entre pessoas no âmbito do processo. A sentença alcançada na prestação jurisdicional “é o ato em que se expressa a norma jurídica concreta que há de disciplinar a situação submetida ao órgão jurisdicional”⁶⁵.

A decisão judicial é a concretização do exercício da Jurisdição, como ato de poder-dever⁶⁶, de impor obediência ao que foi decidido, pacificando e disciplinando as relações sociais⁶⁷. Hodiernamente, conquanto seja um ato soberano⁶⁸ desenvolvido no processo jurisdicional, possui ele “compromissos éticos fundamentais, decorrentes da função social que se atribui ao Estado Contemporâneo”⁶⁹.

⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento, 19ª ed., 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2).

⁶⁶ Pontes de Miranda assevera: “Desde o instante em que o Estado se fez monopolizador da Justiça, passou a dever justiça” (grifo no original). (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I, arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 21).

⁶⁷ A verdadeira pacificação das relações sociais, a rigor, é melhor realizada nos chamados meios alternativos de composição de litígio, a autocomposição, como a mediação e a conciliação.

⁶⁸ Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma que uma nota peculiar da jurisdição “é a circunstância de ser o seu exercício soberano e exclusivo, qualquer que seja o órgão jurisdicional a que a lei haja conferido competência, ainda que este se encontre em posição de rigorosa inferioridade na escala hierárquica em que se dividem os órgãos do Poder Judiciário”. (Curso de processo civil: processo de conhecimento, vol. 1, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 50).

⁶⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. Teoria geral do processo, 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 8).

As decisões judiciais e os atos e procedimentos realizados no processo, dentro deste contexto de um processo judicial constitucionalizado pelos direitos fundamentais, devem ter sempre presente as diretrizes traçadas na Constituição⁷⁰. É o que a doutrina denomina de Direito Constitucional Processual, significando “o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal”⁷¹.

A vinculação a decisão judicial, a depender da natureza do processo, se dá entre as suas partes, seja em tutela individual ou coletiva, e também para pessoas e instituições que não participaram da relação processual, em uma eficácia erga omnes, decorrendo daí uma nítida característica normativa abstrata da decisão judicial.

Esta normatividade abstrata da decisão judicial difere nos sistemas de common law e civil law⁷², como demonstrado na seção seguinte, em razão da doutrina dos precedentes sedimentado no primeiro.

⁷⁰ A exposição de motivos do Projeto do CPC/2015 relatou: “A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais...”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 20 ago. 2024.

⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 26. Ivo Dantas adverte, outrossim, que não se deve confundir os termos direito constitucional processual e direito processual constitucional, sendo o primeiro relativo a jurisdição constitucional, os órgãos que a exercem (tribunal constitucional), as ações de controle de constitucionalidade e as tipicamente constitucionais (habeas corpus, mandado de segurança e de injunção, ação civil pública); o segundo, o direito processual constitucional, “volta-se para o estudo das garantias principiológicas do processo e do procedimento, ou seja, à análise do *due process of law*. (Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal, In, *Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito*, Malheiros: São Paulo, 2009, p. 145).

⁷² Michele Taruffo (Op. cit., p. 141) adverte que a “análise comparatística dos sistemas de civil law e de common law suscita antes de tudo uma série de problemas de método”, descrevendo, em sequência, que estes problemas seriam: 1º a análise do comparatista jamais é passiva, neutra ou indiferente, mas sim “condicionada e orientada seja pela cultura própria do comparatista, seja pelos fins em vista dos quais realiza seu próprio trabalho”; 2º a comparação processual é realizada em um nível “micro”, seja pela leitura sintética e resumida do ordenamento comparado, seja “mediante o cotejo de normas técnicas relativas a pormenores”, de onde decorre uma comparação “terrivelmente maçante, senão também substancialmente inútil”. Sustenta, assim, que a comparação será mais frutífera e interessante se se adotar não a comparação de normas específicas, mas modelos processuais. É o que se tentará fazer neste trabalho.

2.1. Precedentes e Precedentes Vinculantes

O sistema de common law é assentado sobre os “precedentes”, que “é uma expressão frequentemente utilizada para designar o conjunto de decisões judiciais vinculantes”⁷³.

E. Allan Farnsworth⁷⁴, relativamente ao sistema jurídico dos Estados Unidos, se referindo às suas funções judiciais, no sentido de que a primeira, que de certo não é peculiar ao direito de tradição inglesa, é “definir e dirimir a controvérsia apresentada ao tribunal”, relata, no que concerne a segunda função:

A segunda função da decisão judicial, característica do direito de tradição inglesa (sic), é estabelecer um precedente, em face do qual um caso análogo a surgir no futuro será provavelmente decidido da mesma forma. Essa doutrina é frequentemente designada pelo seu nome latino, *stare decisis*, da frase *stare decisis et non quieta movere*, apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos. A confiança no precedente se desenvolveu primeiramente no direito inglês e foi adotada nos Estados Unidos como parte da tradição do direito inglês. Como tradição, não foi transformada em regra escrita e não é encontrada na Constituição e nas leis, e nem mesmo regra de ofício. A justificação comumente dada a essa doutrina pode ser resumida em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, economia e respeito. O primeiro argumento é que a aplicação da mesma regra em casos análogos sucessivos resulta em igualdade de tratamento para todos que se apresentem à justiça. O segundo é que uma sucessão consistente de precedentes contribui para tornar possível a solução de futuros litígios. O terceiro é que o uso de um critério estabelecido para solução de novos casos poupa tempo e energia. O quarto é que a adesão a decisões anteriores mostra o devido respeito à sabedoria e experiência das gerações passadas de juízes. Por várias razões, a doutrina do precedente nunca desfrutou nos Estados Unidos da autoridade absoluta que se diz ter atingido na Inglaterra. O grande volume de decisões, com conflitos

⁷³ ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, trad. do autor [orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier], 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 97.

⁷⁴ Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos, trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, [s/d], pp. 61/62.

de precedentes em diferentes jurisdições, reduziu a autoridade das decisões individuais. A rapidez do desenvolvimento enfraqueceu a aplicabilidade de precedentes e casos posteriores surgidos depois de as condições sociais e econômicas se terem alterado com a passagem dos anos. Não obstante, a doutrina do precedente, ainda que aplicada com menor rigor do que na Inglaterra, está firmemente estabelecida nos Estados Unidos.

Há, contudo, de se separar os conceitos de “precedentes” e “precedentes vinculantes”, para o fim de delimitar qual poderia, ou não, diante do ordenamento jurídico brasileiro, ser aplicado na Administração Pública.

Dessarte, o Precedente, sem o adjetivo obrigatório ou vinculante, é a decisão judicial utilizada como fundamento para outras decisões, não de forma impositiva, mas como forma de motivar a decisão demonstrando que a mesma tem consonância com o que já foi decidido⁷⁵.

A decisão judicial paradigma é proferida por um órgão hierárquico superior ao atual órgão prolator da decisão presente, como um argumento de autoridade⁷⁶, interpretativo, não obrigatório, sendo utilizada para justificar o porquê de se estar tomando a decisão em um determinado sentido. Tem-se, desta forma, uma eficácia vertical. Quando a decisão usada como fundamento é do próprio órgão prolator, tem-se uma eficácia horizontal dos precedentes⁷⁷.

A utilização do Precedente nos referidos termos na jurisdição brasileira tem um nítido caráter persuasivo, de convencimento e justificação.

Já o Precedente Obrigatório, adjetivado, portanto, com um poder de natureza semântica, é a decisão que vincula, que obriga e impõe que os órgãos estatais o sigam. Tem a carga antes referida de normatividade abstrata, erga omnes. A depender do modelo da jurisdição estatal, pode se ter uma força vinculante no âmbito judicial, como também em outras áreas das relações sociais.

⁷⁵ Na prática forense muito se vê que a utilização de uma decisão como precedente, principalmente ementas de acórdãos e enunciados de súmulas, é feita “com a simples transcrição do resumo de um julgado, em uma espécie de acoplamento do caso anterior ao caso presente” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões, In, Revista de Processo, vol. 226, 2013, p. 350).

⁷⁶ DEMO, Pedro. Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 116/118.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior⁷⁸, a chamada força vinculante “é a que primariamente compete à norma legal, que obriga a todos, inclusive o próprio Estado, tanto nos atos da vida pública como privada, sejam negociais, administrativos ou jurisdicionais”.

Em relação ao modelo de common law, Charles D. Cole diz que “uma decisão da Corte que é precedente é ‘lei’ e vinculante em relação às Cortes subordinadas à Corte de última instância em questão até que tal precedente seja alterado”⁷⁹.

A vinculação dos precedentes no Brasil se dá em razão de regramento legal que assim dispõe, pela simples razão de que, sendo uma país de modelo de civil law, normativista e codificado, a principal fonte do direito é a legislação.

2.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira no Código de Processo Civil de 2015

Na jurisdição brasileira, de modo geral e historicamente, os acórdãos e as súmulas são utilizados no sentido de Precedente Persuasivo.

Isto decorre da origem declaratória do sistema de justiça brasileiro. Primeiramente, uma origem na jurisdição romana, de oposição entre o *iurisdictio* e o *imperium*, que segundo Ovídio Baptista “é o verdadeiro paradigma que demarca e condiciona os demais conceitos e institutos com que a ciência processual moderna elabora suas categorias”⁸⁰.

Por segundo, a Revolução Francesa, com a ideologia da separação dos poderes, impôs que a criação do direito era competência tão-somente do Parlamento⁸¹, vedando ao juiz a interpretação da lei.

⁷⁸ Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil, In, Revista de Processo, vol. 124, junho/2005, p. 38.

⁷⁹ Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law, In, Revista dos Tribunais, vol. 752, jun / 1998, p. 12.

⁸⁰ Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

⁸¹ Teresa Arruda Alvim Wambier acentua que o direito no civil law é fruto de dois momentos históricos. O primeiro, com a descoberta, no século XI, de textos jurídicos romanos conservados durante a Idade Média e objeto de intensivo estudo no norte da Itália, principalmente em Bologna, passando a considerar os textos “como paradigmáticos, parte de um Corpus”; o segundo, decorrente da Revolução Francesa e de seus ideais, que resultou “num sistema fortemente alicerçado em bases racionais lógico-sistemáticas, cujo objetivo era conter abusos”. (Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law, In, Revista dos Tribunais, vol. 893, mar/2010, pp. 35/36). No mesmo sentido, Marinoni (Op. cit, pp. 46/56).

Assim, tendo-se como premissa que a aplicação judicial do direito é pautada exclusivamente pela legislação, não havia espaço para encampar-se uma doutrina de precedentes.

A mudança deste dogma, parece autorizado dizer, se iniciou com a Constituição Federal de 1988⁸², dotada de princípios e regras de aplicabilidade imediata para concretização de inúmeros direitos fundamentais então constitucionalizados⁸³.

A aplicabilidade das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, mesmo ante a inexistência de regulamentação infraconstitucional⁸⁴, passou a dar a esta função estatal não só a prerrogativa de declarar o direito, mas, por mais importante, o de efetivá-lo na vida das pessoas.

A evolução em relação ao processo é notória, passando-se de mero instrumento formal para um instrumento de concretização do direito material, permeado pelos princípios constitucionais.

A partir de então, paulatinamente, reformas na legislação foram realizadas para dotar a Jurisdição de instrumentos de efetivação dos direitos e de prestigiamiento e respeito as decisões judiciais. Cita-se, exemplificadamente, os seguintes institutos: tutela coletiva, tutela antecipada, súmulas vinculante e impeditiva de recursos, julgamento antecipado da lide, julgamento por amostragem conforme sistemática dos recursos repetitivos, reclamação constitucional, repercussão geral do recurso extraordinário.

A vinculação da Administração Pública ao precedente se dá com as ações de controle concentrado de constitucionalidade, em que a “força vinculante emerge diretamente do julgamento do mérito da causa”⁸⁵ e com a súmula vinculante. A normatividade destas decisões decorre diretamente da Constituição Federal.

⁸² Eduardo de Avelar Lamy e Horácio Wanderlei Rodrigues descrevem: “No Brasil, percebe-se que a Guerra Fria, no contexto internacional, e, mais especificamente, a ditadura militar, no contexto interno, foram acontecimentos que atrasaram até 1988 o início da reestruturação de nosso sistema instrumental conforme a ótica constitucional” (Op. Cit., p. 55).

⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro, In, Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito, Malheiros: São Paulo, 2009.

⁸⁴ “O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal”, conforme leciona Nelson Nery Júnior (Op. Cit., p. 25).

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 38.

2.1.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe importante inovação sobre a aplicação da doutrina dos Precedentes, impondo que juízes e tribunais sigam os precedentes relacionados no diploma legal em gestação.

De início, portanto, já se vê a diferença com o modelo de *common law*, porquanto neste, como visto, o Precedente é oriundo da cultura da formação jurídica dos países daquele modelo, inexistindo regulamentação legislativa a respeito. Esta diferença, todavia, é óbvia em razão do modelo da jurisdição brasileira, de *civil law*, em que a legislação é que rege as relações, sejam sociais, econômicas, jurídicas e judiciais.

Importante ressaltar que grande parcela da doutrina⁸⁶, corretamente, adverte sobre o cuidado na importação do sistema de precedentes do *common law* para o *civil law*, com o que este estudo, igualmente, apresenta uma visão crítica e jurídica-constitucional a respeito da incidência e aplicabilidade dos Precedentes Vinculantes na Administração Pública.

A Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil bem expõe a ideologia doravante buscada:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à

⁸⁶ Cita-se, sinteticamente: José Rogério Cruz e Tucci (Precedente Judicial como fonte do direito, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 304); Evaristo Aragão Santos (Em torno do conceito e da formação do precedente judicial, In, Direito jurisprudencial, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 137/140); Georges Ab-boud (Op. Cit., 2012, p. 493); Dierle Nunes (Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória, In, Revista de Processo, vol. 199, set/2011, p. 49).

luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema⁸⁷.

Neste cenário, de se buscar a uniformidade das decisões judiciais, com consequente estabilidade das relações sociais, segurança jurídica e diminuição da litigiosidade, é que se indaga se os Precedentes também seriam aplicáveis, vinculativamente ou não, para a Administração Pública.

A resposta a esta questão deve ser buscada, primordialmente, pela análise do princípio da legalidade e do regime de imposição de pronunciamentos judiciais preceituados na Constituição Federal, em consonância com os demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública é a atividade exercida, preponderantemente⁸⁸, pelo Poder Executivo.

De forma simples, tem como fundamento a concreção dos direitos dispostos nas Constituições, seja Federal ou Estadual, e na legislação que rege a vida das pessoas residentes em determinado território. Se dá, primordialmente, com a prestação de serviços públicos nas mais diversas áreas e, na lição de Leonardo José Carneiro da Cunha, é estruturada “para atingir o bem comum e assegurar um mínimo de direitos e garantias para o indivíduo”, tendo “a incumbência intrínseca de executar serviços que revestem o matiz da necessidade e comodidade públicas, voltando seus esforços para o incremento e desenvolvimento de atividades que lhe são impostas pela sociedade”⁸⁹.

Para realização destas obrigações impõe-se que se tenha uma infraestrutura organizada e dependente de pessoas para a sua realização, demandando, também, toda uma legislação específica para o cumprimento de seus misteres

⁸⁷ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 20 ago. 2024.

⁸⁸ O Poder Judiciário, o Legislativo e o Ministério Público também exercem atividades administrativas como meio de realizarem suas atividades fins.

⁸⁹ A Fazenda Pública em juízo, 8ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 588.

3.1. Princípios

Os princípios que regem a Administração Pública estão, como é cediço, elencados na Constituição Federal. O art. 37, *caput*, dispõe que a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

No exercício, portanto, das atividades administrativas, estes princípios devem estar sempre presentes, impondo ao administrador a adoção de medidas concretas para tal desiderato. É dizer, não pode aplicar a lei de forma imoral, pessoal, ineficiente, às escuras; não pode aplicar um princípio moral sem lei; não pode querer, mesmo diante da lei e da presença da moralidade, dar aplicabilidade a norma por satisfação pessoal.

A doutrina publicística, diante da formação histórica e cultural brasileira, de personalismo e patrimonialismo oligárquico⁹⁰, e, para o fim de dar solução a este problema, paradoxalmente, deram maior ênfase ao princípio da legalidade.

Disse-se paradoxal porquanto, a rigor, o princípio da moralidade também deveria merecer tamanho empenho de estudo e aplicação, o que apenas tomou corpo com a promulgação da Constituição Federal. Autores

⁹⁰ As obras literárias de Sérgio Buarque de Holanda e Raimundo Faoro atestam esta assertiva. Para o primeiro: “As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul. É vão que os políticos imaginam interessar-se mais pelos princípios do que pelos homens: seus próprios atos representam o desmentido flagrante dessa pretensão” (Raízes do Brasil, 26ª ed., 36ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 182). Para o segundo: “De Dom João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O Capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político, ou pré-capitalismo –, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi” (Os donos do poder, 5ª ed., São Paulo: Editora Globo, 2012, p. 819).

há, aliás, que escrevem que o “princípio da moralidade administrativa é o mais relevante princípio da Administração”⁹¹.

Nada obstante, é certo que a atuação administrativa, seja por seus administradores, seja por seus servidores, deve ser realizada mediante balizas de direcionamento, ou seja, há vinculação para exercício dos atos administrativos, o que se dá com a edição de leis e regulamentos para a concretização das comodidades públicas.

A própria Constituição Federal dá, ademais, grande poder de vinculação à lei, ao remeter a mesma, seja ordinária ou complementar, o disciplinamento das relações sociais. O art. 5º, caput, com efeito, diz que somos “iguais perante a lei”, trazendo ínsito em seu conteúdo o poder de controle dos atos estatais. O inciso II estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Daí que, por ter este regramento constitucional, o princípio da legalidade é caracterizado por um grau maior de visibilidade, porquanto faz concretizar em muitas áreas, quando inexistente aplicabilidade imediata das normas constitucionais, os direitos e deveres de uma sociedade. Esta influência decorre da adoção do Estado de Direito, em que se quer “o governo das leis não o governo dos homens”⁹².

⁹¹ O Princípio da Moralidade no Direito Tributário, coord. Ives Gandra da Silva Martins, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, p.17. Em continuação aduz o clássico autor: “O art. 37 da CF contém quatro princípios fundamentais a conformar o perfil de administrador público. São a saber: os princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade e aquele da impessoalidade.

Um exame mais pormenorizado dos quatro princípios demonstra que, de rigor, todos terminam por desaguar na moralidade pública. O princípio da legalidade reveste todo o sistema jurídico do país. O art. 5º, inc. I da CF, elenca, como seu alicerce, a obediência à lei, que nos regimes democráticos, aprovada pelos representantes do povo, garante a ordem, oferta segurança e protege os cidadãos. Dizer, pois, que os administradores devem cumprir a lei é reiterar formulação essencial e postada no mais relevante artigo da Constituição Federal que é voltada ao cidadão mais do que àqueles que o devem servir. Por outro lado, determinar que o administrador público deve ser impessoal, pois está à disposição da sociedade, não podendo privilegiar amigos, parentes ou interesses em detrimento do bem servir, é afetar faceta da ética administrativa, sendo, pois, a impessoalidade dimensão parcial da moralidade. O mesmo se dá com o princípio da publicidade. Exceção feita às questões de segurança nacional, os atos administrativos devem ser transparentes, não se admitindo decisões escusas, resoluções de gaveta, visto que o administrado não pode desconhecer as regras da Administração. O princípio da moralidade administrativa, portanto, é princípio essencial. O mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a Administração confiável perante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado”.

⁹² BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política, trad., Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 95.

Inerente também a referida legalidade constitucional, ao Estado de Direito, tem-se o Estado Democrático de Direito, em que a função administrativa decorre de outorga de poder popular, que é exercido pelo Poder Legislativo. Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que os agentes do executivo “não podem senão cumprir, à fieldade, os escopos legais, tal como previstos pelo poder sobranceiro, comandante, que é o Legislativo”⁹³.

Além dos princípios expressos no art. 37, é curial não ficar apenas atrelado aos mesmos. A Administração Pública também, como não podia ser diferente, é jungida pelos demais princípios dispostos em todos o texto constitucional.

Dessarte, não se pode negar aplicação na esfera pública, por exemplo, ao princípio da igualdade, à dignidade da pessoa humana, à segurança, como também aos objetivos da República, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

4. APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A inovação almejada pelo CPC, alterando a historicidade da Jurisdição brasileira baseada na tradição romano-canônica⁹⁴, tem a pretensão de trazer ao sistema jurisdicional, aos jurisdicionados, maior segurança jurídica nas suas relações, sejam entre particulares ou com o Estado.

Dentro deste contexto, indaga-se se a Administração Pública tem o dever, ou apenas faculdade, de também seguir este novel disciplinamento da Jurisdição brasileira dos Precedentes Vinculantes.

A problematização está na permanência ou não do paradigma da atuação administrativa com base no princípio da legalidade, como limitativo ou possibilitador da aplicação dos precedentes vinculantes na Administração Pública e, se possível, o porquê de se adotá-los e quais critérios para tanto.

Ainda, impende pesquisar se além da legalidade, ínsita a atividade política do Poder Legislativo, também a interpretação do Direito pelo Poder Judiciário, no exercício de atividade também política, mas jurisdicional, pode

⁹³ Discricionariedade e controle jurisdicional, 2ª ed., 9ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

⁹⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ser objeto de imputação dos atos do Poder Executivo e, em caso positivo, a forma de efetivação.

4.1. Lei e Legislação

O princípio da legalidade e a sua adoção absoluta é um limitador à aplicação dos Precedentes Vinculantes.

Como visto, a igualdade se dá perante a lei; a concretização dos direitos dispostos no texto constitucional é dependente de regulamentação legal; as pessoas podem fazer tudo o que a lei não proíbe e, a Administração Pública, somente o que a lei impõe.

O poder discricionário, mesmo quando admitido, só o é conforme as diretrizes legais, “porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei”⁹⁵.

Desta forma, não se pode negar que o princípio da legalidade, em nosso ordenamento jurídico e em nossas relações sociais, tem importante força aplicativa e obrigatória, resultado, outrossim, da historicidade dos ideais da Revolução Francesa⁹⁶.

O não atendimento ao quanto estatuído em lei, aliás, dá ensejo à responsabilização do servidor no âmbito administrativo⁹⁷, civil⁹⁸ e também penal⁹⁹.

A doutrina do desvio de poder, a propósito, impõe que a atividade administrativa seja feita tão-somente em consonância com o que dispõe a lei,

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 13.

⁹⁶ A respeito, Eduardo Garcia de Enterría. *La lingua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial: Madri, 1994.

⁹⁷ Veja-se, por exemplo, o quanto estatui a Seção IX, do Capítulo I, do Título IV, da Constituição Federal, que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária. No âmbito tributário, o Código Tributário Nacional é expresso: “Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.” No mesmo diploma legal, o parágrafo único do art. 142 adverte: “A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

⁹⁸ O § 6º do art. 37 da Constituição Federal impõe a responsabilidade por regresso de servidor que atuar com dolo ou culpa. Esta culpabilidade pode naturalmente decorrer do desatendimento deliberado à lei que dispõe sobre o seu ofício.

⁹⁹ Em tese, pode-se enquadrar o servidor no crime de prevaricação, estatuído no art. 319 do Código Penal: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, com pena de detenção, de três meses a um ano, e multa.

sob pena de invalidade do ato. Note-se que se entende também como desvio de poder as “hipóteses em que, embora buscando um interesse público, o faz mediante ato cuja destinação legal é diversa”¹⁰⁰.

O regramento dos atos da Administração Pública, ademais, está primeiramente estipulado na Constituição Federal, nas respectivas constituições estaduais e, por fim, na legislação (leis, decretos, portarias, etc.).

Em razão disto, necessário que o não atendimento a todo este sistema normativo - constitucional e infraconstitucional -, se dê dentro dele próprio, como uma autopoiese¹⁰¹, com a inclusão de exceções ou regulamentações que possibilitem o seu afastamento ou maleabilidade¹⁰² ao caso em exame.

A necessidade de estabelecer por regulamentação legal a possibilidade de não aplicação da legislação em casos específicos dota o ente público de legitimidade para se submeter aos precedentes judiciais, sem que com isto possa se responsabilizar a Administração Pública e/ou os seus agentes.

Ainda, dá publicidade às pessoas que determinada legislação será, doravante, aplicada consoante o que está sedimentado em precedente judicial. Esta mudança de entendimento não pode ser feita, portanto, de inopino, sem cientificação da sociedade, pois, como dito, o particular pode fazer tudo o que lei não proíbe e, esta permissão está atrelada ao sentido da lei. O inciso II do art. 5º da Constituição Federal assim impõe. Se o sentido da lei era interpretado pela Administração de uma determinada forma, influenciando ou não as atividades privadas, a modificação da atuação estatal, em cumprimento ao princípio da moralidade, deve ser pública¹⁰³.

¹⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. Cit, p. 64.

¹⁰¹ O conceito de autopoiese é extraído de Niklas Luhmann. Referido autor, no estudo da sociedade, com base em Humberto Maturana, criou a sua teoria dos sistemas, sendo o sistema do direito apenas um dentre os demais sistemas sociais. Refere Luhmann que o “sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações” (Introdução à Teoria dos Sistemas, trad. Ana Cristina Arantes Nasser, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 120). Gunther Teubner trabalhou especificamente sobre o sistema autopoietico no Direito. Para ele, o “Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo” (O Direito como Sistema Autopoietico, trad. José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 53).

¹⁰² O conceito de maleabilidade é extraído da obra de Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 9ª ed, Madrid: Editorial Trotá, 2009.

¹⁰³ Celso Antonio Bandeira de Mello é oportuno: “Cumprir, no Estado de Direito, que os administrados estejam, de antemão, assegurados de que o proceder administrativo não lhes causará

Trata-se, também, de aplicação da chamada “doutrina dos atos próprios”, que “diz respeito à obrigação do sujeito titular de direitos ou prerrogativas públicas de respeitar a aparência criada por sua própria conduta anterior nas relações jurídicas subsequentes, ressaltando a confiança gerada em terceiros, regra fundamental para a estabilidade e segurança no tráfego jurídico”¹⁰⁴.

Por mais que se possa parecer uma submissão exacerbada a um positivismo jurídico, em que “se reconhece também que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, regula também o modo como devem ser produzidas as regras”¹⁰⁵, o princípio da segurança jurídica se coaduna com o que ora se defende. Ainda, a previsibilidade da ação estatal, resta garantida neste sentido.

4.2. Direito e Jurisdição

Necessário deixar claro, contudo, que é imperioso que o ordenamento jurídico e, por conseguinte, a Administração Pública, não fiquem adstritos aos limites impostos pela *literalidade* da lei.

Já que compete aos Tribunais Superiores dar a interpretação da Constituição Federal e das leis – competência esta contida dentro do ordenamento jurídico-constitucional –, a referida *literalidade* da lei é de ser entendida em ponderação com a interpretação judicial, cristalizada em Precedente Vinculante.

Esta abertura da literalidade legal, consentânea com os ideais dos precedentalistas do *common law*, no sentido de dar segurança jurídica, confiança, uniformidade e previsibilidade ao sistema, neste caso, administrativo, é um passo importante para se assentar que também a Administração Pública – como de resto não podia ser diferente, mas que até se chegar a maturidade institucional brasileira ainda não se tinha este entendimento –, pode se pautar consoante a interpretação uniforme dada pelos Tribunais.

surpresas. E não as causará tanto porque outros fins, que não os estabelecidos em lei, estão vedados ao administrador, quanto porque estes mesmos fins só podem ser alcançados pelas vias previstas na regra de Direito como as adequadas ao caso” (Op. cit., p. 60).

¹⁰⁴ MODESTO, Paulo. O controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública”, In, Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, n. 10, junho/julho/agosto 2007, Salvador.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria geral do Direito, tradução Denise Agostinetti, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 196.

Neste sentido, como ressalta Luís Roberto Barroso¹⁰⁶, “a energia despendida na construção de um muro de separação entre o direito e a política deve voltar-se agora para outra empreitada”, qual seja, a de “entender melhor os mecanismos dessa relação intensa e inevitável, com o propósito relevante de preservar no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do direito”¹⁰⁷.

A consciência exigida é que não deve o Poder Executivo atuar somente mediante os mandamentos do Poder Legislativo, em uma visão de estado liberal, contemporaneamente ultrapassado, mas também em consonância com os princípios constitucionais, notadamente de direitos fundamentais, e em decorrência dos mandamentos do Poder Judiciário neste sentido, feitos por intermédio dos Precedentes Vinculantes.

Trata-se de visualizar a evolução do Estado de Direito para um Estado Constitucional. Na concepção de Gustavo Zagrebelsky:

La ley, un tempo medida exclusiva de todas as cosas en el campo del derecho cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma em objeto de medición. Es destronada em favor de uma instancia más alta. Y esta instancia más alta assume ahora la importantísima función de mantener unidas y em paz sociedades enteras divididas em su interior y concurrenciales. Una función inexistente en outro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad¹⁰⁸.

Reflexamente, esta mudança de mentalidade e sua implementação concreta, fará com que a litigiosidade, hoje frenética, seja, oxalá, reduzida. José Augusto Delgado¹⁰⁹, já em 1997 afirmava que a adoção “do Sistema

¹⁰⁶ Constitucionalização, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, In, As novas fases do ativismo judicial, orgs. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Gotti de Paula, Marcelo Novelino, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 254.

¹⁰⁷ François Rigaux ilustra: “Permitindo-nos extrair uma imagem da física dos corpos gasosos ou das partículas elementares, tanto o aparelho normativo quanto o poder jurisdicional são compostos de moléculas que sofrem atrações e repulsões recíprocas, capazes de modificar-lhes o seu próprio comportamento”. (A lei dos juízes, trad. Edmir Missio, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 322).

¹⁰⁸ Op. cit., p. 40.

¹⁰⁹ Súmula vinculante e a Administração Pública. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16164/S%C3%BAmula_Vinculante_Administra%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1. Acesso em 20 ago. 2024.

Vinculante das decisões judiciais, no âmbito do Poder Judiciário e da Administração, acarretará a diminuição dos litígios que envolvem o Poder Público, consagrando, repito, o direito integral do cidadão e aliviando a máquina do Poder Judiciário”.

Ainda, segundo José Augusto Delgado “*a não-adoção do Sistema Vinculante, no Brasil, prejudica unicamente - já disse - o cidadão, e favorece unicamente o Estado, provocando intenso desvio do princípio democrático*”.

Neste sentido, José Maria Rosa Tesheiner, a propósito da relação da coisa julgada e a isonomia, exemplifica situação corriqueira que calha a presente temática:

Em inúmeros casos, o respeito à coisa julgada fere profundamente a isonomia, que é, dos princípios constitucionais, o primeiro que ela consagra (art. 5.º). Assim, por exemplo, funcionários públicos, sofrendo a incidência da mesma lei, propõem ações individuais, que vão tendo cada qual a sua sorte. Em face das inevitáveis divergências jurisprudenciais sobre a exata interpretação deste ou daquele dispositivo legal, uns vencem, outros sucumbem. Trabalhando lado a lado, executando a mesma tarefa, submetidos à mesma lei, têm uns seus vencimentos majorados e outros não, situação que pode se estender por anos a fio, face à coisa julgada. O remédio da ação rescisória não cura, porque ela não cabe quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Súmula 343 do STF) ou por já haver decorrido o curto prazo de dois anos para sua propositura¹¹⁰.

O objetivo de se respeitar os Precedentes Obrigatórios não é apenas para aplicação no ambiente forense, nos milhares de processos judiciais existentes, quando se edita, por exemplo, portarias de dispensas de recursos para os Advogados Públicos ou orientações para o não ajuizamento de ações¹¹¹, mas, de forma ampla e geral, também e principalmente, de meio preventivo e de adoção de práticas administrativas para que novas ações não sejam intentadas, devido a recalcitrância na aplicação de legislação pela Administração Pública, de que se sabe não se coaduna com o entendimento massivo dos Tribunais.

¹¹⁰ Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil, São Paulo: RT, 2002, p. 170.

¹¹¹ LAMY, Eduardo de Avelar, SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Administração Pública federal e os precedentes do STF, In, Revista de Processo n. 214, dez/2012.

Utilizando-se do exemplo referido por Tesheiner, um servidor que opte por judicializar uma questão afeta aos seus vencimentos pode ter os mesmos majorados, em detrimento de outros que não intentaram ações semelhantes e, portanto, não tiveram os seus vencimentos majorados em virtude da aplicação irrestrita da lei pela Administração Pública. Esta problemática pode ter solução singela pela adoção dos Precedentes, desde que nitidamente vinculantes e dentro de balizas regulamentárias, pelo ente público envolvido.

O respeito aos Precedentes Vinculantes no exercício da atividade administrativa, desde que respaldada por legislação orientada neste sentido, é medida que concretiza o entendimento sedimentado pelos tribunais.

O Código de Processo Civil, conquanto vincule apenas juízes e tribunais, merece reflexão para que, diante da ideologia dos Precedentes Vinculantes (uniformidade, previsibilidade, certeza e segurança jurídicas, etc.), também seja aplicável pela Administração Pública.

Não pode o administrador público ficar obtuso a esta nova concepção e realidade institucional e jurisdicional, aguardando passivamente eventual alteração legislativa para exercer o seu múnus. Todavia, também não pode ter uma atitude ativa sem respaldo em legislação, já que, querendo ou não, o princípio da legalidade lhe é impositivo, sob pena, até mesmo, de cometimento de crime de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, I, da Lei Federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

Isto não impede que, dialogicamente com a legislação e a Jurisdição¹¹², e em consonância com os demais princípios constitucionais, como o da igualdade, moralidade e eficiência, como também ciente da evolução do Estado Constitucional, não adote medidas, dentro do seu campo de atuação e competência, que dê cumprimento aos precedentes vinculantes, pois, conforme assevera Luiz Guilherme Marinoni, “uma vida conforme o direito e, por consequência, permeada pela responsabilidade, só é viável num Estado que resguarda a coerência da ordem jurídica”¹¹³.

Diante deste contexto, não pode a Administração Pública, sob pena de ofensa do princípio da igualdade, negar aplicação ao quanto

¹¹² SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia, In, *As novas fases do ativismo judicial*, orgs. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Gotti de Paula, Marcelo Novelino, Salvador: JusPodivm, 2013.

¹¹³ A ética dos precedentes, São Paulo: RT, 2014, p. 115.

decidido pelos Tribunais em última instância. No Estado Constitucional atual, não se consente com a emanção de duas interpretações, de dois entendimentos diversos acerca de uma dada norma jurídica. O Direito é uno e as funções político-estatais devem zelar pela sua integridade e uniformidade.

Esta aplicabilidade, contudo, deve ser realizada somente após a sedimentação do entendimento pelos Tribunais, mediante precedentes vinculantes, em que tenha ocorrido amplo debate pelas partes e, se possível, por terceiros, como a figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas¹¹⁴, dando-se um enfoque, mesmo que diminuto, de democraticidade ao precedente judicial.

Note-se que o papel político da Jurisdição brasileira, nos termos do princípio da inafastabilidade do controle judicial, é de defesa contra ameaça ou lesão a *direito*. Por *direito*, portanto, se entende, é cediço, não só a lei, mas também os princípios existentes no ordenamento jurídico nacional, além de outros encampados pela República Federativa do Brasil, definidores dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, §§ 2º e 3º).

Diante deste cenário, o Direito descrito sedimentadamente pela Jurisdição, assentado em Precedente Obrigatório, deve ser considerado pela Administração Pública, que não pode, no contexto contemporâneo, ficar a mercê de legislações que não acompanham o desenvolvimento social e institucional. Com isto, tenta-se evitar o que Manuel Castells denominou de “crise de governança”, “relacionada a uma crise fundamental de legitimidade política, caracterizada pela distância cada vez maior entre os cidadãos e seus representantes”¹¹⁵.

O papel da atividade jurisdicional não é mais, de maneira notória, de simples intérprete da lei, de resolução e efeitos de julgamento tão-somente para as partes envolvidas no processo. As decisões judiciais, hodiernamente, transcendem o caso julgado, refletindo nos demais julgamentos do próprio órgão prolator, como dos demais órgãos integrantes da jurisdição. Em vista desta novel característica da Jurisdição e do constitucionalismo

¹¹⁴ MEDEIROS, Bernardo Abreu. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil, In, As novas fases do ativismo judicial, orgs. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Gotti de Paula, Marcelo Novelino, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 536.

¹¹⁵ A Crise da Democracia, Governança Global e a Emergência de uma Sociedade Civil Global, In, Por uma Governança Global Democrática (vários autores), São Paulo, Instituto Fernando Henrique Cardoso, 2005, p. 96.

contemporâneo, muito já discutido na doutrina¹¹⁶, o isolamento da Administração Pública em um mundo legislado não cumpre os demais princípios constitucionais a ela vinculantes, notadamente o da eficiência, da moralidade e da igualdade.

Trata-se, a rigor, da adoção do que Marcelo Neves denomina de “racionalidade transversal”, que seria um *plus* ao acoplamento estrutural de Niklas Luhmann, no sentido de que este é bilateral e pode deixar os sistemas sem desenvolvimento e evolução, em razão da “atomização” e da “expansão imperialista”; e, na racionalidade transversal, o entrelaçamento se dá em mais de dois sistemas, como “pontes de transição” e, sem essas, diz o autor, “mesmo que superadas as corrupções sistêmicas no plano estrutural, permaneceremos em um constitucionalismo autista, provinciano, autossuficiente (perigo de atomização), ou caminharemos para um constitucionalismo imperial como ultima ratio do social”¹¹⁷.

Uma solução que se reputa adequada e salvaguardadora do exercício das atividades públicas e privadas, além de “legalizar” a atuação estatal, é a edição de uma norma autorizativa regulamentadora para aplicação de precedentes vinculantes pela Administração Pública. Esta lei seria um acoplamento estrutural entre os sistemas judiciais e legislativos, havendo, com a adoção pela Administração dos Precedentes em razão desta norma autorizativa, o exercício de uma racionalidade transversal (três sistemas entrelaçados – legislativo, judiciário e administrativo), pois, com base empírica do que foi definido nos Precedentes Vinculantes, pode ou não, adotá-los.

Ainda, aduz Neves que a consistência jurídica e a adequação social do direito dependem do princípio da igualdade¹¹⁸ e se não se oferecer em todos os sistemas igualdade de oportunidades, o princípio da igualdade torna-se inócuo¹¹⁹. A adoção dos precedentes pela Administração possibilita que entre os sistemas jurisdicional e legal, entre, portanto o jurídico e o político, se efetive o princípio da igualdade, no sentido de dar aos que não buscaram amparo na jurisdição, a mesma oportunidade daqueles que obtiveram em razão de terem sido agraciados com a interpretação do direito judicialmente.

¹¹⁶ A respeito das diversas posições doutrinárias, CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*, São Paulo: Atlas, 2009.

¹¹⁷ *Transconstitucionalismo*, São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 51.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 66.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 68.

Isto porque, com “o princípio constitucional da isonomia como expressão da racionalidade jurídica no plano da coerência interna e adequação externa do direito, passa-se da igualdade como forma lógica para a igualdade como norma”.¹²⁰

4.3. Precedentes Diretamente Vinculantes e Precedentes Indiretamente Vinculantes

Necessário, por fim, diferenciar os Precedentes Vinculantes que podem ter uma aplicabilidade direta pela Administração Pública e aqueles pelos quais se faz imperativo uma lei autorizativa, a ponte de transição antes referida entre os sistemas jurisdicional e o político.

Com efeito, a classificação proposta, de acordo com a força normativa do Precedente que decorre do texto constitucional, é da existência de Precedentes que vinculam diretamente a Administração Pública e os que a vinculam indiretamente, precisando, para incidência na atividade administrativa, de lei autorizativa, mormente porque a legislação processual não tem competência constitucional para impingir condutas à Administração Pública.

Os Precedentes Diretamente Vinculantes têm aplicação direta desde que a “legislação autorizativa” advenha da Constituição Federal, como as súmulas vinculantes e as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. A força normativa de tais pronunciamentos judiciais tem natureza constitucional e, como tal, alcançam todos os Poderes estatais. Ora, é do texto de uma Constituição que se extrai a forma de vida de uma sociedade e de suas instituições, sendo imperativos seus comandos¹²¹.

Os precedentes indiretamente vinculantes à Administração Pública, aqueles em que a autorização de aplicação na Administração Pública advém de lei, são os demais elencados no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, quais sejam, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo

¹²⁰ Ibid, p. 69.

¹²¹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1991.

Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial quais dos tribunais.

Os precedentes indiretamente vinculantes assim se denominam porque a sua normatividade ainda é limitada à Jurisdição. A adoção pela Administração Pública de tais Precedentes não é, por conseguinte, direta, automática, mas sim indireta, pois depende da propalada lei autorizativa, como ponte de transição entre os sistemas jurisdicional e administrativo.

À propósito, no Supremo Tribunal Federal já se enfrentou, de forma breve, a impossibilidade de uma decisão de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, em face de uma lei estadual, ser aplicável também para outros Entes da Federação de forma automática. É exemplo o julgamento do RE 851.108/SP (Tema 825)¹²² que, mesmo decidido pelo STF impôs a propositura de 24 ADI's pelo Procurador-Geral da República para afastar, perante as Administrações Públicas respectivas, as legislações que lhes eram impostas¹²³.

Parece adequado afirmar, ainda, que o art. 30 da LINDB¹²⁴, de certa forma, também encampou esse posicionamento de Precedentes Indiretamente Vinculantes à Administração Pública, disciplinando, de maneira inicial, mas não integral, o que se denomina de “lei autorizativa” de aplicação de Precedentes, porquanto impõe (o verbo utilizado é “devem”) uma atuação das autoridades públicas no sentido de dar aplicabilidade às normas. No cenário ora desenhado, Precedentes Vinculantes a serem respeitados administrativamente.

¹²² Foi fixada a seguinte tese: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”.

¹²³ As ações diretas correspondem aos seguintes Estados: Pernambuco (ADI 6.817) ; Paraná (ADI 6.818); Pará (ADI 6.819); Tocantins (ADI 6.820); Maranhão (ADI 6.821); Paraíba (ADI 6.822); Santa Catarina (ADI 6.823); Rondônia (ADI 6.824); Rio Grande do Sul (ADI 6.825) ; Rio de Janeiro (ADI 6.826); Piauí (ADI 6.827); Alagoas (ADI 6.828); Acre (ADI 6.829); São Paulo (ADI 6.830); Goiás (ADI 6.831); Espírito Santo (ADI 6.832); Distrito Federal (ADI 6.833); Ceará (ADI 6.834); Bahia (ADI 6.835); Amazonas (ADI 6.836); Amapá (ADI 6.837); Mato Grosso (ADI 6.838); Minas Gerais (ADI 6.839); Mato Grosso do Sul (ADI 6.840).

¹²⁴ “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”.

5. CONCLUSÃO

A influência dos Precedentes, sejam obrigatórios ou não, sobre os órgãos do Poder Judiciário, é clara no sistema jurisdicional brasileiro. O CPC, com o fito de elastecer a aplicação de determinadas decisões judiciais na Jurisdição brasileira, fruto da experiência do sistema common law, impõe que juízes e tribunais acatem os precedentes obrigatórios em seus julgados. Baseia-se, para tanto, no princípio da isonomia.

A doutrina, além do princípio isonômico, refere ainda que haveria uniformidade e previsibilidade nos julgamentos, estabilidade das relações e segurança jurídica. Por isso, suscitou-se se os Precedentes Obrigatórios, ante as vantagens apresentadas, poderiam ser também aplicados pela Administração Pública.

O princípio da legalidade afigura-se, a priori, impeditivo, entretanto, em consonância com os princípios constitucionais, tanto afetos a Administração Pública, quanto de direitos fundamentais, constata-se que pode haver a adoção pelos administradores e agentes públicos do quanto definido como Precedente Obrigatório.

Esta encampação, contudo, não pode ser automática, sob pena de ilegalidade e responsabilização dos agentes envolvidos, que poderia se dar na esfera administrativa, civil e/ou criminal.

Por isto, deve-se respaldar a Administração Pública de instrumentos normativos que lhe possibilitem o afastamento da literalidade da lei para que, em conformidade com o entendimento cristalizado em precedente obrigatório, possa-se adotá-lo.

Esta possibilidade concretiza e uniformiza, nos Poderes de Estado, o entendimento do Direito e, por conseguinte, a igualdade institucional, individual e coletiva.

Dessarte, conquanto a Administração deva ser influenciada pelos Precedentes Vinculantes, ante a novel característica da Jurisdição nacional e do constitucionalismo contemporâneo, notadamente com as últimas reformas processuais e com a regulamentação do CPC/2015 a respeito, há de existir, para tanto, legislação neste sentido, sob pena de infração funcional do agente, como também incursão, em tese, no crime de responsabilidade.

Pondera-se sobre uma abertura pela legislação no sentido de atribuir ao Administrador maior campo de liberdade na adoção dos Precedentes Vinculantes, classificando-os em direta ou indiretamente vinculantes.

Os Precedentes Diretamente Vinculantes retiram sua normatividade da própria Constituição Federal, de modo a incidir, sem necessidade de outros atos legislativos ou regulamentares, na atividade administrativa. São as súmulas vinculantes e as decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

De outra forma, os Precedentes Indiretamente Vinculantes são aqueles elencados no art. 927 do Código de Processo Civil e que sua aplicação na Administração Pública necessita de uma lei autorizativa, sem a qual sua incidência fica restrita à atividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante** – A ineficiência e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In, Direito jurisprudencial, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, trad. do autor [orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier], 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. In, **Revista dos Tribunais**, vol. 893, mar/2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discrecionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed., 9ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento, vol. 1, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento, 19ª ed., 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro, in, Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito, Malheiros: São Paulo, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalização, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In, **As novas fases do ativismo judicial**, FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Gotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.), Salvador: JusPodivm, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política, trad., Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**, tradução Denise Agostinetti, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**, 26ª ed., 36ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CASTELLS, Manuel. A Crise da Democracia, Governança Global e a Emergência de uma Sociedade Civil Global. In, Por uma Governança Global Democrática (vários autores), São Paulo, Instituto Fernando Henrique Cardoso, 2005.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**, São Paulo: Atlas, 2009.

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. In, **Revista dos Tribunais**, vol. 752, jun/1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do direito**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, 8ª ed., São Paulo: Dialética, 2010.

DANTAS, Ivo. Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal. In, **Estudos de Direito Processual Constitucional**: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito, Malheiros: São Paulo, 2009.

DELGADO, José Augusto. **Súmula vinculante e a Administração Pública**. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16164/S%C3%BAmula_Vinculante_Administra%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1. Acesso em 20 ago. 2024.

DEMO, Pedro. Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La língua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, Alianza Editorial: Madri, 1994.

FAORO, Raimundo. Os donos do poder, 5ª ed., São Paulo: Editora Globo, 2012.

FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos, trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, [s/d].

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1991.

LAMY, Eduardo de Avelar, SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Administração Pública federal e os precedentes do STF. In, **Revista de Processo** n. 214, dez/2012.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**, trad. Ana Cristina Arantes Nasser, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**, São Paulo: RT, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais - Centro de Extensão Universitária, 1998.

MEDEIROS, Bernardo Abreu. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In, **As novas fases do ativismo judicial**. FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Gotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.), Salvador: JusPodivm, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I, arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2004.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. In, **Revista de Processo** n. 199, set/2011.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**, trad. Edmir Missio, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In, **Direito jurisprudencial**, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões, In, **Revista de Processo**, vol. 226, 2013.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In, **As novas fases do ativismo judicial**, FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Gotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.), Salvador: JusPodivm, 2013.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. In, **Revista de Processo** n. 110, abr./2003.

TESHEINER, José Maria Rosa. Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil, São Paulo: RT, 2002.

TEUBNER, Gunther. O Direito como Sistema Autopoiético, trad. José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. In, Revista de Processo n. 124, jun./2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia, 9ª ed, Madrid: Editorial Trota, 2009.

Enviado em 22.08.2024.

Publicado em 20.05.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International Licence.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Patrícia Dornelles Schneider¹²⁵

Resumo: No presente artigo¹²⁶, fizemos uma breve análise da possibilidade de mediação na Administração Pública, registrando as transformações do Direito Administrativo ao longo da história, citando os textos normativos editados, como a Resolução no 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a Lei de Mediação – Lei no 13.140/2015 e o Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, formando o chamado microssistema de mediação no Brasil. A partir da análise do conflito e do que se entende por acesso à justiça como forma de pacificá-lo, observamos que existem técnicas para tratá-lo, sendo o procedimento de mediação e conciliação uma forma possível de resolver conflitos envolvendo também os entes públicos. Conceituamos a figura e o papel do mediador de conflitos, e registramos a importância da sua capacitação e treinamento para atuar como facilitador de diálogo entre as partes, como verdadeiro agente capaz de proporcionar ao procedimento o suporte teórico e a segurança necessária na construção dos acordos. Por fim, uma vez aberta a possibilidade de os entes federados instituírem suas câmaras próprias de resolução de conflitos, conforme dispõe o art. 174 do CPC, cabe às Administrações Públicas a edição por lei da política pública de acesso à consensualidade, trazendo mais aproximação e transparência na relação do contribuinte e cidadão com o Poder Público.

¹²⁵ Procuradora do Município de Porto Alegre/RS. Especialista em Direito Municipal pela ESDM e Mediadora Extrajudicial certificada pela OAB/RS e CLIP. E-mail: pdschneider@portoalegre.rs.gov.br

¹²⁶ O presente artigo compôs a coletânea Consensualidade na Administração Pública, publicado originalmente pela Escola Superior de Direito Municipal da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, em 2018, editado por Elisa Eidt, Juliana Goulart, Patrícia Schneider e Rafael Ramos. A íntegra do trabalho está disponível no presente link: <<https://www.mediatum.com.br/2018/posts/E-book-Consensualidade-na-Administracao-Publica.pdf>>.

Abstract: In this article, we have made a brief analysis of the possibility of mediation in Public Administration, recording the transformations of Administrative Law throughout history, citing the normative texts issued, such as Resolution n. 125, of 2010, of the National Council of Justice – CNJ, the Mediation Law – Law n. 13.140/2015 and the New Code of Civil Procedure – Law n. 13.105/2015, forming the so-called mediation microsystem in Brazil. Based on the analysis of the conflict and what is understood by access to justice as a way to pacify it, we have observed that there are techniques to deal with it, with the mediation and conciliation procedure being a possible way to resolve conflicts also involving public entities. We have conceptualized the figure and role of the conflict mediator, and noted the importance of their qualification and training to act as a facilitator of dialogue between the parties, as a true agent capable of providing the procedure with the theoretical support and security necessary in the construction of agreements. Finally, once the possibility of federated entities establishing their own conflict resolution chambers has been opened, as provided for in art. 174 of the CPC, it is up to the Public Administrations to issue by law the public policy of access to consensus, bringing greater proximity and transparency in the relationship between taxpayers and citizens with the Public Authorities.

Palavras-Chave: Mediação e Conciliação. Administração Pública. Consensualidade. Conflitos. Acesso à justiça. Capacitação de mediadores. Facilitador do diálogo. Política Pública. Resolução no 125/2010 do CNJ. Lei 13.140/2015. Código de Processo Civil.

Keywords: Mediation and Conciliation. Public Administration. Consensusuality. Conflicts. Access to Justice. Mediator Training. Dialogue Facilitator. Public Policy. Resolution 125/2010 of the CNJ. Law 13.140/2015. Code of Civil Procedure

Sumário: 1. Introdução 2. Mediação como meio autocompositivo de resolução de conflitos na Administração Pública; 3. Fundamentação teórica; 4. O conflito como inerente às relações humanas; 5. O papel do mediador extrajudicial de conflitos; 6. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A mudança pela qual tem passado ao longo da história a dogmática do Direito Administrativo resulta em quebras de paradigmas que vem

ocorrendo de forma gradual na sociedade, alterando a relação entre o Estado e os cidadãos.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹²⁷, a mudança no cenário do direito administrativo deve-se a dois fatores: (i) sócio político: o surgimento da sociedade como indispensável protagonista de um novo e expandido diálogo democrático; e (ii) juspolítico: a afirmação do constitucionalismo como indispensável instrumento de um novo e expandido diálogo liberal.

Antigos dogmas afetos ao Direito Administrativo, que antes não autorizavam se falar em qualquer espécie de negociação na Administração Pública, vem sendo superados.

A indisponibilidade do interesse público, por exemplo, não pode significar a inegociabilidade do interesse público. Como nos ensinou Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹²⁸, não se negocia o interesse público, mas a melhor forma de alcançá-lo com mais eficiência.

Por isso, a Administração Pública e a advocacia pública devem estar atentas e direcionadas a esses novos caminhos de acesso à justiça e ao atingimento do interesse público, desenvolvendo um olhar sistêmico e colaborativo em relação à resolução dos conflitos.

A consensualidade seria um dos eixos da transformação do Direito Administrativo. O paradigma da imperatividade corresponde ao exercício das competências administrativas por meio de atos unilaterais e imperativos. Nesse viés, pensar em novas formas de olhar os conflitos envolvendo o Poder Público é pensar em possibilidades de consenso utilizando-se ferramentas e técnicas de diálogo entre as partes.

A Administração Pública dialógica passa por um espaço maior de participação do cidadão na atuação administrativa, tanto na busca pelo interesse próprio como na defesa do interesse coletivo. O interesse público pode ser aqui considerado como aquele interesse que melhor se amolda ao caso concreto e particular em discussão.

Princípios constitucionais da eficiência, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade são norteadores da Administração Pública e encontram esteio nas práticas dialógicas e autocompositivas como a mediação.

¹²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 12.

¹²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 154.

2. MEDIAÇÃO COMO MEIO AUTOCOMPOSITIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A possibilidade de adesão a outras formas de a Administração Pública tratar os seus conflitos que não unicamente a via da judicialização, é uma realidade presente e que depende da vontade dos gestores públicos e da necessária implementação da política pública.

Métodos autocompositivos como é o exemplo da mediação de conflitos podem e devem ser utilizados pelas Administrações Públicas, mantendo por base os princípios constitucionais a ela inerentes, e possibilitando segurança jurídica e satisfação aos envolvidos.

Como inerentes às relações humanas, os conflitos envolvendo os Poderes Públicos devem ser encarados sob novas perspectivas, abrindo caminhos para outras formas de resolução dos conflitos que não unicamente a via do embate ou do litígio.

A mediação de conflitos, como política pública instituída no seio das Administrações Públicas, além do investimento, formação e capacitação de mediadores extrajudiciais, é um dos caminhos possíveis em busca da consensualidade e de acesso à justiça, aproximando cidadão ou contribuinte e o Estado.

Segundo dados do CNJ, o Poder Público é, hoje, o maior usuário do Poder Judiciário, aparecendo como parte (autor ou réu) em 51% dos processos judiciais ativos no Brasil, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, restando claro que a taxa de congestionamento do Poder Judiciário ocorre por conta desse cliente.¹²⁹

No dizer de Karoline Busatto¹³⁰:

Além da questão orçamentária que evidencia o elevado custo de manutenção dos processos pelos cofres públicos, necessário também aceitar que temos de deixar de pensar o Poder Judiciário como responsável único pela solução das demandas, atribuindo às partes e outros atores maior poder de decisão e participação.

¹²⁹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Justiça em Números. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021.

¹³⁰ BUSATTO, Karoline, Considerações sobre a Lei de Mediação e a Administração Pública. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardini de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (orgs.). Mediação e Arbitragem na Administração Pública. Curitiba: CRV, 2018, p.170.

Os métodos autocompositivos como a mediação e a conciliação, onde a construção do consenso é feita pelas próprias partes, sendo o mediador ou conciliador um terceiro que através de técnicas adequadas auxilia as partes a restabelecer a comunicação muitas vezes rompida pelo conflito, a construir caminhos para o acordo, surgem como formas alternativas ou adequadas de solucionar os conflitos, diversas daquelas onde o Poder Judiciário, por meio do Estado-Juiz, decide o conflito pela sentença.

Em se tratando de Administração Pública, a mediação aparece como forma de verdadeiro acesso à justiça e de possibilidade de aproximar o cidadão da Administração, em busca de uma gestão pública mais horizontal e menos impositiva.

A Administração Pública pode sim ser mais horizontal e dialógica, e a mediação é uma técnica que possibilita que as partes envolvidas no conflito se façam protagonistas do resultado dessa comunicação.

Os desafios em se tratando de uma cultura voltada essencialmente para o litígio, e as dificuldades inerentes ao setor público estão presentes, não como obstáculos que impeçam os avanços, mas como estímulos à implementação pelos gestores das políticas públicas voltadas à autocomposição.

3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Para os que ainda encaram a mediação e a conciliação como modelo empírico de resolução de conflitos, antes, no curso ou fora do processo judicial, a importância da teoria

para o suporte e sustentação da prática demonstra a sua segurança e solidez na busca de consensos.

A preservação do diálogo e da relação social subjacente são objetivos habitualmente trabalhados por instrumentos advindos de teorias da negociação, como é o caso da mediação e da conciliação.

Podemos pensar que mediar e conciliar passa, em alguma medida, por negociar os interesses das partes que se apresentam em conflito, daí a importância de utilizar a ferramenta da negociação com base em uma teoria estruturada.

Vários suportes teóricos sustentam o procedimento de mediação e conciliação e trazem elementos objetivos e extremamente úteis aos mediadores, auxiliando as partes envolvidas no conflito a construir o melhor e o possível consenso para a questão posta em discussão.

O conceito de conflito e como se dá o acesso à justiça em seu sentido mais amplo são fundamentais para se entender o contexto histórico atual, a chamada crise do poder Judiciário e as alternativas de acesso aos meios autocompositivos de resolução de contritos.

No Brasil, a mediação e a conciliação envolvendo o Poder Público, como formas adequadas de solução de seus conflitos, foi inicialmente disciplinada pela Lei Federal n. 13.140, de 26/06/2015, marco regulatório do tema no País, com capítulo específico para a autocomposição envolvendo a Administração Pública (Capítulo II).

A Resolução no 125 do CNJ trouxe também uma preocupação com o acesso à justiça, por meio de menções expressas como “acesso ao sistema de justiça”, “responsabilidade social” e “direito constitucional ao acesso à justiça”.

Já o Código de Processo Civil de 16/03/2015, no seu art. 174, disciplinou que todos os entes públicos deverão criar câmaras de conciliação e mediação para solucionar administrativamente conflitos envolvendo a Administração Pública.

O art. 175, caput, do CPC, disciplinou que não são excluídas outras formas de mediação e conciliação extrajudiciais, que podem ser feitas por profissionais independentes, nos termos de lei específica, sendo tais disposições aplicáveis às Câmaras de Conciliação e Mediação, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo.

A Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, chamada de Lei Geral de Mediação, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, dispondo também, em capítulo específico, sobre autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Ada Pellegrini Grinover¹³¹ afirma que se pode falar hoje de um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, formado pela Resolução no 125/2010 do CNJ, pelo Novo CPC e pela Lei de Mediação, naquilo em que não conflitam.

No caso, reforça-se a mudança de cultura do embate e do litígio, chamada também “cultura da sentença” por Valéria Feriulli Lagrasta Luchiari¹³²,

¹³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-2.

¹³² ALMEIDA, Tania. Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014, p. 18

nas apresentações da obra de Tania Almeida, para a cultura da pacificação social.

Ainda, Ada Pellegrini Grinover¹³³ refere ainda que “vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.”

Podemos pensar que mediar e conciliar passa, em alguma medida, por negociar os interesses das partes que se apresentam em conflito, daí a importância de utilizar a ferramenta da negociação com base em uma teoria estruturada.

4. O CONFLITO INERENTE ÀS RELAÇÕES HUMANAS

Aristóteles considerava a sociedade essencial para vida do homem que, como ser político, não pode viver só tendo em vista sua necessidade natural de associar-se para atingir seus objetivos pela cooperação da vontade humana.

Segundo Moraes e Spengler (2019, p.47):

Em resumo o conflito é inevitável e salutar (especialmente se que-remos chamar a sociedade na qual se insere de democrática), o importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo, fugindo da ideia de que seja um fenômeno patológico e encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo conforme os valores inseridos no contexto social analisado. Uma sociedade sem conflito é estática.

O Estado como atualmente conhecido, decorreu da repartição de funções com base nos ideais de Montesquieu em “L’Esprit dès Lois”, criando órgão independentes e separados. O Direito constituído visa então a disciplinar a convivência humana, ordenando a vida em sociedade.

Entretanto, o monopólio da função jurisdicional hoje afeta ao Poder Judiciário, não era historicamente exigido. Inicialmente, os conflitos eram decididos instintivamente pelas partes envolvidas, mediante negociação e ou imposição de força - a chamada Autotutela. Nestes casos, o poder da coação

¹³³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 29-30.

era inegável. Sendo estas infrutíferas, buscava-se um terceiro, considerado sábio e imparcial para decidir a questão, sendo este o início da arbitragem voluntária. Em um segundo momento, a arbitragem tornou-se obrigatória com o auxílio do Estado para efetivação de suas decisões.

Somente com a sofisticação das relações sociais o Estado tomou para si tal função, o *jus punitonis*, garantindo-lhe o poder coercitivo para que pudesse instituir a solução obtida através de seu judiciário e fazendo com que no Estado Moderno liberal afastasse a chamada justiça privada, ou aquela que não advém do Estado

O governo então evoluiu buscando assumir funções fundamentais e tarefas ampliadas, através de estruturas burocráticas a fim de permitir o exercício da atividade proposta de forma eficiente. Deu-se, então a criação de regras norteadoras das decisões a serem proferidas e do procedimento para solução das disputas exercendo a Jurisdição.

A jurisdição, portanto, além da coercitividade, conta com garantias e princípios como o de que seu exercício dar-se-á somente por investidos na autoridade de Juiz (Princípio da Investidura), divisão demográfica e limitação ao território (Aderência ao Território), Indelegabilidade, Inevitabilidade (pois uma vez o conflito sujeito à soberania esta impõe-se), a garantia ao acesso ao Judiciário (Indeclinabilidade), entre outros.

Entretanto, tais garantias podem não ser o bastante para proporcionar aos cidadãos o acesso à justiça aqui considerada como o “dar a cada um o que é seu”.

A teoria de que a justiça sendo um direito natural protegeria os cidadãos e que bastava o governo permanecer passivo até que fosse requerido o reconhecimento do direito demonstrou ser ineficaz à medida que a sociedade cresceu em tamanho e complexidade. A partir do movimento visando a declaração de direitos nos séculos XVIII e XIX, e a proclamação destes na Constituição Francesa de 1791, deu-se início a uma nova fase no qual o Estado teria uma atitude mais ativa.

O Estado Moderno, tendo como início um caráter liberal, passou através do tempo a abandonar sua ideal associação ordenadora para atuar regulatoriamente, visando o controle do crescimento e desenvolvimento em progressão geométrica.

No Brasil, a adoção de um sistema civil e normativista, tradicionalmente pretendendo que o Código de Processo Civil regesse todas as soluções de disputas no âmbito procedimental demonstrou-se incabível. O sistema procedimental hoje existente não é flexível e veloz o bastante para

adequadamente cumprir com as garantias constitucionais existentes. Por outro lado, decisões absolutamente intocáveis repetidas vezes tornam-se inexecutíveis, impedindo a efetividade dos direitos reconhecidos.

Percebe-se, portanto, uma crise estrutural do sistema de Justiça hoje vigente. Daí a possibilidade de se abrirem novas portas de acesso à justiça, com a adoção de Tribunais multiportas e métodos autocompositivos e ou consensuais de solução de conflitos, cujo movimento teve origem no Brasil, no próprio seio do Poder Judiciário, com a edição da Resolução 125, do CNJ.

E em se tratando de Administração Pública é ainda mais presente a necessidade de buscar outras formas de se alcançar o interesse público ou a justiça, uma vez que a relação do Estado com os cidadãos e contribuintes é permanente, tornando necessária a inclusão de acesso democrático e horizontal de busca de diálogo e consensos em prol de toda a coletividade que é, ao final, para quem as políticas públicas se destinam.

5. O PAPEL DO MEDIADOR EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS

O mediador e o conciliador, neste processo, atuam como um terceiro imparcial que, através de técnicas adequadas, buscam construir a ponte perdida entre as partes, restabelecendo o diálogo, a fim de se chegar a um consenso.

O mediador não é aquele que decide, ele é o facilitador do diálogo entre as partes envolvidas no conflito, elas sim as verdadeiras protagonistas na construção dos acordos.

Conforme nos ensina Spengler¹³⁴, é necessário: “Uma adequada preparação profissional, que inclua não somente competências jurídicas, e também específico conhecimento das técnicas de mediação.”

Um novo olhar sobre os conflitos envolvendo a Administração Pública é possível, e passa prioritariamente pela implementação da política pública de autocomposição, com o investimento e capacitação de uma equipe de mediadores extrajudiciais aptos a atuar como facilitadores do diálogo entre as partes.

A mediação se mostra como um método estruturado de autocomposição e que tem na figura do mediador, a ponte para uma comunicação colaborativa entre as partes envolvidas no conflito.

¹³⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016. p. 195.

Ninguém melhor do que os próprios envolvidos no conflito para definir, controlar, decidir e atuar na forma como melhor resolver a questão em conflito. O resultado será controlado, na medida em que foram as próprias partes que previram as consequências da sua vontade, foram elas que por meio do diálogo franco e estruturado e a partir do conhecimento da realidade e circunstâncias da outra parte, construíram pontos em comum e, portanto firmaram um acordo.

As partes em conflito chegam sempre no início de um procedimento de mediação, muito posicionadas e enxergando aquela situação conflituosa somente através de sua lente ou posição. Muito provavelmente as partes por si só não conseguirão sair das suas posições, por isso, o método da mediação é tão rico em possibilitar que essas partes, por meio da estrutura teórica e do aporte fundante da mediação, por seus princípios e estrutura, possam dialogar e, passo a passo, estabelecendo a confiança mútua, estabelecer uma postura cooperativa e construtiva.

Estimula-se a formalização de um termo de entendimento entre as partes, que preverá uma solução por elas mesmas constituída. Contudo, mesmo nos casos em que o termo de entendimento não é alcançado, há um estreitamento da relação, pois se permitiu ao contribuinte/cidadão dialogar e ser ouvido, e à Fazenda Pública defender seu entendimento e esclarecer os seus limites. Isso em um ambiente conduzido pelos mediadores, que atuam como verdadeiros fiscais do procedimento, a fim de lhes dar o devido suporte teórico e por consequência a segurança jurídica necessária na elaboração dos possíveis acordos.

O mediador, devidamente capacitado, não atua beneficiando um lado ou outro no conflito. O mediador é o elo de condução do procedimento, agindo como facilitador do diálogo entre as partes, trazendo e lembrando sempre as partes que estão em conflito, Administração Pública por seus representantes legitimados a participar do procedimento, e particular e seus representantes e/ou outros entes públicos por suas representações, a esclarecer as questões e construir alternativas de consenso, tudo dentro dos princípios norteadores que são de informalidade, oralidade, isonomia e voluntariedade das partes, próprios do procedimento de mediação.

6. CONCLUSÕES

O acesso à justiça em seu sentido mais amplo pode ser atingido pela prática dos meios autocompositivos de resolução de conflitos, como é a mediação e a conciliação, inclusive no âmbito da Administração Pública.

A chamada crise pela qual percorre a prestação jurisdicional em seu modelo clássico, com o acúmulo de demandas judiciais e a complexidade da sociedade contemporânea, que demanda uma prestação mais célere e eficaz, passa pela oferta de novas alternativas de acesso à justiça, como são os meios autocompositivos de resolução de conflitos.

Ao autorizar a criação de câmaras públicas de mediação pelos entes da federação, o art. 174 do CPC possibilitou a criação das Câmaras de Mediação e Conciliação por parte dos entes da federação

Os principais fundamentos jurídicos e constitucionais da adoção dos métodos consensuais pela Administração Pública, seja na esfera judicial ou extrajudicial, podem ser resumidos no acesso à justiça de forma mais ampla (resolução adequada dos conflitos), no princípio constitucional da eficiência e em uma Administração Pública mais dialógica e menos vertical.

A própria Lei no 13.655 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB), de 25 de abril de 2018, também prestigia a consensualidade administrativa, convidando a Administração Pública a dialogar com a sociedade em busca de alcançar a melhor solução para a questão conflituosa, dentre aquelas opções possíveis e legalmente autorizadas por lei para a Administração Pública.

Portanto, as soluções negociadas ganham força, especialmente em se entendendo o princípio da juridicidade que vincula as decisões não apenas à legalidade estrita, mas ao bloco geral da legalidade, onde estão presentes os princípios, objetivos e valores constitucionais.

A mediação pode atuar como instrumento de verdadeira pacificação social e também de prevenção de litígios, além de contribuir substancialmente para a qualidade das relações humanas, seja do ponto de vista econômico, social ou emocional.

Para a Administração Pública, é crucial que se mantenha um quadro permanente de mediadores devidamente capacitados, sedimentando a instituição da política pública.

A possibilidade de encarar os conflitos pelos quais as Administrações Públicas naturalmente enfrentam como um processo natural de relacionamento com seus cidadãos e contribuintes, abre espaço para a busca de outras formas de resolução de tais conflitos, buscando a mediação como método estruturado capaz de humanizar, transformar, e resolver os conflitos afetos aos entes públicos.

Utilizando-se de ferramentas de negociação, constroem-se caminhos democráticos de pacificação social, consolidando o acesso à justiça em seu

sentido mais amplo, resgatando e dando aos cidadãos e ao Poder Público o protagonismo para a resolução de seus conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

AZEVEDO, Andre Gomma de. O processo de negociação: uma breve apresentação de inovações epistemológicas em meios autocompositivos. **Revista dos Juizados Especiais**, TJDF – disponível em <https://bdjur.tjdft.jus.br>. Acesso em 09/04/2021.

BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. **A Importância das técnicas de negociação e a escola de Harvard**. Disponível em: <www.dbbba.com.br>. Acesso em: 09/04/2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes. Justiça em Números**. CNJ. Brasília: CNJ, 2021.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VASCONCELLOS, M. Esteves. **Mediação de Conflitos: epistemologia, teoria e técnicas**. Monografia para Graduação e Direito. Brasília: UniCEUB, 2003.

FALECK, Diego. **Manual de Design de Sistema de Disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso: em 28/04/2021.

FERREIRA, Magda Hruza de Souza Alqueres. A negociação na mediação de conflitos. **Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT**. Belo Horizonte, a. 4, n. 4, jan/dez. 2016.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

LUCHIARI Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial**: análise da realidade brasileira - origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. 6ª ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>> Acesso em: 09/04/2021.

MARODIN, Marilene; MOLINARI, Fernanda (orgs.). **Mediação de Conflitos**: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016.

- MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativa à jurisdição**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de Direito Administrativo**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NEIVA, Geisa Rosignoli. **Conciliação e Mediação pela Administração Pública: parâmetros para a sua efetivação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Revista dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 09/04/2021.
- RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (orgs.). **Mediação e Arbitragem da Administração Pública**. Curitiba: CRV, 2018.
- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta**. São Paulo: Ágora, 2006.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos**. 2. Ed. Ijuí: Unijuí, 2016.
- URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Rio de Janeiro, RJ: Sextante, 2015.
- URY, William. **Supere o Não: como negociar com pessoas difíceis**. São Paulo: Benvirá, 2019.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.
- WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: A Mediação no Direito**. Florianópolis, SC: Modara, 2018.
- WEISS, Jeff. **Negociações eficazes**. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

Enviado em 20.08.2024.

Publicado em 20.05.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

QUARTA SEÇÃO

Artigos e Comentários
à Jurisprudência

DESBUROCRATIZAÇÃO E SIMPLIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA COMO ELEMENTO INDUTOR DE SUSTENTABILIDADE

Pedro de Menezes Niehbur¹³⁵

Raquel lung Santos¹³⁶

Pedro Duarte Rodrigues Guimarães¹³⁷

Resumo: Com a maioria da população mundial residindo em cidades, a promoção da sustentabilidade demanda, das sociedades atuais, a criação e o fomento de medidas voltadas ao ambiente urbano. Um dos principais problemas observados nesse espaço são as construções irregulares. Sem o devido licenciamento, cria-se uma cidade à margem da lei, inacessível a serviços públicos e ao mercado formal. Muito desse problema é provocado pela burocracia associada ao licenciamento da atividade edilícia. A maior parte da legislação urbanística vigente impõe aos cidadãos padrões de construção desatualizados e minuciosos, inadequados às demandas atuais da sociedade. O presente artigo busca entender de que forma a desburocratização e a simplificação das normas municipais pode promover a sustentabilidade no ambiente urbano. Para tanto, primeiro investiga-se o conceito de sustentabilidade e sua relação com as normas urbanísticas. Na sequência, faz-se um breve panorama histórico da legislação urbanística no Brasil. Ao

¹³⁵ Professor das disciplinas de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico na Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com doutorado sanduíche (CAPES) na Universidade de Lisboa). E-mail: pedro@mnadvocacia.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8185978844335397>

¹³⁶ Pós-graduanda em Direito Ambiental e Urbanístico pela Faculdade CESUSC. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada. E-mail: raquel.santos@mnadvocacia.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0001553883441563>

¹³⁷ Pós-graduando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogado. E-mail: pedro.duarte@mnadvocacia.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1362372353413269>

final, analisa-se as tendências recentes à simplificação do controle edilício, defendidas pela ONU e demais entidades especializadas, e os esforços adotados por algumas cidades brasileiras nesse sentido.

Abstract: With the majority of the world's population residing in cities, the promotion of sustainability demands, from current societies, the creation and promotion of measures aimed at the urban environment. One of the main problems observed in this space is irregular housing. Without proper licensing, we create a city outside the law, without access to public services and the formal market. Much of this problem is caused by the bureaucracy associated with licensing building activities. Most of the current urban legislation imposes outdated and detailed construction standards on citizens, which are inadequate to current demands. This article seeks to understand how reducing bureaucracy and simplifying municipal regulations can promote sustainability in the urban environment. To this end, we first investigate the concept of sustainability and its relationship with urban planning standards. Next, we give a brief historical overview of urban legislation in Brazil. Finally, we analyze recent trends towards simplifying building control, which are defended by the UN and other specialized entities, and the efforts adopted by some Brazilian cities in this regard.

Palavras-Chave: legislação urbanística; sustentabilidade; desburocratização; simplificação.

Keywords: urban legislation; sustainability; debureaucratization; simplification.

Sumário: 1. Introdução; 2. Cabimento; 3. Procedimento; 3.1. Inadmissão da remessa; 3.2. Apreciação do pedido de tutela provisório; 3.3. Intimação do Ministério Público; 3.4. Julgamento do mérito da remessa; 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não há como falar em desenvolvimento sustentável, hoje, sem incluir o espaço urbano no centro dos debates. A Organização das Nações Unidas estima que a população urbana crescerá em até 2,2 bilhões de pessoas até o ano de 2050¹³⁸. No Brasil, 85% de todos os habitantes já residem em

¹³⁸ <https://news.un.org/pt/story/2022/06/1794212#:~:text=O%20Programa%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas,bilh%C3%B5es%20de%20pessoas%20at%C3%A9%202050>.

espaços urbanos, e estima-se que até 2030 esse índice alcançará 91% da população¹³⁹.

Com a maior parte das pessoas residindo nas cidades, é natural ver nos espaços urbanos as manifestações mais claras e contundentes dos problemas sociais, econômicos e ecológicos que vem surgindo nas últimas décadas. Esse crescimento urbano acelerado impõe desafios significativos às políticas públicas de sustentabilidade.

O presente estudo busca explorar, a partir de revisão bibliográfica pelo método dedutivo, de que forma as leis urbanísticas podem influenciar as políticas de sustentabilidade adotadas no espaço urbano, e como a simplificação dessas normas e a desburocratização dos procedimentos de licenciamento e regularização podem contribuir para a criação de cidades e comunidades sustentáveis.

Um dos maiores e mais recorrentes problemas no desenvolvimento urbano desenfreado é o número de habitações irregulares, edificadas sem o aval do poder público. Estimativas apontam que cerca de 82% de todas as obras no país tenham sido realizadas sem a devida aprovação dos órgãos competentes¹⁴⁰. Esse fenômeno, apesar de bastante disseminado, afeta desproporcionalmente as populações de baixa renda, que costumam residir em regiões periféricas, de risco, desprovidas de infraestrutura urbana e serviços públicos básicos.

O grande número de edificações irregulares nas cidades se deve, em grande parte, à burocracia do procedimento necessário para executar uma obra nos termos da lei, e aos parâmetros construtivos irracionais exigidos da população. A legislação urbanística vigente na grande maioria dos municípios brasileiros está desatualizada e não é capaz de atender as demandas socioeconômicas atuais.

Essas leis reproduzem um modelo antigo que não mais condiz com a realidade; são extremamente complexas e detalhistas, e exigem dos cidadãos padrões de construção inadequados às verdadeiras necessidades urbanas. Processos administrativos extremamente burocráticos e parâmetros materiais irracionais são fatores que dificultam e encarecem o licenciamento urbanístico de obras.

Barreiras como essas não apenas desestimulam o crescimento urbano e inibem investimentos imobiliários, mas também impedem o acesso das

¹³⁹ <https://news.un.org/pt/story/2016/10/1566241>

¹⁴⁰ <https://www.caumg.gov.br/pesquisa-datafolha-cau-2022/>

populações de baixa renda à moradia regular. Os municípios gastam tempo e dinheiro analisando critérios que não interessam à dinâmica urbanística da cidade, e com isso comprometem os esforços do Poder Público com o exame de exigências supérfluas e desnecessárias.

Para aqueles que conseguem adequar seus projetos às minúcias exigidas pelo Poder Público, a lei demanda ainda um longo e custoso processo administrativo para concessão das licenças necessárias. Se por um lado essa burocracia é um obstáculo a ser vencido por grandes empreendedores, que dispõem da expertise técnica e dos meios financeiros para cumprir todas as exigências municipais a fim de aprovar e executar seus projetos, por outro, a população de baixa renda é desproporcionalmente excluída da regularidade por não possuir os meios para atender essas mesmas exigências.

Tais entraves administrativos desestimulam os indivíduos a seguirem o caminho da regularidade. Quando confrontados com leis extensas e complexas, exigências técnicas irracionais e inexequíveis, além de um longo, custoso e complicado procedimento administrativo, os cidadãos são induzidos à irregularidade.

Como sustentabilidade, em larga medida, pressupõe conformidade regulatória, torna-se imprescindível reverter o quadro ora exposto. É necessário simplificar as normas urbanísticas e desburocratizar os procedimentos administrativos de licenciamento para, com isso, estimular a adesão da população às exigências legais e trazer para a regularidade a população, especialmente a mais vulnerável.

Essa já é uma tendência a nível global. Países como Estados Unidos, Portugal, Espanha, Itália, Inglaterra e Alemanha, apenas para citar alguns, buscam simplificar normas, acelerar e racionalizar procedimentos, no intuito de promover uma atuação estatal mais útil e efetiva, reduzir práticas contraproducentes e, com isso, facilitar a relação dos cidadãos com a Administração Pública¹⁴¹.

A desburocratização das leis urbanísticas promove um ambiente regulatório mais transparente e acessível. Isso permite ao Estado acompanhar o acelerado desenvolvimento urbano e reduz custos associados a processos administrativos complexos, tornando inclusive a implementação de tecnologias sustentáveis mais viável economicamente. A simplificação da

¹⁴¹ D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. A simplificação no direito administrativo e ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 20.

legislação e a desburocratização dos procedimentos de licenciamento são estratégias importantes para a promoção de um ambiente urbano sustentável e inclusivo, adequado às demandas atuais.

2. O PAPEL DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DAS CIDADES

O conceito de sustentabilidade é bastante amplo. A doutrina concorda que se trata de um termo polissêmico, multidimensional, que contempla aspectos ambientais, sociais e econômicos da vida humana¹⁴², e propõe um modelo de desenvolvimento equilibrado, que concilie todas essas vertentes.

A sustentabilidade tem sido uma pauta central de discussões internacionais nas últimas décadas, em reflexo à crescente preocupação mundial com um modelo de desenvolvimento que garanta o bem-estar social e o crescimento econômico sem comprometer recursos naturais ou prejudicar o meio ambiente¹⁴³.

No intuito de promover o desenvolvimento sustentável a nível global, a Organização das Nações Unidas criou uma série de pactos destinados à promoção de práticas sustentáveis concretas. O principal deles é a Agenda 2030, na qual foram instituídos os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (“ODSs”), detalhados num total de 169 metas que devem orientar a atuação dos países signatários até 2030.

Além de figurar tangencialmente nos objetivos voltados ao fornecimento de água (ODS 6) e à infraestrutura (ODS 9), o espaço urbano é o elemento central do ODS 11, que estabelece o compromisso dos países signatários para “Tornar as cidades e os assentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”.

¹⁴² São as chamadas “três dimensões clássicas” da sustentabilidade (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, vol. VIII, nº 13, 2010, p. 8).

¹⁴³ “[...] o desenvolvimento sustentável refere-se às consequências que as relações entre a economia e o ambiente têm na qualidade de vida e no bem-estar da sociedade (presente e futura), de onde resulta que, a par de uma vertente económica e de uma vertente ambiental, este princípio assume igualmente uma importante e incontornável dimensão (vertente) social, apresentando-se, assim, como o garante do justo equilíbrio entre o progresso económico, a coesão social e a sustentabilidade ambiental”. (OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Planejamento Urbanístico e Sustentabilidade Social*. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, sol. IV, *Studia Iuridica* 105, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 501).

A concretização do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 11 depende, em grande parte, das políticas públicas e leis implementadas nos países signatários. A legislação urbanística é o que define as condições de acesso ao solo, os parâmetros de infraestrutura, habitação e prestação de serviços básicos, e orienta o desenvolvimento urbano. Sem regulações efetivas e coerentes, o rápido crescimento da malha urbana pode agravar problemas socioeconômicos e ambientais já existentes.

Uma boa legislação urbanística garante previsibilidade e ordem no desenvolvimento urbano, cria uma estrutura estável e inclusiva, e concilia interesses públicos e privados¹⁴⁴. A qualidade de uma lei é medida principalmente por sua capacidade de realizar os objetivos das políticas públicas que motivaram sua criação. Para isso, é preciso que as normas sejam desenvolvidas a partir de análises realistas das demandas do espaço urbano para o qual se destinam, e dos recursos disponíveis para supri-las.

Se por um lado a legislação urbanística tem o potencial para promover o desenvolvimento urbano sustentável, leis ultrapassadas podem ter um efeito inverso sobre o crescimento da cidade, e perpetuar problemas existentes. Normas que não condizem com a realidade costumam ser inefetivas e, nessa medida, tendem a replicar práticas prejudiciais ao pleno desenvolvimento das cidades e comprometer a qualidade de vida de seus habitantes.

Se uma lei é muito complexa, se os parâmetros legais são inexecutáveis, se o procedimento de controle é longo e custoso e se sua fiscalização é ineficiente, a tendência é que os cidadãos não sigam as normas impostas. As pessoas que residem em moradias irregulares, geralmente a população de baixa renda, não têm acesso a garantias legais de propriedade e muitas vezes não contam com infraestrutura e serviços públicos adequados. Negócios se desenvolvem à margem da lei. Investimentos são afugentados. Esse cenário tende a agravar as desigualdades sociais já existentes e, como um todo, compromete o desenvolvimento sustentável do espaço urbano.

O problema é que, como regra, a legislação urbanística foca muito em burocracia, em detalhes irrelevantes ao interesse público. Aquilo que é fundamental acaba se perdendo no meio de um emaranhado de regulação, e se torna secundário.

¹⁴⁴ ONU. Rules of the game: urban legislation. United Nations Human Settlements Programme. 2016. Disponível em: <https://unhabitat.org/rules-of-the-game-0>. Acesso em: 27.05.2024.

Para ser efetiva, a legislação urbanística deve ser clara e adequada à realidade. Leis desatualizadas, rígidas, que não refletem as demandas dos cidadãos nem reconhecem as peculiaridades locais, não são capazes de enfrentar desafios atuais ou futuros, e levam a população e mercado à informalidade.

O desenvolvimento urbano sustentável exige a revisão de exigências restritivas, excludentes e custosas, e a criação de uma estrutura normativa inteligente, adequada à realidade e às práticas existentes nas cidades.

3. O MOVIMENTO PELA SIMPLIFICAÇÃO DE NORMAS URBANÍSTICAS

O Estatuto da Cidade (a Lei nº 10.257/2001) é o principal marco regulatório da política urbana no Brasil, e é referência mundial no planejamento do uso do solo, ordenamento do desenvolvimento urbano e promoção da função social da propriedade¹⁴⁵. Nele estão previstas as diretrizes gerais para a edição de leis urbanísticas e os instrumentos de planejamento e gestão à disposição dos municípios.

Entre os objetivos da política urbana, o artigo 2º do Estatuto elenca a “simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais” (inciso XV)¹⁴⁶.

A demanda por simplificação da legislação urbanística, portanto, não é novidade alguma. É uma diretriz de planejamento urbano prevista no Estatuto da Cidade há mais de 20 anos¹⁴⁷. O problema é que muito pouco se fez desde então.

A legislação urbanística municipal é composta, tipicamente, pela lei do plano diretor, pelo código de edificações/obras e de posturas, normas

¹⁴⁵ LIMA, Evandro Gonzalez; et al. Smart and Sustainable Cities: The Main Guidelines of City Statute for Increasing the Intelligence of Brazilian Cities. Sustainability 2020, 12, 1025.

¹⁴⁶ BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2001.

¹⁴⁷ A propósito, leciona José dos Santos Carvalho Filho: “O que o Estatuto estabeleceu foi a necessidade de simplificação da legislação urbanística, de qualquer das esferas federativas, a fim de poderem os interessados beneficiar-se com a redução dos custos, bem como para aumentar-se, em favor das populações carentes, a oferta de lotes e unidades habitacionais”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005).

sobre parcelamento e leis a respeito do zoneamento, uso e ocupação do solo¹⁴⁸. A elas se agregam outras, como legislação ambiental, de saneamento básico, acessibilidade, mobilidade, desenvolvimento econômico, proteção do patrimônio histórico etc.

Como exemplo do contexto pela simplificação, toma-se a legislação de controle edilício.

Boa parte dessa legislação, principalmente nos municípios de médio e grande porte, foi originalmente criada nas décadas de 1970 e 1980. Naquele momento, provavelmente fazia sentido, para muitos, reputar que competia a Público intervir de forma mais intensa na atividade edilícia privada. As cidades estavam crescendo exponencialmente, e sem uma orientação firme do legislador, a atividade edilícia poderia se tornar caótica. A percepção que parece ter vigorado assentava-se na premissa de que os particulares não saberiam, sem uma firme orientação do Poder Público municipal, projetar e executar adequadamente suas obras. Como os particulares provavelmente não saberiam fazê-lo, o Poder Público deveria assumir essa tarefa e assegurar, nessa ordem de ideias, o conforto e a funcionalidade das edificações, inclusive. Tudo isso através de um rigoroso processo de licenciamento e autorização.

A complexidade e estrutura burocrática da legislação de edificações e obras parecem não ter sido reputadas, originalmente, como um problema. As leis criadas nessa primeira geração de normas urbanísticas refletiam a percepção que se tinha sobre o papel do Estado na regulação das atividades privadas e respondiam a uma demanda daquele tempo.

Posteriormente, entre as décadas de 1990-2000 e 2000-2010, outras duas gerações de leis urbanísticas foram se consolidando. A tônica, entretanto, foi o ajuste na legislação vigente e a regulamentação de novos institutos urbanísticos, especialmente a partir do contexto de elaboração do Estatuto da Cidade, promulgado em 2001. A característica das gerações mais recentes de leis urbanísticas foi, essencialmente, a manutenção da estrutura e do padrão legislativo anterior, que, recorde-se, era complexa e extremamente burocratizada.

O ponto é que o mundo é muito diferente hoje, do que era nos anos 1980. Muito diferente de 2010, para ser sincero.

Quando a primeira geração de legislação urbanística municipal se consolidou, a comunicação ainda era feita por telefone fixo. Os processos

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 6ª. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 134.

eram analógicos, físicos. Não se conhecia, a bem da verdade, forma distinta do controle de atividades privadas, senão pelo meio, *pro forma*. Mal se falava em controle por resultado. Quase que de forma irrefletida, confiava-se no Poder Público como uma legítima fonte de regulação racional de atividades privadas.

O mundo hoje é muito diferente.

A comunicação é instantânea, por diversos meios. Os processos são todos digitais, sequer existem fisicamente. As atividades humanas se diversificaram muito, as demandas da sociedade e do setor econômico foram se tornando cada vez mais diversificadas e rápidas. Muito mais rápida do que a capacidade de o Poder Público as antecipar. Atualmente, almeja-se por um controle de atividades privadas mais inteligente do que um simples check list de documentos e papéis. Em uma sociedade madura, esclarecida, a pressão é por mais liberdade, que o Estado preserve a autonomia das pessoas e a capacidade de fazer suas próprias escolhas, atribuindo-lhe os riscos e ônus de suas escolhas.

De modo geral, as demandas socioeconômicas atuais são quase que completamente diferentes daquelas observadas no contexto original de criação das leis municipais. As cidades de hoje são muito mais complexas do que as que existiam há 40 anos. As leis criadas nessas gerações anteriores de normas urbanísticas, primeiro nas décadas de 1970 e 1980, mais tarde em 1990 e 2000, e mais recentemente entre 2000 e 2010, embora relativamente adequadas para as demandas de suas épocas, não refletem mais as necessidades e as complexidades das cidades contemporâneas.

Como resultado, há uma crescente demanda para que o Poder Público reavalie essa normativas, e implemente um controle mais inteligente da atividade edilícia, focando menos na burocracia e mais naquilo que é realmente útil e de interesse da coletividade.

4. O CASO ESPECÍFICO DA LEGISLAÇÃO DE CONTROLE DIRETO

A rigor, caberia à legislação de controle edilício tratar de parâmetros construtivos que têm interface relevante à dinâmica urbanística do município, a fim de garantir que as obras e novas edificações estejam em harmonia com a cidade¹⁴⁹. Os pormenores e opções arquitetônicas dos projetos não

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 6ª. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 428-430.

deveriam ser objeto de minuciosa análise pelo Município porque dizem respeito, como dito, às escolhas, possibilidades e preferências pessoais das pessoas e das empresas,

Os códigos de obras e edificações deveriam conceber mecanismos eficientes de controle prévio da atividade edilícia, também focando nas intervenções que, de fato, sejam importantes para a coletividade¹⁵⁰. O licenciamento urbanístico deveria ser simples, fácil e rápido, para que as pessoas não os viessem como mero entrave à satisfação de suas necessidades, e fossem por isso estimuladas a aderir à conformidade.

A legislação de controle edilício também deveria prever ainda um adequado modelo de fiscalização de obras e intervenções, para permitir uma adequada detecção da situação desconforme, a aplicação de medidas cautelares administrativas tendentes a assegurar a boa ordem urbanística e a responsabilizar, de fato e com rigor, o infrator. O controle sucessivo deveria ser estruturado para dissuadir o comportamento desconforme, pela relevância e exemplo¹⁵¹.

Todavia, historicamente os códigos de obras e edificações têm falhado em praticamente todos os seus objetivos, ou, na melhor das hipóteses, não conseguem realizá-los para parcela significativa da cidade e população.

Muitos municípios mantêm ou escolhem, aleatoriamente, parâmetros construtivos controvertidos que passam a ser impostos à população e ao mercado. Muitas leis municipais veiculam, por exemplo, regras sobre tamanho de portas e janelas, dimensionamento de compartimentos internos etc., que não guardam nenhuma relação com o interesse da coletividade. Essas estipulações alijam da conformidade parcela relevante da população que não as consegue atender. Também, com frequência, são dissociadas das demandas de mercado e acabam restringido, sem critério legítimo de discriminação (a não ser preferências pessoais), a liberdade econômica e livre iniciativa.

¹⁵⁰ José Afonso da Silva faz a seguinte consideração a respeito dos planos municipais de planejamento local: “[...] o fundamental é que os planos sejam exatamente adequados à realidade do Município, que correspondam aos problemas efetivamente sentidos pela população e àqueles que existem objetivamente [...]. Deve-se evitar que os planos sejam feitos de forma acadêmica, isto é, segundo um modelo teórico rígido, que satisfaçam aos técnicos que o elaboraram mas não se coadunem exatamente à realidade do Município, ou aos anseios da população” (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6ª. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 135).

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6ª. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 450.

Os servidores responsáveis pela análise e aprovação dos projetos comprometem boa parte de seus esforços com a verificação de detalhes internos que não interessam à segurança da edificação ou à dinâmica urbanística da cidade. Leis edilícias defasadas não levam em consideração que exigências técnicas para projetos e execução das obras atualmente já são disciplinadas por normativas de outros órgãos e esferas competentes, como a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), essas sim em condições muito melhores do que os municípios para estipular parâmetros mínimos a fim de garantir a solidez, segurança e salubridade da edificação.

Em outro passo, os procedimentos de fiscalização e medidas de sanção também costumam ser inoperantes. Não é incomum ver um embargo administrativo ser desrespeitado. As sanções pecuniárias não funcionam como real elemento dissuasório do comportamento desconforme. As regras de licenciamento prévio não são observadas por todos; um grande contingente de pessoas e empresas edifica, usa e ocupa o solo sem dispor de autorizações e licenças municipais.

Os trâmites internos costumam ser longos e mal organizados, envolvem um número desproporcional de setores e frequentemente ineficientes.

A perpetuação desse padrão e formato de legislação condena as cidades ao fracasso. É necessário inovar, e inovação, nesse ponto, diz com simplificação e desburocratização.

5. UM POSSÍVEL QUADRO DE ATUALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE CONTROLE EDILÍCIO

A simplificação legislativa tem por objetivo tornar leis e regulamentos mais claros, acessíveis e eficientes, eliminando redundâncias e complexidades desnecessárias. A ideia é que a revogação de disposições obsoletas, a racionalização dos procedimentos e a simplificação do texto legal tornam a atividade estatal mais eficiente e compatível com os interesses privados¹⁵².

¹⁵² Conforme explica Rafael Daudt D'Oliveira, “[...] em termos jurídicos, a simplificação pode ser compreendida, genericamente, como o conjunto de medidas adotadas pelo Estado para facilitar o desempenho de suas atividades, seja internamente ou nas suas relações com a sociedade, com o objetivo de diminuir a burocracia, reduzir custos e encargos, ter maior aceitação de suas normas, acelerar e racionalizar controles e procedimentos, enfim, tornar as coisas mais simples e fáceis em favor dos cidadãos e das empresas por eles constituídas”

Essas premissas encontram respaldo nos princípios constitucionais de proporcionalidade, celeridade, eficiência, e segurança jurídica, que direcionam a escolha do Poder Público a meios adequados, necessários e proporcionais para a realização de seus objetivos¹⁵³. O que se pretende, com isso, não é remover a regulação estatal sobre a atividade edilícia privada, mas torná-la mais inteligente, e direcionar o foco do Estado àquilo que é, efetivamente, de interesse público.

A proposta que se coloca, nessa linha de ideias, é que o controle do Poder Público seja proporcional ao risco e aos impactos associados a uma determinada atividade, e que formalidades inúteis, que não servem à proteção dos bens jurídicos tutelados, sejam eliminadas¹⁵⁴. Essa é uma tendência mundial, que vem influenciando a atuação do aparato estatal em diversos países, fortemente defendida por organizações internacionais como a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OECD)¹⁵⁵, e a própria Organização das Nações Unidas (ONU).

A simplificação da legislação urbanística é uma ferramenta poderosa para promover a regularização de habitações e, com isso, a inclusão social. Ela facilita o acesso dos cidadãos de baixa renda aos direitos de propriedade e aos benefícios de viver em áreas regularizadas e integradas, contribuindo para a melhoria da qualidade de vida e para a redução das desigualdades urbanas.

(D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. A simplificação no direito administrativo e ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 20).

¹⁵³ “O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover um fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre o meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006).

¹⁵⁴ Ao tratar especificamente da tutela ambiental, Rafael Daudt D'oliveira defende que “o controle estatal deve ser diretamente proporcional ao risco e aos impactos ambientais e sociais adversos envolvidos nas atividades ou empreendimentos públicos ou privados. Quanto maiores o risco e/ou os impactos, maior o controle estatal; por outro lado, quanto menor o risco e/ou impactos, menor o controle estatal” (Op. cit., p. 24).

¹⁵⁵ Desde 2003, com a publicação do relatório “From red tape to smart tape: administrative simplification in OECD countries”, a OECD tem colaborado com países membros para instituir medidas de simplificação administrativa.

A desburocratização de processos administrativos pode tornar mais fácil e rápido para os cidadãos de baixa renda obter as permissões necessárias para construir, reformar ou regularizar suas habitações. Regras mais claras e acessíveis permitem que os cidadãos compreendam melhor os requisitos legais, enquanto procedimentos menos complexos e custos reduzidos incentivam a formalização das moradias, promovendo a conformidade. A transparência nos processos e nos critérios de aprovação facilita a participação dos cidadãos e a defesa de seus direitos.

A simplificação e desburocratização da legislação urbanística também atende à demanda do mercado. O legislador, isso é fato, não costuma conseguir dar uma resposta rápida à inovação. Hoje, por exemplo, as pessoas trabalham em casa; muitos moram em estúdios, casas compartilhadas, estruturas que muitas vezes nem encontram previsão nas normas edículas dos municípios. Novas necessidades e produtos, portanto, deixam de ser atendidas quando o controle é amplo e complexo.

O Programa das Nações Unidas para Assentamentos Urbanos (Habitat) periodicamente analisa dados sobre o desenvolvimento urbano e publica guias voltados à implementação de práticas sustentáveis nas cidades. O mais recente dos relatórios sobre legislação urbanística, publicado em 2016, destaca o papel das leis na promoção do desenvolvimento urbano sustentável, e estabelece uma série de diretrizes para a edição de normas efetivas¹⁵⁶. O relatório elenca, entre as estratégias para a implementação da Agenda Habitat, a revisão de leis, regulamentos e exigências restritivas e custosas, e a criação de uma estrutura regulatória adequada à realidade local.

No Brasil, o Conselho de Arquitetura e Urbanismo e o Ministério da Economia também publicaram orientações destinadas a simplificação legislativa: o “Caderno Orientativo para Licenciamento Edifício e Urbanístico” e o “Guia Orientativo de Boas Práticas para Códigos de Obras e Edificações”, respectivamente.

Ambos os guias ressaltam a importância da revisão de leis municipais que regulamentam a atividade edilícia, para direcionar o foco da análise do Poder Público aos parâmetros urbanísticos previstos no Plano Diretor. Essa revisão deve priorizar a flexibilidade e a adaptabilidade dos regulamentos, permitindo que os projetos atendam às necessidades específicas

¹⁵⁶ ONU. Rules of the game: urban legislation. United Nations Human Settlements Programme. 2016. Disponível em: <https://unhabitat.org/rules-of-the-game-0>. Acesso em: 27.05.2024.

das comunidades locais. Isso envolve a eliminação de exigências excessivas e a promoção de um ambiente regulatório que favoreça a criatividade e a inovação na arquitetura e no urbanismo.

A orientação é clara: o Poder Público deve focar em parâmetros urbanísticos essenciais e deixar que os agentes privados assumam a responsabilidade por aspectos como conforto e funcionalidade, dentro dos parâmetros técnicos de segurança e acessibilidade. Isso implica, na prática, na exclusão de regras a respeito de dimensão mínima de portas, pé-direito, salas e corredores internos, e que se mantenha com o Poder Público a atribuição de verificar a observância de índices urbanísticos de interesse verdadeiramente coletivo, como recuos, afastamentos, alturas e gabaritos, taxas de ocupação e coeficientes de aproveitamento. Essa abordagem não apenas simplifica a legislação, mas também estimula um desenvolvimento urbano mais dinâmico e responsivo às demandas contemporâneas.

O Caderno Orientativo do Conselho de Arquitetura e Urbanismo também destaca a necessidade de simplificação dos processos de licenciamento, sugerindo práticas que reduzem a burocracia e agilizam a tramitação de projetos, como a criação de plataformas digitais para submissão e acompanhamento de pedidos de licenciamento, a fim de garantir maior transparência e eficiência aos processos. Essas plataformas podem permitir que arquitetos e urbanistas acompanhem em tempo real o andamento de suas solicitações, facilitando correções e ajustes necessários de maneira mais rápida e eficaz.

Seguindo essa tendência, alguns municípios brasileiros já adequaram seus códigos de obras no intuito de mitigar os efeitos negativos da burocracia excessiva. As reformas legislativas visam, essencialmente, proporcionar maior segurança jurídica e transparência ao processo de licenciamento de projetos e construções.

Hoje, o exemplo mais paradigmático desses esforços é a cidade de São Paulo. O município fez uma revisão profunda e sistemática de todas as suas normas urbanísticas. O atual código de obras e edificações (Lei nº 16.642/2017) diminuiu drasticamente o número de exigências já disciplinadas por normas técnicas, instituiu uma modalidade de licenciamento com base em projeto simplificado, definiu valores de taxas de análise de forma progressiva, em função da complexidade das edificações, e simplificou as etapas de aprovação dos projetos. Florianópolis e Rio de Janeiro fizeram mudanças semelhantes, mas em menor escala.

Outra tendência que vem se observando entre alguns dos municípios que já atualizaram suas leis urbanísticas é a criação de um modelo de licenciamento autodeclaratório, espécie automatizada que dispensa a análise pública de projetos simples, com menor potencial de impacto urbanístico. Nessa modalidade, o profissional responsável pela concepção e execução do projeto, e o proprietário da obra, assumem o compromisso de construir a edificação de acordo com os parâmetros técnicos e legais aplicáveis. Em contrapartida, a análise prévia da administração pública é dispensada, e os esforços do município passam a se concentrar no controle sucessivo das obras.

Recentemente, o Município de Biguaçu, em Santa Catarina, revisou seus códigos de obras e de posturas a fim de implementar medidas de desburocratização e simplificação normativa. O município fez uma análise sistemática da legislação urbanística a fim de identificar disposições supérfluas ou inadequadas, com o objetivo de desburocratizar e dar maior celeridade ao licenciamento, racionalizar as exigências materiais sobre os parâmetros construtivos e trazer à legalidade edificações clandestinas.

Em 2023 foram publicados os novos Código de Obras (Lei Complementar nº 272/2023) e Código de Posturas (Lei Complementar nº 273/2023). Essas leis estruturam os procedimentos para aprovação e licenciamento das obras, e para a atuação do Município no exercício da fiscalização e autuação de irregularidades, mas as minúcias desses processos são regulamentadas por decreto (Decreto nº 14/2024).

Essa escolha decorre da necessidade de otimizar e dar maior eficiência aos processos administrativos correlatos. Nesse intuito, mantém-se na lei a estrutura essencial ao bom funcionamento do sistema, em termos de segurança jurídica, previsibilidade e legalidade no atuar administrativo. As minúcias necessárias para o funcionamento prático desse sistema são remetidas a atos regulamentares, a fim de propiciar maior dinamismo a eventuais correções e atualizações dessa estrutura, de acordo com a estratégia do Poder Público.

Os novos ditames legais são mais objetivos que os anteriores; fazem remissão à norma técnica naquilo que interessa à segurança e acessibilidade das edificações, e direcionam a análise do Poder Público aos aspectos que repercutem na interface urbana da cidade. O procedimento de análise para licenciamento de obras e edificações foi racionalizado, com o estabelecimento claro das responsabilidades e formas de atuação do analista técnico

competente, a fim de proporcionar maior segurança jurídica a todos os envolvidos, e desburocratizar os trâmites administrativos.

Além do licenciamento por autodeclaração, Biguaçu instituiu uma modalidade de licenciamento urbanístico simplificado, no intuito de priorizar a análise e controle das intervenções que causam relevante impacto urbanístico, e facilitar a aprovação de projetos relativamente simples.

Em contrapartida à simplificação dos processos de licenciamento, o Município estruturou o controle sucessivo da atividade edilícia, redirecionando os esforços dos técnicos responsáveis pela análise a uma etapa posterior, acelerando a aprovação das obras sem abrir mão do controle de qualidade das edificações.

O código de obras também criou uma espécie destinada às moradias unifamiliares da população de baixa renda (o “registro”), no esforço de trazer à legalidade edificações historicamente clandestinas, e garantir à população de baixa renda o acesso a serviços públicos e infraestrutura urbana básica. Nessa modalidade, o cidadão registra nos cadastros municipais a edificação, reforma ou reconstrução realizada em unidade unifamiliar, de forma sumária e simplificada, mediante a apresentação de informações bastante sintéticas da obra, tais quais a área total construída, o número de pavimentos, afastamentos e recuos da construção, e assume o compromisso de adotar solução de esgotamento sanitário.

6. CONCLUSÃO

A criação de políticas públicas de sustentabilidade se dá, inevitavelmente, em meio ao cenário normativo de cada cidade. A legislação urbanística é um dos fatores de maior influência sobre a conformação do espaço urbano. Seja pela definição de padrões construtivos e índices urbanísticos efetivamente observados pelos cidadãos, ou, em sentido contrário, pela adoção de procedimentos e exigências tão descolados da realidade, que forcem uma parte significativa da população à irregularidade.

As normas de controle edilício, em especial, têm um grande potencial para aliviar ou agravar um dos maiores problemas no desenvolvimento urbano: as habitações irregulares. Em muitos casos, leis antigas e desatualizadas, criadas em um contexto totalmente diferente do atual, exigem padrões de construção inadequados às necessidades urbanas.

O enfoque das normas sobre pormenores e opções arquitetônicas, não só desestimula (e, em alguns casos, inviabiliza) a aderência da população

à lei, como também desvia a atenção daquilo que efetivamente deveria ser fiscalizado pelo Poder Público – os parâmetros construtivos que têm interface relevante na dinâmica da cidade. Nesse cenário tumultuado, de predominância da irregularidade, é que se busca, sem muito sucesso, implementar medidas de sustentabilidade efetivas.

No presente artigo, defende-se que uma possível solução para esse problema é, justamente, a adequação das normas urbanísticas às verdadeiras demandas urbanas. Essa é uma medida defendida por entidades especializadas, que já vem sendo adotada por vários países.

O que se vê, a partir do exemplo de algumas cidades brasileiras que realizaram reformas das suas legislações de controle edilício, é uma tendência à simplificação das exigências legais e dos procedimentos de licenciamento, em atenção às dinâmicas econômicas e sociais contemporâneas. Esses esforços proporcionam segurança jurídica aos cidadãos, e promovem a inclusão social no processo de urbanização, garantindo condições mais favoráveis a moradias regulares e a um pujante ambiente de negócios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6a. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Guia Orientativo de Boas Práticas para Códigos de Obras e Edificações**. Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços. 2a. ed. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/ambiente-de-negocios/competitividade-industrial/construa-brasil/2209ConstruaBrasilGuiaOrientativodeBoasPraticasParaCodigo-de-Edificacoes1.pdf>. Acesso em: 27.05.2024.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, vol. VIII, nº 13, pp. 7-18, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005.

CAU. **Caderno Orientativo para Licenciamento Edilício e Urbanístico**. Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil. 2023. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://caubr.gov.br/wp-content/>

uploads/2023/02/Caderno_ LICENCIAMENTO-CAU-0503-.pdf. Acesso em: 27.05.2024.

D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. **A simplificação no direito administrativo e ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LIMA, Evandro Gonzalez; et. al. **Smart and Sustainable Cities**: The Main Guidelines of City Statute for Increasing the Intelligence of Brazilian Cities. Sustainability 2020, 12, 1025. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/su12031025>. Acesso em 27.05.2024.

ONU. **Rules of the game**: urban legislation. United Nations Human Settlements Programme. 2016. Disponível em: <https://unhabitat.org/rules-of-the-game-0>. Acesso em: 27.05.2024.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. Planejamento Urbanístico e Sustentabilidade Social. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, sol. IV, Studia Iuridica 105, Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 501-522, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6a. ed., rev., at. São Paulo: Malheiros, 2010.

Enviado em 19.08.2024.

Aprovado em 15.10.2024.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International Licence.

INOVAÇÃO E CONFORMIDADE NA ERA DA PROTEÇÃO DE DADOS: O CASO DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

Sahmara Liz Botemberger¹⁵⁷

Resumo: Este artigo explora o processo de adequação do Município de Joinville à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), destacando os desafios enfrentados e as soluções implementadas para garantir a conformidade legal, promover a transparência e fortalecer a confiança dos cidadãos. O estudo detalha a abordagem adotada pela administração pública, que utilizou recursos próprios para iniciar o processo de adequação sem onerar os cofres públicos, implementando uma série de estratégias inovadoras e práticas de governança de dados. Entre os principais desafios, destacam-se o grande volume de dados tratados, a complexidade da estrutura organizacional e a necessidade de capacitação e mudança de cultura entre os servidores públicos. As soluções abordadas incluem a criação de um Comitê Municipal de Proteção de Dados, a implementação de metodologias ágeis e ferramentas como o Project Model Canvas e o Google Forms, além de ações para conscientizar e treinar servidores públicos. O artigo conclui que o caso de Joinville pode servir de modelo para outras administrações públicas no Brasil.

¹⁵⁷ Pós-graduada em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pela Damásio Educacional S/A. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Guilherme Guimbala. Pós-Graduada em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados pela Universidade São Judas Tadeu. Graduada em Direito na Faculdade Guilherme Guimbala. Servidora Pública, Coordenadora da Área de Proteção de Dados e Encarregada de Tratamento de Dados do Município de Joinville/SC. Certified Information Privacy Manager pela International Association of Privacy Professionals. Advogada. E-mail: sahmara.botemberger@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3081097240826961>

Abstract: This article explores the process of adapting the Municipality of Joinville to the Brazilian General Data Protection Law (LGPD), highlighting the challenges faced and the solutions implemented to ensure legal compliance, promote transparency, and strengthen citizen trust. The study details the approach taken by the public administration, which utilized its own resources to initiate the adaptation process without burdening public finances, implementing a series of innovative strategies and data governance practices. Among the main challenges were the large volume of data processed, the complexity of the organizational structure, and the need for training and cultural change among public servants. The solutions addressed include the creation of a Municipal Data Protection Committee, the implementation of agile methodologies and tools such as the Project Model Canvas and Google Forms, as well as actions to raise awareness and train public servants. The article concludes that the case of Joinville may serve as a model for other public administrations in Brazil.

Palavras-Chave: Lei Geral de Proteção de Dados, LGPD, conformidade, administração pública, proteção de dados, governança de dados, Joinville, adequação legal, segurança da informação.

Keywords: General Data Protection Law, LGPD, compliance, public administration, data protection, data governance, Joinville, legal adaptation, information security.

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 2.1 Desafios Enfrentados; 2.1.1 Volume de dados tratados; 2.1.2 Estrutura organizacional complexa; 2.1.3 Quadro funcional e capacitação; 2.1.4 Cultura organizacional e privacidade de dados; 2.1.5 Mapeamento, Inventário de Dados e Adequação de Processos que tratam dados pessoais; 2.2 Estratégias para a Adequação; 2.2.1 Estrutura mínima de governança; 2.2.2 Publicação de decretos e regulamentações; 2.2.3 Implementação da Área de Proteção de Dados; 2.2.4 Preparando o Projeto; 2.2.5 Avaliação inicial do cenário atual; 2.2.6 Treinamento e sensibilização; 2.2.7 Mapeamento de processos de trabalho que tratam dados pessoais; 2.2.8 Gestão de riscos e análise de impacto; 2.2.9 Relatório de Impacto de Proteção de Dados; 2.10 Execução de outras ações em paralelo à conscientização, mapeamento e gestão de riscos; 3. Resultados; 3.1 Resultados Alcançados; 3.2 Resultados Esperados e Metas a Serem Atingidas; 4. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)¹⁵⁸ é a legislação brasileira que regula o tratamento de dados pessoais, tanto em meios físicos quanto digitais, por pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos.

Desta forma, conforme o artigo 3º, II, a lei se aplica às atividades de tratamento que tenham por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens, excluindo-se o tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos.

Nesse sentido, Bioni (2021) destaca a urgência da regulamentação da proteção de dados pessoais, argumentando que, com o desenvolvimento da ciência mercadológica, dados pessoais tornaram-se um recurso vital para a economia da informação. Ele menciona que a capacidade de organizar esses dados em larga escala, por meio de tecnologias como Big Data, criou um novo mercado baseado na extração e comercialização dessas informações, resultando em uma “economia de vigilância” onde o cidadão é reduzido a mero espectador de seus próprios dados.¹⁵⁹

Apesar de órgãos públicos não terem finalidade econômica ou lucrativa, prestam, de forma direta ou indireta, serviços essenciais à população, como saúde, educação, assistência social e infraestrutura urbana. Além disso, todas as fases da vida de um indivíduo, desde o nascimento até o seu falecimento, ficam registradas em órgãos públicos. Portanto, o volume de dados tratados por esses órgãos é elevado e de alta criticidade, o que torna a Administração Pública a maior custodiante de dados pessoais no país.

A adequação à LGPD nas administrações públicas municipais é fundamental para garantir a conformidade legal, promover a transparência e fortalecer a confiança dos cidadãos nas instituições públicas.

Convém mencionar que, conforme estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União, o Brasil vem ocupando as primeiras posições dos rankings internacionais no que tange à perpetração de ataques cibernéticos. Ocupou

¹⁵⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 30/07/2024.

¹⁵⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

a 8ª posição do mundo em número de ataques a dispositivos da internet das coisas (IOT) no período de abril a junho de 2021 e o 5º lugar em ataques de sequestro de dados em meados de 2021.¹⁶⁰

Sendo assim, este artigo apresenta o início do processo de adequação à LGPD – um case bem-sucedido – no Município de Joinville, de forma orgânica, aproveitando os recursos existentes sem onerar os cofres públicos e gerando valor.

Destacamos os principais desafios, estratégias adotadas e os resultados alcançados.

2. METODOLOGIA

O processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Município de Joinville exigiu uma abordagem detalhada e estruturada. Nesta seção, serão apresentados os principais desafios enfrentados pela administração pública durante a implementação, bem como as estratégias adotadas para superar esses obstáculos. A metodologia baseou-se em ferramentas ágeis, capacitação de servidores e um mapeamento rigoroso dos processos, buscando garantir a conformidade legal sem sobrecarregar os cofres públicos. A seguir, detalhamos cada um desses aspectos.

2.1. Desafios enfrentados

2.1.1. Volume de dados tratados

O Município de Joinville, com cerca de 700 mil habitantes e serviços de saúde que operam 24 horas por dia, enfrenta o desafio de gerenciar um grande volume de dados pessoais e dados sensíveis diariamente.

2.1.2. Estrutura organizacional e complexa

A estrutura organizacional da administração pública municipal de Joinville é extensa e diversificada, composta por 18 órgãos da administração direta, 56 Unidades Básicas de Saúde, 11 Unidades de Referência, 17 equipamentos de Assistência Social, 76 Centros de Educação Infantil, 85

¹⁶⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). TCU analisa segurança cibernética de instituições federais. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-analisa-seguranca-cibernetica-de-instituicoes-federais.htm#:~:text=A%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20TCU%20apurou,dados%20em%20meados%20de%202021>. Acesso em: 02/08/2024.

Escolas de Ensino Fundamental, 8 Unidades de Cultura e 8 Subprefeituras. A administração indireta inclui 4 autarquias: o Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Joinville (IPREVILLE), o Hospital São José, o Departamento de Trânsito (Detrans) e a Companhia Águas de Joinville.

A complexidade dessa estrutura aumentou o desafio de adequação à LGPD, especialmente em termos de coordenação e conformidade entre os diferentes órgãos.

2.1.3. Quadro funcional e capacitação

Outro desafio foi o grande número de colaboradores. O quadro funcional do Município conta com aproximadamente 13.500 pessoas, incluindo servidores, contratados, estagiários e jovens aprendizes. A necessidade de capacitar todos esses agentes públicos sobre a importância da proteção de dados seria crucial para o sucesso do projeto, especialmente considerando que muitos nunca haviam recebido treinamento sobre privacidade e governança de dados.

2.1.4. Cultura organizacional e privacidade de dados

A cultura organizacional do Município também precisava ser transformada para valorizar a privacidade e a proteção de dados pessoais.

Historicamente, a governança corporativa e o investimento em treinamento para áreas que não envolviam saúde, educação e segurança pública eram mínimos, o que tornava o processo de adequação à LGPD ainda mais desafiador. Além disso, a dispersão geográfica dos órgãos municipais dificultava a comunicação e a implementação de uma cultura única de proteção de dados.

De acordo com Lanzer (2017), a cultura organizacional é definida como um conjunto de valores e normas que fornecem a um grupo de pessoas uma noção clara sobre o que é certo ou errado, aceito ou não aceito no grupo. Ela é considerada *perene*, com mudanças mais lentas, sendo menos suscetível à influência, especialmente por parte de gestores.¹⁶¹ Essa característica torna a cultura organizacional crucial no processo de adequação à proteção de dados pessoais, já que não se trata de uma proposta de governo, mas de uma política de Estado que deve perdurar, independentemente de quem esteja no comando da organização.

¹⁶¹ LANZER, Fernando. *Clima e Cultura Organizacional: entender, manter e mudar*. 2. ed. 2017.

2.1.5. Mapeamento, inventário de dados e adequação de processos que tratam dados pessoais

Esse quesito era considerado o ponto crucial para o sucesso de todo o processo de adequação, pois qualquer falha nessa etapa comprometeria o restante.

O mapeamento dos processos que tratam dados pessoais é o “raio X” dos órgãos no que tange à conformidade. É a partir dele que se torna possível realizar a análise de riscos, elaborar o relatório de impacto (uma exigência legal), e propor soluções para a aderência à legislação.

No início do processo existiam muitas dúvidas, muitas teorias, pouca prática e um template disponibilizado pelo Governo Federal, que se mostrou inadequado para a realidade local. O modelo era uma planilha Excel com aproximadamente 144 linhas de questionamentos. O Município de Joinville não faz uso da aplicação Excel, utilizando o software livre e de código aberto LibreOffice, que, devido à quantidade de informações e necessidade de compartilhamento, não seria a ferramenta ideal.

Outro problema relevante era o fato de que nem todos os servidores tinham facilidade em trabalhar com planilhas, o que aumentaria o tempo necessário para a conclusão do processo de mapeamento e tornaria a análise dos processos pouco funcional para a realidade. Diante disso, como um time bem alinhado, tivemos que usar nossa criatividade para adaptar o processo e garantir que ele fosse funcional.

Como mencionado, a Prefeitura de Joinville é um órgão de porte, relativamente grande, em uma cidade de médio porte, com cerca de 700 mil habitantes. São 18 órgãos da administração direta e 4 autarquias, sendo uma delas um hospital de alta complexidade sob gestão municipal, o que significa que um grande volume de dados é tratado, com um nível de criticidade elevado. Isso traz a certeza de que há uma infinidade de processos a serem analisados e, muito possivelmente, adequados para garantir a conformidade com a LGPD.

2.2. Estratégias para a adequação

O Município de Joinville adotou as estratégias para superar esses desafios abaixo listadas.

2.2.1. Estrutura mínima de governança

Para enfrentar esses desafios, o Município iniciou com a criação de uma estrutura mínima de governança.

Representantes das secretarias com o maior volume e criticidade de dados (Secretarias da Fazenda, Gestão de Pessoas, Assistência Social, Saúde, Educação, de Governo, Administração e Planejamento, Controladoria-geral, Procuradoria-geral e Companhia Águas de Joinville) foram convocados para formar o Comitê Municipal de Proteção de Dados. Esse grupo desempenhou um papel crucial na elaboração das regulamentações municipais sobre a LGPD

2.2.2. Publicação de decretos e regulamentações

Como parte do processo de adequação, o Município publicou os seguintes decretos: nº 44.844/2021, regulamentando a LGPD em Joinville; nº 46.169/2022, nomeando os membros do Comitê Municipal de Proteção de Dados; nº 48.597/2022, nomeando o Encarregado de Tratamento de Dados; e nº 47.858/2022, nomeando a Coordenação da Área de Proteção de Dados.

2.2.3. Implementação da Área de Proteção de Dados

A criação da Área de Proteção de Dados foi outra etapa essencial no processo de adequação, subordinada à Secretaria de Administração e Planejamento. Inicialmente, a área contava com apenas uma Coordenação, mas, no início de 2024, foi reforçada com a chegada de dois estagiários de Direito.

O cargo de Coordenação foi remanejado de outra área e a escolha da Secretaria, se deu pela necessidade de alocar a área o mais próximo das Unidades de Tecnologia da Informação e do Escritório de Processos num primeiro momento, para conhecer os processos e procedimentos já existentes e aproveitar a expertise dos servidores dessas unidades.

Com a implementação da Área de Proteção de Dados e a criação de uma equipe dedicada, o Município de Joinville estava preparado para iniciar a fase seguinte: o planejamento detalhado das ações necessárias para garantir a conformidade com a LGPD. Nesse contexto, a escolha das metodologias e ferramentas adequadas foi fundamental para assegurar a eficiência do processo.

2.2.4. Preparando o projeto

No segundo semestre de 2022, foi iniciado o processo de adequação.

O primeiro passo foi escolher as metodologias e ferramentas que seriam utilizadas. Assim, optou-se pelo uso do Project Model Canvas para

estruturar o projeto e apresentá-lo à Diretoria, destacando os objetivos, premissas, riscos, stakeholders, custos, entre outras informações relevantes.

Para organizar as tarefas e determinar prazos e responsáveis foi utilizado o Gráfico de Gantt, que permitiu visualizar o tempo de conclusão de cada etapa.

A metodologia ágil também foi aplicada com o uso do Kanban¹⁶², adaptado ao Trello para garantir um melhor controle e condução das tarefas e entregáveis

Na gestão de risco, a metodologia da norma ISO 31000 se mostrou a mais adequada. Quanto à Matriz de Risco, trabalhou-se com uma matriz qualitativa combinada com uma matriz 3x3 para avaliar a probabilidade e o impacto.

Na produção de conteúdos, aplicou-se o Legal Design e o Visual Law, buscando tornar as informações jurídicas e técnicas mais acessíveis por meio de elementos visuais e linguagem simples e clara.

Para a fase de mapeamento, a metodologia LGPD Model Canvas foi aproveitada durante a fase de conscientização, com o objetivo de trazer clareza sobre o conceito de mapeamento de processos que tratam dados pessoais e na fase de execução do mapeamento, foi empregado o Google Forms e o Google Sheets, que fazem parte dos serviços do Google Workspace contratados pelo Município.

Com as metodologias e ferramentas definidas, o próximo passo foi realizar uma avaliação detalhada do cenário atual, mapeando o volume de dados tratados e a maturidade das práticas de segurança da informação. Este diagnóstico foi essencial para fundamentar as etapas seguintes do processo de adequação.

¹⁶² Kanban é um método de gerenciamento de trabalho que visa melhorar a eficiência e a produtividade através da visualização do fluxo de trabalho e da limitação do trabalho em andamento (WIP - Work In Progress). Originado na Toyota nos anos 1950, o Kanban foi desenvolvido por Taiichi Ohno como parte do sistema de produção enxuta (Lean Manufacturing). Ele utiliza cartões visuais em um quadro para representar tarefas e seu progresso, ajudando as equipes a identificar gargalos e melhorar continuamente seus processos.

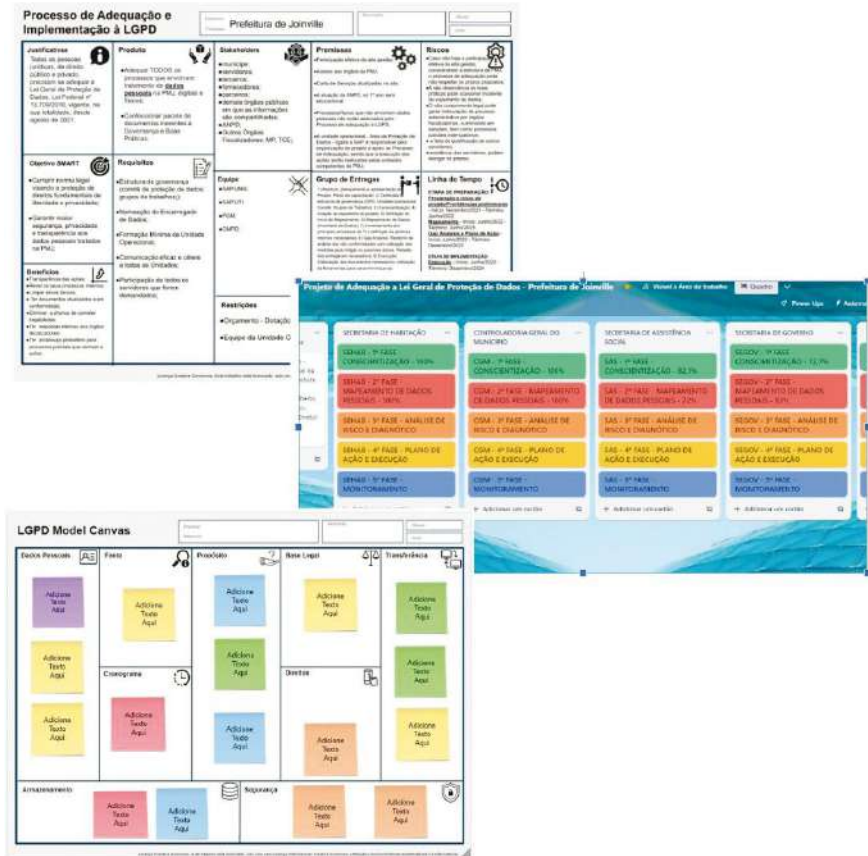


Imagem 2 – Diversas Metodologias aplicadas na fase de conscientização

2.2.5. Avaliação inicial do cenário atual

Para entender o cenário inicial, foi necessário realizar um levantamento abrangente sobre o volume de dados tratados pelos órgãos municipais, a quantidade de servidores e a maturidade das práticas de segurança da informação. Foi essencial mapear os sistemas em uso e identificar potenciais riscos e vulnerabilidades. Esse diagnóstico inicial permitiu determinar ações prioritárias e fundamentar o planejamento das etapas seguintes do processo de adequação.

2.2.6. Treinamento e sensibilização

Xavier (2022) ressalta que o elo humano frequentemente é negligenciado em ações institucionais. No contexto da Lei Geral de Proteção de Dados

(LGPD), ele enfatiza a importância da Instituição promover treinamentos contínuos, capacitações, campanhas de sensibilização e outras ações voltadas para servidores, contratados, jurisdicionados e parceiros. Essas medidas são fundamentais para garantir a segurança da informação, a privacidade e o adequado tratamento dos dados pessoais.¹⁶³

Coadunando com o referido autor, a capacitação dos servidores foi uma prioridade no processo de adequação à LGPD.

O treinamento começou com as equipes de gestão e foi gradualmente ampliado para todos os servidores, independente de suas funções.

Em pouco mais de 18 meses, cerca de 11 mil servidores foram conscientizados, sendo 2.195 presencialmente e o restante na forma online. Para a capacitação presencial, os auditórios do Corpo de Bombeiros Voluntários de Joinville, da Associação de Municípios do Nordeste de Santa Catarina - AMUNESC, e do Hospital Municipal São José foram utilizados, não representando nenhum custo adicional para o Município.

A ferramenta OBS Studio foi utilizada para gravação da conscientização, e o conteúdo foi disponibilizado na plataforma gratuita Moodle, configurada e adequada para o Município.

Atualmente, a cada início de mês, são identificados os servidores que ainda não passaram pela conscientização, e enviado a orientação para a devida realização. Novos servidores, estagiários, contratados, jovens aprendizes, quando iniciam suas atividades na Prefeitura, passam pela capacitação assim que entram.

Outra ação realizada foi a elaboração do guia orientativo para os servidores sobre a LGPD. O Guia está disponibilizado na forma online no sítio eletrônico do Município de Joinville¹⁶⁴. O material foi elaborado internamente, utilizando a ferramenta Canvas.com, também gratuita.

¹⁶³ XAVIER, Fábio Correa. LGPD no Setor Público: boas práticas para a jornada de adequação. 1. ed. Publicação Independente, 2022.

¹⁶⁴ MUNICÍPIO DE JOINVILLE. Cartilha Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - Lei Federal nº 13.709/2018. Disponível em: <https://www.joinville.sc.gov.br/wp-content/uploads/2022/05/Cartilha-Lei-Geral-de-Prote%C3%A7%C3%A3o-de-Dados-Pessoais-Lei-Federal-n%C2%BA-13.7092018-v2.pdf>. Acesso em: 05/08/2024.



Imagem 3 – Guia Orientativo para Servidores sobre LGPD – Comitê Municipal

Como evidências para o Processo de Adequação, foram realizadas listas de presenças, fotos, testes de conhecimento e emissão de certificados, o que possibilitou ter métricas conforme dashboard abaixo.

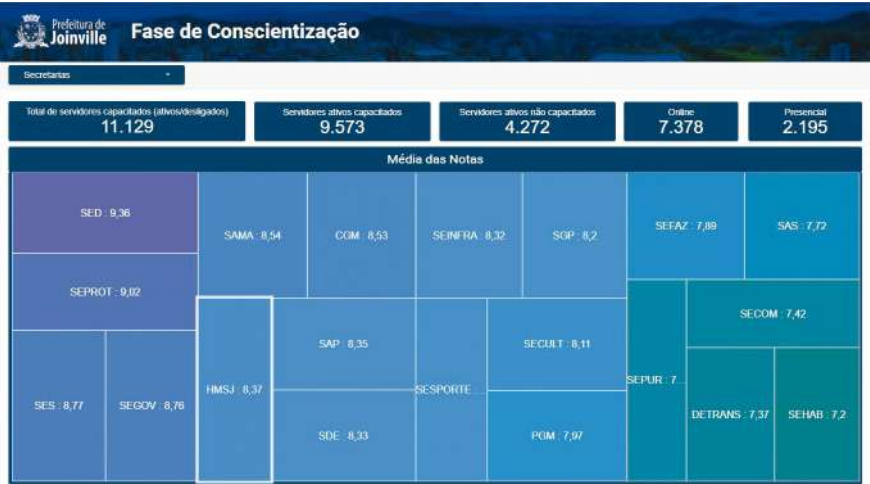


Imagem 4 – Dashboard do Processo de Adequação – Fase de Conscientização

Após a capacitação e sensibilização de boa parte dos servidores, o Município estava pronto para uma das etapas mais críticas do processo de adequação: o mapeamento dos processos que tratam dados pessoais. Esse mapeamento não só forneceu uma visão clara das atividades de cada órgão, como também permitiu a identificação de riscos e vulnerabilidades, preparando o terreno para a análise de riscos e a conformidade plena com a LGPD.

2.2.7. Mapeamento de processos de trabalho que tratam dados pessoais

No segundo semestre de 2023, com a maior parte dos servidores já conscientizados, deu-se início à fase de mapeamento. Essa etapa demandou considerável esforço, pois representava um momento crucial para a obtenção de um diagnóstico preciso das atividades dos órgãos. A partir dessa fase, tornou-se possível realizar a análise de riscos, elaborar o relatório de impacto, conforme exigido pela legislação, e propor soluções para garantir a aderência à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Inicialmente, a equipe se deparou com a aplicação de um template disponibilizado pelo Governo Federal, que consistia em uma planilha Excel com aproximadamente 144 linhas de questionamentos. No entanto, esse modelo apresentou diversos problemas para a realidade local. Em primeiro lugar, a Prefeitura utiliza o LibreOffice, o que, dada a grande quantidade de informações e a necessidade de compartilhamento, não se mostrou a melhor opção. Outro problema, talvez o mais relevante, foi a complexidade do uso de planilhas por parte dos servidores, o que exigiria a criação de várias guias, uma para cada processo mapeado. Tal abordagem acarretaria um aumento significativo no tempo necessário para completar o mapeamento, além de dificultar a análise posterior dos dados, tornando o processo menos funcional para o contexto municipal.

Apesar das dificuldades, realizou-se um teste piloto com a Secretaria da Fazenda com o template do Governo Federal. E como previsto, restou inexitosa. Com este resultado, a equipe composta pelas Coordenações das Áreas de Indicadores, Desenvolvimento e Proteção de Dados, optou por adaptar o template do Governo Federal para um Google Forms, considerando que essa ferramenta seria mais intuitiva, acessível e atrativa aos servidores.

Ao contrário de algumas consultorias externas, nas quais os consultores preenchem as ferramentas de mapeamento, optou-se por um modelo

em que os próprios servidores analisariam seus processos e preencheriam o formulário, dada a estrutura descentralizada e robusta da Prefeitura.

O template original de 144 questionamentos foi reduzido para 41 perguntas objetivas, em sua maioria de múltipla escolha, a fim de facilitar o preenchimento. Após a definição da ferramenta, estudou-se a melhor estratégia de execução dessa fase nos órgãos.

Inicialmente, foram formados grupos de trabalho com, no mínimo, quatro servidores de cada órgão. O objetivo era realizar uma reunião de alinhamento e apresentar a ferramenta, para que esses servidores pudessem disseminar as informações em seus respectivos órgãos. A estratégia funcionou bem em órgãos menores, como a Secretaria da Habitação, Controladoria-Geral e Secretaria de Governo, mas não teve o mesmo sucesso em órgãos maiores, como a Secretaria de Gestão de Pessoas e a Secretaria da Fazenda.

Diante desse cenário, a estratégia foi reformulada, optando-se por realizar reuniões de alinhamento diretamente com os coordenadores de cada setor. Ao todo, foram realizadas 40 reuniões de alinhamento. Em Joinville, a maioria das unidades e setores possuem um coordenador ou líder de área, profissionais que atuam no nível intermediário da Instituição, entre o operacional e o tático. Com a nova abordagem, cada coordenador ficou responsável pelo mapeamento de sua unidade, o que resultou em um processo mais eficiente. O Hospital São José e as Secretarias de Educação e Saúde, que são as mais robustas, foram as últimas a receberem as orientações e iniciarem o mapeamento. O entendimento é de que a ferramenta e a dinâmica utilizada precisariam estar maduras, ou melhor, testadas, para chegar às Secretarias de maior porte.

À medida que os formulários eram enviados por meio da plataforma *GoogleForms*®, uma planilha centralizada era alimentada, servindo como base para o início das análises de risco.



Imagem 5 – Cruzamento de dados no Mapeamento dos Processos com Googleforms®

Vencida mais uma fase, uma nova etapa iniciava - a análise do mapeamento dos processos de trabalho que tratam dados pessoais, os riscos envolvidos, diagnóstico e planejamento de ações para garantir a aderência à legislação federal.

Com o mapeamento completo dos processos de trabalho que envolvem dados pessoais, o próximo desafio foi realizar uma gestão eficaz dos riscos associados. Nesse ponto, a aplicação da metodologia da Norma ABNT NBR ISO/IEC 31000:2018 foi crucial para garantir que todas as não conformidades fossem devidamente identificadas e classificadas.

2.2.8. Gestão de riscos e análise de impacto

Com os processos de trabalho devidamente mapeados, foi possível realizar uma gestão eficaz de riscos. A metodologia constante da Norma

ABNT NBR ISO/IEC 31000:2018 foi utilizada para identificar e classificar as ações que não estavam em conformidade com a LGPD. Assim, a partir do mapeamento e da análise de riscos, um novo documento começou a ser estruturado, o Relatório de Impacto de Proteção de Dados (RIPD). Tal documento é essencial, obrigatório e descreve os processos de tratamento de dados de alto risco e as medidas de mitigação adotadas.

2.2.9. Relatório de Impacto de Proteção de Dados

Conforme a ANPD, o RIPD é a documentação que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos na LGPD e às liberdades civis e aos direitos fundamentais do titular de dados. Deve conter as medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco, nos termos dos artigos 5º, inciso XVII, e 38 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).¹⁶⁵

A LGPD lista, ainda, situações específicas em que o RIPD poderá ser exigido pela ANPD, como nas operações de tratamento efetuadas para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º, § 3º); quando o tratamento tiver como fundamento a hipótese de interesse legítimo (art. 10, § 3º); para agentes do Poder Público, incluindo determinação quanto à publicação do RIPD (art. 32); e para controladores em geral, quanto às suas operações de tratamento, incluindo as que envolvam dados pessoais sensíveis (art. 38).¹⁶⁶

No Município de Joinville, que utiliza o Sistema Eletrônico de Informação - SEI¹⁶⁷, foi instituído um Processo Eletrônico exclusivo para a elaboração do RIPD, com um modelo padrão autoexplicativo de documento.

¹⁶⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD). Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/canais_atendimento/agente-de-tratamento/relatorio-de-impacto-a-protecao-de-dados-pessoais-ripd#p1. Acesso em: 05/08/24.

¹⁶⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 02/08/2024.

¹⁶⁷ Sistema Eletrônico de Informações (SEI) é um sistema desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Usada também em outras instituições públicas brasileiras, como sistema de gestão de processos e documentos eletrônicos.

Desta forma, os relatórios ficaram em ambiente seguro, com acesso através de login e senha e segmentação por unidade de trabalho, tendo assinatura eletrônica.

O intuito de criar um processo eletrônico era evitar que os RIPDs ficassem armazenados em simples arquivos de texto, vez que podem indicar vulnerabilidade de alguns processos de trabalho

2.2.10. Outras ações de adequação à LGPD

De acordo com um estudo divulgado pelo Cetic.br, três medidas principais poderiam reduzir 80% dos incidentes de segurança reportados ao Centro de Estudos, Respostas e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT.br), baseando-se na Regra de Pareto 80/20, que sugere que 80% dos problemas podem ser resolvidos ao corrigir 20% das causas. As soluções destacadas pelo estudo incluem: manter todos os softwares e dispositivos atualizados com as últimas versões e correções de segurança; realizar o *hardening* de sistemas, desabilitando serviços desnecessários, alterando senhas padrão e configurando os serviços expostos na Internet de maneira segura; e melhorar os processos de identificação e autenticação, implementando múltiplos fatores de autenticação e promovendo a educação sobre a gestão de senhas, com foco na não reutilização de senhas.¹⁶⁸

Com esta preocupação, o Município de Joinville, assim como muitos outros municípios brasileiros, já seguia protocolos de segurança da informação, como segurança de rede, atualizações de sistemas, backups, controle de acessos e gestão de incidentes.

No entanto, não existiam políticas específicas ou ações de conscientização sobre como agir, por exemplo, diante de um e-mail de *phishing*.

Segundo Pinheiro (2023), apesar de a internet e as ferramentas tecnológicas já não serem novidade, ainda há incerteza sobre o que é correto ou incorreto no seu uso, especialmente em ambientes corporativos. Por isso, cabe às empresas definir políticas e diretrizes de segurança da informação

¹⁶⁸ CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (Cetic.br). Estudos setoriais de segurança digital. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/7/20210514123130/estudos-setoriais-seguranca-digital.pdf>. Acesso em: 12 set. 2024.

que protejam tanto o negócio quanto os empregados, evitando riscos que possam gerar responsabilidade jurídica ou até demissões.¹⁶⁹

Conforme a norma ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013, a segurança da informação é obtida por meio da aplicação de controles adequados, que envolvem políticas, processos, procedimentos, além de uma estrutura organizacional e funções de software e hardware.¹⁷⁰

Diante dessa realidade, foram iniciadas tratativas para a elaboração de documentos prioritários, como o termo de uso e política de privacidade, já que o sítio eletrônico do Município não possuía uma política de privacidade, mesmo com o aumento dos serviços eletrônicos ofertados à população. Além disso, foi criado o termo de compromisso, sigilo e confidencialidade para servidores públicos, contratados, cargos em comissão e estagiários. Durante o levantamento dos sistemas utilizados pelo Município, constatou-se o uso de aproximadamente 300 sistemas, entre governamentais, próprios, contratados e gratuitos. Diante disso, optou-se por conscientizar os servidores sobre a importância de não utilizar dados pessoais sem autorização para benefício próprio. O termo de compromisso, sigilo e confidencialidade foi discutido em reunião com o Comitê Municipal de Proteção de Dados, revisado pela Procuradoria-Geral do Município e distribuído para assinatura individual de todos os servidores através dos Núcleos de Gestão de Pessoas de cada órgão, pelo Sistema SEI. Apesar de algumas dificuldades e reuniões adicionais para esclarecimentos, cerca de 11 mil termos foram assinados. Tal documento agora faz parte do processo de admissão de novos servidores e estagiários.

Para garantir que os direitos dos titulares de dados pessoais fossem respeitados, o canal de Ouvidoria do Município foi ajustado para integrar a solicitação desses direitos, com uma carta de serviço específica detalhando os direitos garantidos pela LGPD.

¹⁶⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 7ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

¹⁷⁰ ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013. Tecnologia da informação - Técnicas de segurança - Código de prática para controles de segurança da informação. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

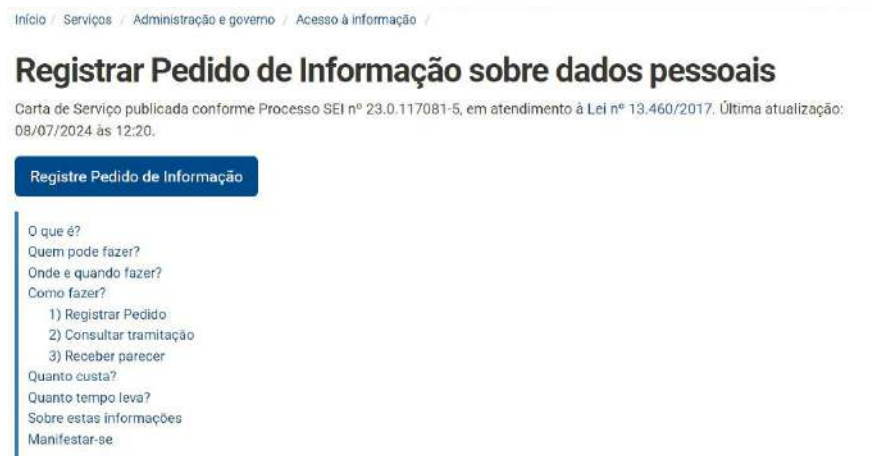


Imagem 6 - Interface de acesso à Ouvidoria – Site Institucional Prefeitura de Joinville

Foi também realizada a escolha e divulgação do Encarregado de Tratamento de Dados nas plataformas do Município. Optou-se inicialmente pela centralização do Encarregado, com um titular e um suplente, até que o processo de adequação estivesse mais amadurecido. Para a seleção do titular e do suplente, foram considerados fatores como o conhecimento das áreas de negócios do Município, graduação, domínio técnico e jurídico sobre o tema, interesse em certificações e habilidades de comunicação. Até o momento, não há previsão de gratificação pecuniária para a função de Encarregado de Tratamento de Dados.

Outra ação importante foi a criação de um decreto para o compartilhamento de dados pessoais entre os órgãos da administração direta e indireta, que formalizou as práticas já existentes e garantiu que os requisitos legais da ANPD fossem seguidos. O compartilhamento de dados é crucial para atividades como a análise de aposentadoria, fiscalização de saneamento básico, políticas públicas voltadas à saúde, assistência social, educação, entre outras.

Acerca do tema a ANPD se pronunciou no Guia de Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público:

“O uso compartilhado de dados é um mecanismo relevante para a execução de atividades típicas e rotineiras do Poder Público, a exemplo de pagamento de servidores e prestação de serviços públicos. A lgpd reconhece essa relevância ao estabelecer, em seu art. 25, que os dados devem ser mantidos “em formato interoperável e estruturado

para o uso compartilhado”, visando, entre outras finalidades, “à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral”¹⁷¹

Diante da quantidade de contratos e convênios do Município que envolvem dados pessoais, foi necessário desenvolver cláusulas padrão de LGPD para os referidos instrumentos. Entre os contratos mais relevantes estão os de empresas que realizam regularização fundiária, clínicas médicas que complementam o atendimento ao SUS e centros de educação infantil particulares. As cláusulas foram elaboradas em conjunto com o Comitê Municipal de Proteção de Dados e a Procuradoria-Geral do Município.

O Município também enviou ofícios aos stakeholders externos, em especial fornecedores, para entender o grau de adequação à LGPD e as práticas de segurança da informação adotadas por esses parceiros. Foram priorizados os fornecedores de tecnologia, visto que muitos sistemas críticos para o Município são geridos por essas empresas, e, em alguns casos, os contratos já foram ajustados.

Quanto à Política de Segurança da Informação, o Município está finalizando a revisão das práticas de retenção e descarte de dados pessoais, controle de acesso a sistemas, uso da internet, backup, trabalho remoto e uso de VPN, além de outras medidas como o Privacy by Design¹⁷². A criação de um plano de resposta a incidentes e remediação também está em fase final, e o protocolo TLP (Traffic Light Protocol), utilizado pelo Governo Federal, está sendo considerado para classificação de informações.

Por fim, foram promovidas outras ações, como a redução de dados desnecessários publicados no sítio eletrônico do Município, incluindo listas de presenças de reuniões, e a pseudoanonimização das listas públicas de vagas em Centros de Educação Infantil (CEIs). A Controladoria-Geral do Município também lidera a elaboração do Código de Ética do Servidor Público de Joinville, alinhado às novas exigências da LGPD.

¹⁷¹ ANPD. Guia Orientativo: Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. Versão 2.0, junho de 2023, Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes>. Acesso em: 16 de setembro de 2024.

¹⁷² O conceito de Privacy by Design (Privacidade desde a Concepção) foi desenvolvido nos anos 90 pela especialista em privacidade de dados, Ann Cavoukian. Ele se tornou um padrão internacional em 2010 e é uma abordagem que visa incorporar a privacidade e a proteção de dados pessoais desde o início de qualquer projeto ou sistema.

3. RESULTADOS

De acordo com o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br, 2024), a pesquisa TIC Governo Eletrônico tem monitorado, desde 2021, as ações voltadas à privacidade e proteção de dados pessoais em órgãos públicos federais, estaduais e municipais. Os resultados mais recentes, de 2023, mostram um crescimento significativo de iniciativas nas prefeituras de grandes municípios, especialmente nas capitais, em relação à implementação da LGPD. No entanto, ainda há desafios, principalmente em municípios de menor porte, onde muitas prefeituras não possuem estruturas adequadas para atender plenamente as exigências da legislação.¹⁷³

A referida pesquisa revela um crescimento expressivo nas iniciativas de privacidade e proteção de dados em prefeituras de capitais e municípios com mais de 100 mil habitantes. O percentual de prefeituras de capitais com áreas ou pessoas responsáveis pela implementação da LGPD subiu de 66% em 2021 para 82% em 2023, enquanto nas cidades de mais de 500 mil habitantes esse número aumentou de 62% para 82%. No entanto, em cidades menores, especialmente nas do interior, o crescimento foi mais modesto, com um aumento de 28% para 36% no mesmo período. Ainda assim, as prefeituras do Nordeste apresentaram os menores índices de conformidade, com apenas 33% contando com áreas específicas para proteção de dados.¹⁷⁴

O processo de adequação à LGPD no Município de Joinville gerou uma série de resultados significativos, tanto no que diz respeito à conformidade legal quanto à melhoria da governança de dados. Nesta seção, serão apresentados os principais resultados alcançados até o momento, bem como os objetivos futuros que a administração municipal espera atingir. Serão discutidos aspectos como a economia gerada, a capacitação de servidores,

¹⁷³ COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI.br). Privacidade e proteção de dados pessoais 2023: perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil = Privacy and personal data protection 2023: perspectives of individuals, enterprises and public organizations in Brazil. São Paulo: CGI.br, 2024. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20240901120340/privacidade-e-protecao-de-dados-2023.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2024.

¹⁷⁴ COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI.br). Privacidade e proteção de dados pessoais 2023: perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil = Privacy and personal data protection 2023: perspectives of individuals, enterprises and public organizations in Brazil. São Paulo: CGI.br, 2024. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20240901120340/privacidade-e-protecao-de-dados-2023.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2024.

o impacto na cultura organizacional e os benefícios para os cidadãos. Esses resultados demonstram o sucesso da iniciativa e as oportunidades de aprimoramento contínuo.

3.1. Resultados Alcançados

Um dos principais resultados alcançados foi a conformidade legal, com a estruturação de processos que garantem o tratamento adequado dos dados pessoais. A publicação de decretos, a criação da Área de Proteção de Dados e a nomeação do Encarregado de Tratamento de Dados foram passos fundamentais que consolidaram essa conformidade dentro da administração pública municipal.

Outro resultado significativo foi a transparência no tratamento de dados, que foi aprimorada com a criação de canais específicos para que os cidadãos pudessem exercer seus direitos como titulares de dados pessoais, conforme previsto na LGPD. Isso aumentou a confiança dos servidores e da população nas práticas adotadas pelo Município.

A segurança da informação também foi reforçada, com a implementação de controles de acessos, backup de dados e a criação de um plano de resposta a incidentes, o que reduziu consideravelmente os riscos de vazamentos de dados ou ataques cibernéticos. A introdução de práticas de Privacy by Design também garantiu que novos sistemas e processos já considerassem a proteção de dados desde o início.

No âmbito da cultura organizacional, houve um avanço notável com o engajamento dos servidores no processo de adequação à LGPD. Mais de 11 mil servidores foram conscientizados sobre a importância da proteção de dados, por meio de treinamentos presenciais e online, o que resultou em um aumento significativo da cultura de privacidade entre os funcionários públicos municipais.

A participação do Município em grupos de discussão e fóruns sobre proteção de dados públicos também trouxe benefícios, como a colaboração com outras prefeituras e a elaboração do Guia Prático para a fase de conscientização e treinamento da adequação à LGPD¹⁷⁵, em parceria com as cidades de Recife, Londrina e Paulista. Isso fortaleceu o ecossistema de proteção de dados, facilitando a disseminação de boas práticas.

¹⁷⁵ <https://municipioslgpd.com.br/documentos/>

Por fim, o Município conseguiu gerar uma economia significativa ao realizar o processo de adequação internamente, sem a contratação de consultorias externas. A capacitação dos próprios servidores para conduzir o processo resultou numa economia de mais de um milhão e meio de reais, conforme as estimativas iniciais de contratação de serviços externos.

3.2. Resultados Esperados e Metas a serem atingidas

Embora muitos avanços tenham sido realizados, ainda existem áreas que precisam ser aprimoradas. Um dos resultados esperados no futuro é o aumento da maturidade dos processos de proteção de dados, especialmente em relação à automação de algumas tarefas e à melhoria dos sistemas de monitoramento.

O Município ainda busca aprimorar o controle sobre o uso compartilhado de dados entre os órgãos da administração direta e indireta, e espera que, com o tempo, possa indicar um Encarregado de Dados para cada órgão, à medida que a equipe se qualificar adequadamente.

Outro ponto que precisa ser trabalhado é o engajamento dos cidadãos. Embora a transparência tenha sido reforçada, o Município ainda espera que os cidadãos utilizem de forma mais ativa os canais de exercício de seus direitos de dados, e que o nível de conhecimento da população sobre a LGPD aumente. Para isso, são necessárias ações de comunicação mais amplas e campanhas de conscientização voltadas para o público externo. De um modo geral, o engajamento do cidadão também proporcionará um nível de educação diferenciado reduzindo o número de ocorrências de golpes, principalmente cibernéticos.

No que tange à segurança da informação, espera-se finalizar e formalizar a política de segurança da informação, incluindo a implementação de um protocolo para a classificação de informações. Além disso, o plano de resposta a incidentes precisa ser completamente implementado e testado, para garantir que, em caso de um incidente, as respostas sejam rápidas e eficazes.

A consolidação da cultura de proteção de dados também é uma meta de longo prazo, especialmente em áreas onde a adesão às boas práticas de privacidade ainda é desafiadora. O Município espera continuar promovendo capacitações regulares e atualizações para os servidores, além de desenvolver novos materiais educativos para reforçar os princípios da LGPD e garantir que a conformidade se mantenha sólida ao longo do tempo.

Por fim, espera-se que a integração com stakeholders externos seja ampliada. Embora o Município tenha iniciado tratativas com fornecedores e outros parceiros, ainda é necessário que todos estejam plenamente adequados à LGPD, com contratos devidamente ajustados e práticas de segurança de dados bem estabelecidas

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de adequação à LGPD no Município de Joinville demonstra que, com uma abordagem estratégica e o comprometimento de todos os envolvidos, é possível implementar mudanças significativas no setor público, garantindo a conformidade legal e a proteção dos dados pessoais dos cidadãos. O case de Joinville mostrou-se inovador ao utilizar recursos internos, sem onerar os cofres públicos, e ao adotar práticas de governança de dados alinhadas com a legislação vigente.

Além disso, a criação de uma cultura organizacional voltada para a privacidade e segurança de dados foi um dos grandes marcos dessa jornada, com mais de 11 mil servidores treinados e conscientizados. A implementação de políticas e práticas de segurança da informação também foi essencial para garantir a mitigação de riscos e a prevenção de incidentes.

Embora muitos desafios tenham sido enfrentados ao longo do processo, como o grande volume de dados tratados e a complexidade da estrutura organizacional, as estratégias adotadas pelo Município, como o mapeamento de processos, a gestão de riscos e a criação de um Comitê Municipal de Proteção de Dados, foram fundamentais para o sucesso da iniciativa.

A experiência de Joinville serve como inspiração para outras administrações públicas no Brasil, mostrando que, com planejamento e inovação, é possível atender às exigências da LGPD de forma eficiente e eficaz. No entanto, o trabalho de adequação à proteção de dados é contínuo, e a manutenção dessas práticas será essencial para garantir a conformidade a longo prazo e fortalecer ainda mais a confiança da população nas instituições públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013. **Tecnologia da informação - Técnicas de segurança - Código de prática para controles de segurança da informação**. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

ALURA. **Kanban**: o que é, Método Kanban e como funciona. Disponível em: <https://www.alura.com.br/artigos/metodo-kanban>. Acesso em: 16 set. 2024.

ANPD. **Guia Orientativo**: Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. Versão 2.0, junho de 2023, Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes>. Acesso em: 16 de setembro de 2024.

ANPD. **Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD)**. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/canais_atendimento/agente-de-tratamento/relatorio-de-impacto-a-protecao-de-dados-pessoais-ripd#p1. Acesso em: 05 ago. 2024.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**: a função e os limites do consentimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: [05 ago.2024].

CETIC.br. **Estudos Setoriais de Segurança Digital**. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/7/20210514123130/estudos-setoriais-seguranca-digital.pdf>. Acesso em: 12 set. 2024.

CGI.br. **Privacidade e proteção de dados pessoais 2023**: perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil. São Paulo: CGI.br, 2024.

CORRÊA, Fábio Xavier. **LGPD no Setor Público**: boas práticas para a jornada de adequação. 1. ed. Publicação Independente, 2022.

LANZER, Fernando. **Clima e Cultura Organizacional**: entender, manter e mudar. 2. ed. 2017.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 7ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SISPRO. **Privacy by Design: Incorporando a Privacidade desde a Concepção**. Disponível em: <<https://www.sispro.com.br>> Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **TCU analisa segurança cibernética de instituições federais**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-analisa-seguranca-cibernetica-de-instituicoes-federais.htm#:~:text=A%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20TCU%20apurou,dados%20em%20meados%20de%202021>. Acesso em: 02 ago. 2024.

Enviado em 23.09.2024.

Aprovado em 21.10.2024.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS CASOS DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE/SC

Thiago Felipe de Amorim¹⁷⁶
Samuel Rodolfo Santos Gouveia¹⁷⁷

Resumo: O objetivo deste estudo é analisar os casos de licença de tratamento de saúde dos servidores públicos do Município de Joinville usando técnicas dedutivas. O instituto que está sendo discutido agora é apoiado pela Lei Complementar nº 266/08, conhecida como Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Joinville. Sua finalidade é garantir que os servidores que estiverem temporariamente incapacitados para trabalhar sejam afastados do trabalho, até a sua recuperação. No entanto, o Estatuto dos Servidores exige que a junta médica oficial do município verifique as condições de saúde do requerente antes de ratificar a solicitação de afastamento temporário. Caso o atestado seja recusado por um médico do trabalho municipal, a justificativa deve ser suficiente para evitar discussões e possível anulação da decisão administrativa pelo Poder Judiciário. Além disso, poder-se-á analisar casos concretos, destacando a importância da

¹⁷⁶ Coordenador do Núcleo de Relações Laborais da Procuradoria-Geral do Município de Joinville/SC; advogado licenciado pela OAB/SC (inscrição nº 41.501). Graduado em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville - FCJ e pós-graduado em Direito Processual Civil, pela Faculdade Damásio de Jesus e em Gestão Tributária (MBA), pela Facuminas. E-mail: thiago.amorim@joinville.sc.gov.br. Lattes <http://lattes.cnpq.br/0101299508874178>

¹⁷⁷ Acadêmico do curso de Direito na Faculdade Anhanguera de Joinville/SC, Estagiário da Procuradoria-Geral do Município de Joinville/SC, atuante na área de executivo fiscal e nos núcleos de relações laborais e saúde, educação, direitos difusos e assistência social. E-mail samuelrodolfo6530@gmail.com Lattes <https://lattes.cnpq.br/6076873448249509>

perícia judicial e do acompanhamento dos atos processuais pelo assistente técnico da municipalidade.

Abstract: The present work aims to address, through the deductive method, cases of judicialization of health treatment leave requests for public servants of the Municipality of Joinville. The issue under discussion is supported by Supplementary Law No. 266/08 (Statute of Public Servants of the Municipality of Joinville) and seeks to ensure the temporary removal of those servants who are temporarily incapacitated from performing their work activities. However, it is necessary to follow the rules established by the Statute, with the official medical board of the Municipality assessing the applicant's health conditions to either confirm or, in the case of a refusal of the certificate issued by a non-official doctor, provide a well-founded justification to avoid disputes and annulments by the Judiciary. Furthermore, specific cases may be analyzed, highlighting the importance of judicial expertise and the technical assistant of the municipality monitoring the procedural acts.

Palavras-Chave: Licença para tratamento de saúde, motivação do ato administrativo, perícia judicial, assistente técnico.

Keywords: Health treatment leave, administrative act justification, judicial expertise, technical assistant.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Judicialização dos casos envolvendo licença para tratamento de saúde dos servidores públicos do Município de Joinville; 2.1. Licença para tratamento de saúde no serviço público - LTS; 2.2. Regramento do benefício no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Joinville; 2.2.1. Condicionantes da Lei Complementar n. 266/08; 2.2.2. A Perícia Médica da Unidade de Saúde do Servidor 2.3. O Programa de Reabilitação Profissional – RPR: Readaptação e remanejamento; 2.4. A defesa judicial do Município; 2.4.1. Dever de fundamentação do ato administrativo que não homologa atestado; 2.4.2. O controle judicial dos atos administrativos; 2.4.3. A perícia judicial; 2.4.4. A importância da quesitação e acompanhamento por Assistente Técnico; 2.5. Julgados sobre o tema; 3. Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde é uma garantia importante para os funcionários públicos e incorpora a obrigação legal do sistema jurídico de proteger

o bem-estar e a saúde mental dos funcionários públicos. O médico fará um exame físico para verificar se a licença médica é realmente necessária.

Apesar da importância desse mecanismo de proteção, os litígios relativos ao direito ao tratamento médico tornaram-se uma ocorrência regular no direito brasileiro. Na verdade, esta situação surge devido a discrepâncias entre os relatórios apresentados pelos médicos privados e as avaliações das instituições médicas credenciadas, levando a divergências entre funcionários públicos e funcionários do governo. Em muitos casos, os funcionários recorrem aos tribunais para confirmar a validade dos seus direitos, criando uma forte demanda por decisões judiciais que envolvam a interpretação de disposições relevantes e a avaliação jurídica das ações administrativas.

Este trabalho examinará as especificidades dos aspectos jurídicos da agência e a generalidade das decisões do conselho médico legal quando contestadas por um médico específico, até que seja demonstrada uma motivação razoável para a ação administrativa. Além disso, tais casos são normalmente avaliados por profissionais médicos e a ação precisa ser gerenciada por um assistente técnico que deve fazer perguntas apropriadas para garantir a compreensão das habilidades de gestão.

Este artigo tenta estabelecer um quadro jurídico que apoie o direito de prestar cuidados de saúde aos funcionários públicos, analisa os principais desafios e questões jurídicas e discute o papel da justiça na resolução desses litígios.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DOS CASOS ENVOLVENDO LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS NO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

Verifica-se que, regularmente, há o ingresso de ação judicial por parte de servidores públicos visando a concessão da licença para tratamento de saúde. Por isso, é relevante que haja uma merecida análise das razões que justificam a alta demanda judicial de processos com a mesma causa de pedir. A seguir, veremos de que modo é aplicado a Licença para Tratamento de Saúde - LTS no Município de Joinville e de onde decorre tal direito fundamental.

2.1. Licença para Tratamento de Saúde no Serviço Público – LTS

A LTS é um direito que encontra amparo em princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana¹⁷⁸, da proteção à saúde¹⁷⁹ e da eficiência.

Essas condicionantes principiológicas, sobretudo a eficiência¹⁸⁰ pensada num espectro macro, são responsáveis por garantir que os servidores estejam saudáveis e aptos para o labor, visando manter a eficiência do serviço público e preservando a qualidade de vida dos servidores.

Não é possível falar de trabalho sem mencionar a saúde humana e os processos administrativos necessários oriundos da LTS, afinal, são os servidores públicos que movimentam a máquina pública e contribuem para o bem estar social, logo, seria incoerente a não aplicação de direitos essenciais como o afastamento para tratamento de saúde.

Além dos princípios constitucionais supramencionados, a licença para tratamento de saúde no âmbito federal encontra força nos artigos 202 a 206-A, da Lei Federal nº 8.112/1990, vejamos:

Art. 202. Será concedida ao servidor licença para tratamento de saúde, a pedido ou de ofício, com base em perícia médica, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus.

Art. 203. A licença de que trata o art. 202 desta Lei será concedida com base em perícia oficial.

¹⁷⁸ Art. 3º O(A) servidor(a) portador(a) de atestado médico ou odontológico com período recomendado de afastamento do trabalho igual ou superior a 16 (dezesesseis) dias consecutivos ou intermitentes, quando gerados dentro do prazo de 60 (sessenta) dias e motivados pela mesma patologia ou mesmo grupo de CID 10 deverá, obrigatoriamente, submeter-se a perícia médica oficial, por meio de agendamento prévio na Área de Perícia Médica na Unidade de Saúde do Servidor (anexo I-A) ou em caso de servidor(a) não concursado, por meio de agendamento prévio no INSS (anexo I-B).

§ 1º As perícias médicas deverão ser agendadas pelo próprio(a) servidor(a), familiar ou responsável, sempre pessoalmente e no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contados a partir da data do encaminhamento à perícia.

¹⁷⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁸⁰ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

§ 1º Sempre que necessário, a inspeção médica será realizada na residência do servidor ou no estabelecimento hospitalar onde se encontrar internado.

§ 2º Inexistindo médico no órgão ou entidade no local onde se encontra ou tenha exercício em caráter permanente o servidor, e não se configurando as hipóteses previstas nos parágrafos do art. 230, será aceito atestado passado por médico particular.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, o atestado somente produzirá efeitos depois de recepcionado pela unidade de recursos humanos do órgão ou entidade.

§ 4º A licença que exceder o prazo de 120 (cento e vinte) dias no período de 12 (doze) meses a contar do primeiro dia de afastamento será concedida mediante avaliação por junta médica oficial.

§ 5º A perícia oficial para concessão da licença de que trata o caput deste artigo, bem como nos demais casos de perícia oficial previstos nesta Lei, será efetuada por cirurgiões-dentistas, nas hipóteses em que abranger o campo de atuação da odontologia.

Art. 204. A licença para tratamento de saúde inferior a 15 (quinze) dias, dentro de 1 (um) ano, poderá ser dispensada de perícia oficial, na forma definida em regulamento.

Art. 205. O atestado e o laudo da junta médica não se referirão ao nome ou natureza da doença, salvo quando se tratar de lesões produzidas por acidente em serviço, doença profissional ou qualquer das doenças especificadas no art. 186, § 1º.

Art. 206. O servidor que apresentar indícios de lesões orgânicas ou funcionais será submetido a inspeção médica.

Art. 206-A. O servidor será submetido a exames médicos periódicos, nos termos e condições definidos em regulamento.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, a União e suas entidades autárquicas e fundacionais poderão:

I - prestar os exames médicos periódicos diretamente pelo órgão ou entidade à qual se encontra vinculado o servidor;

II - celebrar convênio ou instrumento de cooperação ou parceria com os órgãos e entidades da administração direta, suas autarquias e fundações;

III - celebrar convênios com operadoras de plano de assistência à saúde, organizadas na modalidade de autogestão, que possuam

autorização de funcionamento do órgão regulador, na forma do art. 230; ou

IV - prestar os exames médicos periódicos mediante contrato administrativo, observado o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e demais normas pertinentes.

Respeitando a hierarquia das leis e com o fito de regulamentar a aplicação da norma aos servidores municipais, o Município de Joinville instituiu a Lei Complementar nº 266/2008, que aborda o tema em comento de maneira mais uníssona e direcionada, de modo a orientar o servidor municipal acerca dos procedimentos que deverão ser observados para a concessão da LTS.

2.2. Regramento do benefício dos servidores públicos de Joinville

Paralelamente à Lei Federal nº 8.112/1990, a Lei Complementar nº 266/2008 estabelece os critérios para a concessão da LTS dos servidores municipais de Joinville, como se passa a demonstrar nos tópicos a seguir.

2.2.1. Condicionantes da Lei Complementar n. 266/2008

Como visto anteriormente, o foral da relação estatutária dos servidores do Município de Joinville é a Lei Complementar nº 266/08. Esta lei estabelece os direitos, responsabilidades e código de conduta dos funcionários municipais de Joinville, incluindo disposições sobre licença médica e outros serviços públicos a ela relacionados. Dentre as atividades complementares acima mencionadas, o gozo de licença para tratamento pessoal de saúde está definido no art. 117.

Art. 117. Será concedida licença para tratamento de saúde ao servidor do quadro permanente incapacitado ao trabalho, respeitados os seguintes critérios:

I - o afastamento pelo prazo inferior ou igual a 15 (quinze) dias dar-se-á mediante avaliação do médico do trabalho vinculado à Área de Medicina e Segurança do Trabalho, a quem incumbirá emitir o correspondente atestado;

II - o afastamento superior a 16 (dezesseis) dias, inclusive, dar-se-á mediante avaliação por médico-perito vinculado à Área de Medicina e Segurança do Trabalho, a quem incumbirá emitir o correspondente atestado.

Parágrafo Único. Fica ressalvada a hipótese do § 2º, do art. 46, cujo atestado poderá ser emitido por médico particular. (Redação acrescida pela Lei Complementar nº 350/2011).

Do explicitado acima, são dois os requisitos para a concessão da licença: a) avaliação de médico do trabalho ou médico perito do Município que emitirá o correspondente laudo/parecer deferindo o pedido, que não poderá ser substituída por atestado particular, salvo para afastamentos inferiores a 3 (três) dias (parágrafo único do art. 117 c/c art. 123 do Estatuto); e b) constatação de incapacidade laborativa específica.

Dessa forma, observa-se que os médicos do Município são especializados na área da medicina do trabalho e, assim, possuem habilitação para analisar as consequências dos impactos da moléstia na vida profissional do servidor.

Logo, a licença não é compulsória, tampouco pode estar vinculada à opinião técnica dos laudos particulares, justamente por ter sido afastada/excepcionada à luz da redação do art. 117, parágrafo único, da LCM n. 266/2008.

2.2.2. A Perícia Médica da Unidade de Saúde do Servidor

A regulamentação da LC 266/08 no que tange à licença para tratamento de saúde foi positivada através do Decreto nº 27.031, de 16 de junho de 2016, que aprovou a Instrução Normativa - IN nº 001/USS/SGP, de junho de 2015.

Segundo o art. 1º, da IN, que orienta sobre a estruturação e desenvolvimento dos serviços prestados na junta médica municipal, “*Perícia Médica é a avaliação técnica presencial de questões relacionadas à saúde do servidor e à sua capacidade laboral*”.

Consoante a esta normativa, o CFM (Conselho Federal de Medicina), por meio do art. 1º da Resolução n. 2.325/2022, aduz o seguinte:

Art. 1º Compreende-se como avaliação médico pericial qualquer atividade que se utiliza da metodologia médico-legal e pericial para confecção de laudos, pareceres e notas técnicas com objetivo médico-legal, independentemente do âmbito administrativo, judicial ou particular.

Assim, compreende-se que a perícia, no âmbito administrativo municipal, é um ato em que o profissional legalmente habilitado realiza a

anamnese do servidor, momento em que verifica o histórico médico, os laudos particulares, receitas, exames médicos, prontuários, ouve as queixas e realiza as orientações pertinentes ao caso analisado.

Quando necessário, o servidor do Município que tenha alta frequência de afastamento para tratamento de saúde, poderá ser convocado a qualquer momento para novas avaliações nas juntas médicas oficiais para averiguar as suas condições de saúde, conforme prevê o art. 22 da Instrução Normativa nº 001/USS/SGP, de 24 de junho de 2015:

Art. 22 O servidor em que seus antecedentes clínicos/médicos ocupacionais revelarem alta frequência de afastamentos e/ou de Licenças para Tratamento de Saúde, poderão ser convocados, a qualquer momento pela Unidade de Saúde do Servidor para novas avaliações, sejam elas pelo médico do trabalho ou para juntas médicas oficiais.

Ainda que o servidor esteja no prazo de duração da LTS ou participando do PRP (Programa de Reabilitação Profissional), o médico do trabalho também poderá agendar uma reavaliação para verificar se o servidor está ou não apto para retornar ao trabalho.

Após o atendimento agendado previamente, com fulcro no art. 5º da Instrução Normativa Nº 001/USS/SGP, de 24 de junho de 2015, o médico do trabalho disponibilizará o laudo que deverá conter uma das seguintes conclusões:

Art. 5º Após a realização da Perícia Médica as conclusões do Médico Perito poderão ser de:

- a) Alta Imediata;
- b) Alta Programada;
- c) Nova Perícia;
- d) Encaminhamento ao Programa de Reabilitação Profissional (PRP);
- e) Encaminhamento ao Ipreville para avaliação de concessão de Aposentadoria por Invalidez.

O médico do trabalho ou médico perito entrega uma via ao servidor e encaminha outra à sua chefia imediata para providências de praxe.

Embora o procedimento administrativo seja eficaz e a conclusão do médico perito adequada e devidamente motivada, muitas vezes, o servidor não fica contente com esta conclusão e decide ingressar com a

demanda judicial para buscar o seu afastamento ou a aposentadoria de maneira compulsória, dado que a negativa administrativa por vezes não atende às suas necessidades, movimentando a máquina pública e gerando gastos evitáveis.

2.3. O Programa de Reabilitação Profissional – PRP: readaptação e remanejamento

A readaptação funcional dos servidores municipais está prevista no art. 12, inciso II, da Lei Complementar 266/08.

O instituto do Programa de Reabilitação Profissional foi instituído pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Município a partir do art. 24, englobando tanto o remanejamento e a readaptação profissional.

Art. 24 Fica instituído o Programa de Reabilitação Profissional - P.R.P., que compreende o remanejamento e a readaptação profissional do servidor do quadro permanente.

Parágrafo Único. O programa instituído neste artigo será conduzido pela Equipe Técnica do Programa de Reabilitação Profissional, designada pelo Secretário de Gestão de Pessoas, composta por Médico do Trabalho, Médico-Perito, Terapeuta Ocupacional, Assistente Social, além de outros profissionais que possuam conhecimento técnico específico na área de saúde, como dispuser o regulamento.

Art. 25 Remanejamento é a mudança temporária, não superior a 180 (cento e oitenta) dias, ou definitiva de função ou local de trabalho, que visa minimizar a repercussão das condições ambientais desfavoráveis à saúde do servidor no exercício do cargo.

Parágrafo Único. Ao final do remanejamento, se temporário, o servidor submeter-se-á à avaliação da Equipe Técnica do Programa de Reabilitação Profissional, que recomendará:

I - retorno ao exercício regular das funções do cargo, no caso de recuperação das condições de saúde;

II - renovação do remanejamento, se as condições de saúde assim o recomendarem;

III - remanejamento definitivo;

IV - readaptação, se neste caso subsistir tão somente capacidade laborativa residual.

Art. 26 Readaptação consiste na mudança de cargo decorrente da inaptidão definitiva do servidor para o cargo originário, visando o aproveitamento de sua capacidade laborativa residual.

§ 1º Será readaptado o servidor que apresentar modificações em seu estado de saúde física e/ou mental, comprovadas em perícia médica, que inviabilizem a realização de atividades consideradas essenciais ao cargo original.

§ 2º A readaptação ocorrerá para cargo com atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que o servidor tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, podendo ser em nível igual ou inferior ao inicial e obedecerá à habilitação legal exigida.

§ 3º A readaptação não acarretará redução ou aumento de vencimentos.

Da norma extraí-se, portanto, os requisitos para o acompanhamento do estado de saúde do servidor, para encaminhá-lo ao PPR para remanejamento (que pode ser definitivo ou temporário) ou readaptá-lo em outro cargo.

2.4. A defesa judicial do município

2.4.1. Dever fundamentação do ato administrativo que não homologa atestado

Quando a junta médica não homologa o atestado particular do servidor, é obrigação do médico do trabalho fundamentar o ato administrativo, devendo justificar de maneira motivada as razões que ensejaram na negativa, haja vista não se tratar de mero expediente que dispensa a justificativa legal, sob pena de nulidade do ato administrativo, conforme veremos a seguir.

Cabe ressaltar que a não homologação do atestado médico particular é um ato em que se nega o afastamento do servidor por motivos de saúde, por isso a importância de ser realizada a análise minuciosa das queixas do servidor e das orientações médicas disponíveis no atestado para que, ao final da consulta, seja dado o veredito adequado àquele caso.

Nesta seara, é cediço que o ato administrativo é fato jurídico que corresponde à uma declaração em que o ente público - neste caso, o Município de Joinville - expede, a fim de que esta decisão produza efeitos, sem prejuízo do controle jurisdicional. Com efeito, por se tratar de declaração unilateral, as decisões da junta médica que não homologam o atestado particular do servidor recusando o afastamento para tratamento de saúde, devem ser

devidamente motivadas, visando suprir lacunas que ensejam na demanda jurisdicional indesejada, gerando prejuízos aos cofres públicos.

Nesse aspecto, a junta médica do Município é responsável pela avaliação técnica da saúde do servidor e sua aptidão para um possível retorno ao trabalho. Após a consulta previamente agendada (art. 3º, § 1º da Instrução Normativa Nº 001/USS/SGP, de 24 de junho de 2015¹⁸¹), os profissionais de saúde emitem um laudo/parecer que é disponibilizado ao Município e recebido pela pasta competente para que esta tome as devidas providências administrativas.

Como reiteradamente mencionado, a decisão precisa ser clara e justificada de forma motivada, devendo, ainda, ser garantido ao servidor a oportunidade ao contraditório e a ampla defesa, evitando vícios que possibilitem a anulação do ato administrativo.

Acerca do contraditório e ampla defesa, dispõe o art. 5º, inciso LV, da CF: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e a todos que se encontrarem em situação semelhante, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nessa linha, o princípio da motivação previsto no capítulo XII da Lei n. 9.784 de 1999, forte no âmbito da administração pública, dispõe que os atos e decisões administrativas devem ser fundamentados com as razões de fato e de direito para garantir que não haja parcialidade ou confronto ao princípio da impessoalidade. O art. 50 da referida lei dispõe o seguinte:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Respeitando os critérios estabelecidos na Seção V da LCM n. 266/2008, o médico do trabalho ou médico perito deve seguir as orientações constantes no art. 4º da Instrução Normativa Nº 001/USS/SGP, de 24 de junho de 2015:

¹⁸¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

Art. 4º O(A) servidor(a), no momento do exame pericial, deverá comprovar a busca/realização de tratamento médico, apresentando atestados médicos originais e outros documentos relacionados à doença em questão, tais como receitas, exames médicos complementares, prontuários de internação, relatórios/laudos médicos e de atendimentos com outros profissionais técnicos da área de saúde.

§ 1º Os atestados médicos ou odontológicos originais apresentados à perícia médica oficial deverão obrigatoriamente:

- a) conter o nome legível do paciente.
- b) Especificar o tempo de afastamento sugerido pelo profissional assistente.
- c) Conter o código internacional de doenças (CID 10) da(s) patologia(s) envolvida(s).
- d) Conter a assinatura, carimbo e identificação do profissional, com o número de seu registro no respectivo Conselho de Classe.
- e) Ficar retido no prontuário do (a) servidor (a).

§ 2º Ao(a) servidor(a) é assegurado o direito de não especificar o CID em seu(s) atestado(s), porém cabe ressaltar que ficará a critério da perícia médica oficial acatar ou não o mesmo.

§ 3º Nos atestados médicos ou odontológicos, o tempo de afastamento informado pelo profissional assistente segue como sugestão, sendo que o período real de permanência em LTS ficará a critério da Perícia Médica oficial, podendo a quantidade de dias ser igual, inferior ou superior ao indicado pelo profissional assistente.

Assim, além do dever de justificar motivadamente o afastamento do servidor, o médico do trabalho, orientado pela Instrução Normativa supra, precisa inserir todas as informações necessárias e essenciais no laudo/parecer para validar o documento emitido, a fim de evitar posteriores demandas judiciais, garantindo o fluxo desejável dos processos administrativos decorrentes de licenças para tratamento de saúde do servidor municipal.

2.4.2. O controle judicial dos atos administrativos

Em síntese, o controle judicial é o meio encontrado pelo Estado-juiz para impedir a atuação do Município fora dos seus limites legais, além de corrigir atos administrativos e, quando necessário, impor obrigações ao ente municipal.

Nesse contexto, os atos da administração pública municipal não são imunes ao controle judicial. Há de se observar a vasta jurisprudência que

traz o histórico de decisões favoráveis ao ente público e, por outro lado, decisões que corrigem ou anulam esses atos, o que gera discussões relevantes acerca da divisão de poderes e limites definidos pela Constituição Federal.

Os atos da administração pública, como a decisão acerca do afastamento de servidores, devem considerar princípios basilares como o da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a prevenir o abuso de poder e a parcialidade, garantido isonomia e protegendo o direito dos servidores.

Nesta seara, visando o afastamento para tratamento de saúde, há casos em que o servidor público municipal procura a junta médica com atestado particular que não preenche os requisitos legais e, conseqüentemente, ocorre a recusa do benefício pleiteado.

Malcontentes, alguns servidores ingressam com a demanda judicial requerendo o direito à licença para tratamento de saúde, oportunidade em que há forte discussão acerca da necessidade de afastamento, comprovada ou não por meio de perícia judicial, bem como os limites do Poder Judiciário quanto a intervenção nas decisões do ente público municipal. Se o Município é competente para determinar como devem tramitar os processos administrativos e tem autonomia para conceder ou não a licença para tratamento de saúde, desde que o faça conforme o regramento, qual é o fundamento utilizado pelo Judiciário para modificar ou anular decisões desta natureza?

O controle judicial dos atos administrativos está fundamentado no art. 5º, inciso XXXV, da nossa Carta Magna: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Todavia, o requerimento judicial deve limitar-se à legalidade do ato, sem adentrar no mérito administrativo.

Ainda, para exemplificar, o art. 41, §1º, da Constituição Federal distingue a Instância Judicial da Administrativa para as hipóteses da perda do cargo por servidor público. Ou seja, a administração pública tem total liberdade para analisar situações internas atinentes aos servidores sujeitos ao estatuto, não dependendo de decisão do judiciário.

A Corte da Cidadania entende que “(...) O Poder Judiciário no controle do processo administrativo deve limitar-se ao exame da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato atacado, sendo-lhe vedada qualquer incursão no mérito administrativo. Precedentes. 4. Agravo Regimental desprovido”. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AgRg no Ag 1067432 DF 2008/0136341-0).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do e.TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA E INDENIZATÓRIA, DEFLAGRADA POR SERVIDOR PÚBLICO EM FACE DO ESTADO DE SANTA CATARINA. NULIDADE DA PORTARIA E CONSEQUENTEMENTE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, QUE RESULTOU EM DEMISSÃO SIMPLES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO AUTOR. IRREGULARIDADES DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INSUBSISTÊNCIA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, INCLUSIVE COM A CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO, QUE ATUOU EM TODAS AS FASES. ALEGAÇÃO DE QUE TENTOU APRESENTAR JUSTIFICATIVAS AS FALTAS AO TRABALHO, MAS A CHEFIA IMEDIATA RECUSOU-SE A RECEBÊ-LAS. TESE RECHAÇADA. SIMPLES COMUNICAÇÃO, QUE NÃO SUBSTITUI A NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO FORMAL PARA A AUSÊNCIA AO SERVIÇO, TRADUZIDA NA LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE (PRÓPRIA OU DE PESSOA DA FAMÍLIA). EXAME DE QUESTÕES ATINENTES AO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO, ADEMAIS, QUE É VEDADO NA ESFERA JUDICIAL. DECISUM MANTIDO. APELO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. ESTIPÊNDIOS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 85, §§ 1º E 11. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM BENEFÍCIO DA PARTE RECORRIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação n. 0311976-57.2016.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Bettina Maria Maresch de Moura, Terceira Câmara de Direito Público, j. 14-09-2021).

Conclui-se que é possível ao Poder Judiciário apenas examinar o ato administrativo sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, ou seja, se está dentro dos limites de liberdade conferidos por lei, não podendo, contudo, ingerir-se indevidamente no mérito do ato, que é adstrito ao juízo de conveniência do administrador, especialmente porque a hipótese em análise não se enquadra em decisão teratológica (abusiva ou ilegal) única passível de intromissão pelo Judiciário.

Dessa forma, o Estado-juiz deve se limitar apenas à análise da legalidade dos atos administrativos, não podendo revogar as ações, mas anular, como nos casos em que o objeto da lide é a busca pela concessão da licença para tratamento de saúde.

2.4.3. A perícia judicial

A perícia judicial é um procedimento designado pelo Magistrado. É um ato fundamental nos processos que têm como causa de pedir a Licença para Tratamento de Saúde.

O ato pericial está previsto no art. 369, do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Ainda, conforme art. 150, do Código de Processo Civil de 2015: “O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico”.

Por meio da produção de prova pericial, o juízo visa dirimir eventuais controvérsias das alegações das partes por meio do auxílio de profissional habilitado, sendo que “A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação” (art. 464, do CPC).

Diante da natureza da ação, é realizada avaliação pericial do estado de saúde do servidor para auxiliar o juízo no deslinde do feito, com a emissão de laudo pericial.

O laudo emitido pelo expert nomeado deverá conter, nos termos do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 473. O laudo pericial deverá conter:

I - a exposição do objeto da perícia;

II - a análise técnica ou científica realizada pelo perito;

III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;

IV - resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

§ 1º No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões.

§ 2º É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

§ 3º Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.

Nesta toada, a perícia judicial é um elemento crucial para esclarecer questões complexas de modo imparcial, auxiliando o Magistrado na tomada de decisões para a melhor solução do conflito.

Conclui-se, portanto, que a prova pericial é essencial nos casos das demandas judiciais envolvendo LTS, pois é a forma em que o juízo estuda o mérito sob a perspectiva de um profissional da área médica nomeado pelo próprio Tribunal de Justiça.

2.4.4. A importância da quesitação e do acompanhamento por assistente técnico

Denomina-se Assistente Técnico o profissional médico indicado pelo Município que acompanha o ato pericial junto ao *Expert* designado pelo Juízo.

Nos processos judiciais de LTS, dada a complexidade de anamnese do servidor e elaboração do laudo pericial, o Assistente Técnico é indicado pelo Município para realizar o acompanhamento do ato, elaborando quesitos e, se for o caso, pareceres técnicos visando corroborar com a conclusão do médico perito juntamente com o Assistente Técnico indicado pela parte Autora.

Esse acompanhamento é realizado de maneira presencial, devendo o Assistente Técnico observar a efetividade da anamnese e todos os procedimentos necessários que ensejam na conclusão do *Expert* nomeado, sem que haja prejuízo na realização de quesitação complementar, se necessário.

A atuação do Assistente Técnico não deve se limitar à simples análise do ato pericial, em seu Parecer, elaborado, por óbvio, após o ato pericial, este profissional pode, inclusive, discordar das conclusões do laudo pericial, justificando motivadamente as razões que o fizeram chegar em conclusão diversa da apresentada pelo Perito Judicial, oportunidade em que o Juízo consegue apurar os diferentes entendimentos de profissionais habilitados na área da saúde, contribuindo para o julgamento adequado do mérito.

O Professor Edson Aguiar, em sua obra “*Curso de formação de peritos judiciais: Como se tornar um perito judicial sem fazer concurso público*,”

pós-graduação ou emprego oficial”, traz importante reflexão sobre o erro quando a parte decide não indicar profissional habilitado para acompanhar a perícia na qualidade de Assistente Técnico, vejamos:

Em grande número de perícias as partes escolhem não indicar assistente técnicos, mesmo em matérias que envolvam conhecimentos técnicos ou científicos. A meu ver esse é um erro de alguns advogados pois deixam de ter ao seu lado um profissional especializado no objeto da perícia, que irá promover a defesa técnica da questão controvertida.

Nestes termos, destaca-se que deve haver o interesse das partes na indicação do Assistente Técnico, sobretudo os profissionais habilitados na área da saúde que podem contribuir mutuamente na resolução de litígios em que os servidores municipais buscam judicialmente pela LTS.

2.4.5. Julgados sobre o tema

Ainda que este tema não seja um assunto pacificado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, as decisões advindas dessa importante discussão são reflexos do excelente trabalho que vem sendo desenvolvido nas juntas médicas oficiais do Município de Joinville. Esses julgados mostram que, embora o ente público municipal tenha o direito de decidir por não conceder a LTS na via administrativa, é fundamental que a administração pública justifique, de forma motivada, a recusa do Laudo Médico Particular para evitar que essa decisão seja anulada nos Tribunais, evitando conflitos e, principalmente, prejuízos ao erário público.

Diante disso, colhe-se da jurisprudência catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. MUNICÍPIO DE JOINVILLE. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ALEGADA INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECLAMO DO AUTOR. PERÍCIA JUDICIAL REALIZADA. INCAPACIDADE NÃO DEMONSTRADA. SERVIDOR QUE PERMANECE NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES APÓS READAPTAÇÃO. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS INDEVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS.

1. Afastada a alegada incapacidade total e definitiva do autor para exercício de suas funções pelas conclusões dos laudos médicos

trazidos ao feito, inexistente fundamento para concessão de aposentadoria por invalidez.

2. De resto, por estar o apelante acometido de doença degenerativa que se manifesta em determinadas ocasiões, resta prejudicado o pedido para o reconhecimento de possível incapacidade em setembro de 2012 (como postulado na inicial) ou, igualmente, para lhe conceder licença para tratamento de saúde no momento presente.

3. Sentença de improcedência mantida, arbitrando-se honorários recursais.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJSC, Apelação n. 0000042-38.2013.8.24.0038, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 09-11-2023).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA PROPOSTA POR AUXILIAR DE LIMPEZA EM FACE DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE - IPREVILLE E DO HOSPITAL MUNICIPAL SÃO JOSÉ. PRETENSO RESTABELECIMENTO DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE REMUNERADA OU DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE LABORAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1) IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. INSISTÊNCIA NO PEDIDO DE RECEBIMENTO DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE OU DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, EM ESPECIAL PORQUE SE ENCONTRA INCAPACITADA NÃO SÓ PARA EXERCER SUA FUNÇÃO HABITUAL, COMO TAMBÉM PARA DESEMPENHAR ATIVIDADES MAIS LEVES, UMA VEZ QUE NÃO POSSUI QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PARA TANTO. TESE AFASTADA. BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 266/2008 E NA LEI N. 4.076/1999. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL PORTADORA DE ENFERMIDADES NOS PUNHOS, BRAÇOS E OMBROS. PERÍCIA TÉCNICA QUE CONCLUIU PELA REDUÇÃO PARCIAL DA CAPACIDADE, COM A POSSIBILIDADE DE READAPTAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE OUTRAS FUNÇÕES, BEM COMO PELA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE AS MOLÉSTIAS E AS ATIVIDADES LABORAIS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE, ALIÁS, JÁ HAVIA REMANEJADO A AUTORA

PARA A REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS LEVES ANTES MESMO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. PRESSUPOSTO PARA A CONCESSÃO TANTO DA LICENÇA MÉDICA REMUNERADA QUANTO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NÃO DEMONSTRADO. DOCUMENTOS JUNTADOS COM A INICIAL QUE NÃO AFASTAM, POR SI SÓ, O RESULTADO DO LAUDO TÉCNICO, AINDA QUE INDIQUEM A EXISTÊNCIA DE LESÕES. SENTENÇA CONFIRMADA. 2) HONORÁRIOS RECURSAIS. DESPROVIMENTO DO RECURSO QUE JUSTIFICARIA A APLICAÇÃO DA VERBA. JUIZ DE PRIMEIRO GRAU, NO ENTANTO, QUE JÁ FIXOU OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PATAMAR MÁXIMO DE 20% (VINTE POR CENTO). IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0060360-31.2006.8.24.0038, de Joinville, rel. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j. 16-07-2020).

Os processos judiciais relacionados à concessão da licença para tratamento de saúde muitas vezes envolvem questões como a duração da licença, a avaliação por junta médica oficial, e a possibilidade de reavaliação periódica do estado de saúde do servidor. Em alguns julgados, o TJSC enfatizou que a administração pública deve atuar com razoabilidade e proporcionalidade ao exigir exames complementares ou perícias adicionais, evitando medidas que possam retardar indevidamente a concessão da licença, o que pode prejudicar a recuperação do servidor.

3. CONCLUSÃO

O direito à saúde está consagrado na Constituição Federal de 1988 e não se deve esquecer que, no âmbito da administração pública, este direito requer regulamentações especiais no que diz respeito às relações laborais.

Tal qual no setor privado, na aplicação da legislação trabalhista - CLT, nas demais instituições públicas que aplicam o procedimento de LTS, o Município de Joinville estabeleceu normas sobre o afastamento para tratamento de saúde em relação aos servidores a ele vinculados, disponibilizadas na LC nº 266/08 - Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Joinville e seus pormenores através de Decreto e Instrução Normativa..

No decorrer dos anos, foi possível verificar que surgiram questionamentos sobre a decisão administrativa quanto à concessão da LTS, que, como se viu anteriormente, é um direito essencial para a qualidade de vida dos servidores e bom funcionamento dos institutos que constituem a administração pública.

Nesse aspecto, o presente trabalho pôde verificar a importância da junta médica do Município, que é responsável pela avaliação técnica da saúde e da capacidade laborativa do servidor.

No caso, a decisão exarada pela junta precisa ser clara e motivada, devendo, ainda, ser garantido ao servidor a oportunidade ao contraditório e à ampla defesa, evitando vícios que possibilitem a anulação do ato administrativo, como pretendido nas ações judiciais movidas por servidores que se sentem injustiçados.

Portanto, no que tange à pretensão de anulação do ato que indefere o requerimento de LTS, observou-se que compete ao Poder Judiciário debruçar-se tão somente sobre a legalidade da decisão administrativa. Neste espírito, sublinha-se que a responsabilidade do Judiciário é imprescindível para assegurar o cumprimento das garantias constitucionais e da Lei Complementar Municipal.

Assim sendo, visando garantir uma efetiva defesa judicial da municipalidade, é necessário o desenvolvimento e aperfeiçoamento das ferramentas já existentes nos fluxos de processos do Município, conferindo legalidade e proteção às decisões administrativas.

Nessa seara, a coleta de informações, que visem subsidiar a defesa municipal e compreender os motivos pelos quais a junta médica teve posicionamento divergente do profissional que firmou o atestado médico, tem suma importância, a fim de justificar ao magistrado a motivação do ato, pela Procuradoria-geral do Município.

Não obstante, é imprescindível que os pareceres e laudos emitidos pelas juntas médicas do Município estejam devidamente fundamentados, abarcando todos os requisitos legais e com todos os elementos essenciais para viabilizar a defesa eficiente da municipalidade, assim como garantir que o servidor de fato está apto para o labor.

Ainda, reitera-se que é indispensável o respeito aos preceitos fundamentais da administração pública e garantias constitucionais, a fim de amparar os servidores inaptos ao trabalho e garantir segurança jurídica às decisões que indeferem o requerimento administrativo de afastamento por LTS requerida por servidores aptos para o labor.

Finalmente, este estudo mostra que há grande necessidade de uma gestão conjunta efetiva entre as pastas responsáveis pela decisão que indefere o pedido de LTS e Procuradoria-geral do Município, a fim de assegurar também os direitos dos servidores públicos, seguindo o regramento estabelecido pelo Estatuto dos Servidores Municipais e Constituição Federal de 1988 para a validação dos afastamentos.

Assim, entende-se possível o avanço das ferramentas e fluxos de processos entre as secretarias, para dar substrato necessário ao ato administrativo, a fim de que se promova uma defesa eficiente dos interesses do Município de Joinville, fundamentando-se, à saciedade, eventual indeferimento de licença para tratamento de saúde a fim de sustentar eventual questionamento perante o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAIS, Edilson. **Curso de formação de peritos judiciais**: Como se tornar um perito judicial sem fazer concurso público, pós-graduação ou emprego oficial. Goiânia: IBCAPPA, 2020. p. 153.

ALVIM, Teresa; JR, Fredie. **Doutrinas Essenciais - Novo Código de Processo Civil - Processo de Conhecimento**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/doutrinas-essenciais-novo-processo-civil-processo-de-conhecimento/1197026130>>. Acesso em : 9 de setembro de 2024.

AVELINO, Murilo. O Juiz e a Prova Pericial no Novo Código de Processo Civil In: ALVIM, Teresa; JR, Fredie. **Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil - Processo de Conhecimento**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/doutrinas-essenciais-novo-processo-civil-processo-de-conhecimento/1197026130>>. Acesso em: 19 de agosto de 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de agosto de 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2024.

BRASIL - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Legalidade, discricionariedade, proporcionalidade: o controle judicial dos atos administrativos na visão do STJ. 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/13032022-Legalidade--discricionariedade--proporcionalidade-o>>.

-controle-judicial-dos-atos-administrativos-na-visao-do-STJ.aspx>. Acesso em: 30 de agosto de 2024.

JOINVILLE. Decreto nº 27.031, de 16 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.joinville.sc.gov.br/public/portaladm/pdf/jornal/d7a3ff1006b7a781a52c547df348544b.pdf>>. Acesso em 14 de setembro de 2024.

JOINVILLE. Lei Complementar Municipal nº 266, de 05 de abril de 2008 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Joinville/SC). Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-complementar/2008/27/266/lei-complementar-n-266-2008-dispoe-sobre-o-regime-juridico-dos-servidores-publicos-do-municipio-de-joinville-das-autarquias-e-das-fundacoes-publicas-municipais>>. Acesso em 19 de agosto de 2024.

NEVES, Rodrigo Santos. O princípio da motivação dos atos administrativos como forma de se efetivar o direito fundamental à boa administração. ANPM, 2022. Disponível em: <<https://anpm.com.br/voz-do-associado/o-principio-da-motivacao-dos-atos-administrativos-como-forma-de-se-efetivar-o-direito-fundamental-a-boua-administracao>>. Acesso em: 26 de agosto de 2024.

PEDRICCI, Débora. A importância do perito assistente no processo judicial. JusBrasil, 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-importancia-do-perito-assistente-no-processo-judicial/1647199226>>. Acesso em: 11 de setembro de 2024.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), Apelação Cível nº 0311976-57.2016.8.24.0023, Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=03119765720168240023&num_chave=&num_chave_documento=&hash=1fd00df4467ffe32d3591fe7f652d280>. Acesso em 10 de setembro de 2024.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), Apelação Cível nº 0000042-38.2013.8.24.0038, Florianópolis, 2023. Disponível em: <https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=00000423820138240038&num_chave=&num_chave_documento=&hash=b4741847a84f3630345abf57988cc023>. Acesso em 10 de setembro de 2024.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), Apelação Cível nº 0060360-31.2006.8.24.0038, Florianópolis, 2020. Disponível em: <https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=00603603120068240038&num_chave=&num_chave_documento=&hash=59f96d0f6d0d841ffaeb3a1b37666fc>. Acesso em 10 de setembro de 2024.

UNIÃO FEDERAL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm?origin=instituicao>. Acesso em 14 de setembro de 2024.

UNIÃO FEDERAL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2024.

VLADIMIR, da Rocha França. **Princípio da motivação no direito administrativo. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, 2017.** Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo>>. Acesso em: 26 agosto de 2024.

Enviado em 23.09.2024.

Aprovado em 04.11.2024.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

AS NOVAS DIRETRIZES DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PARTIR DA LEI N. 14.230/21

Alessandra Skrypec¹⁸²

Resumo: A promulgação da Lei nº 14.230/2021 acarretou mudanças substanciais na legislação vigente, com a proposta de reduzir a subjetividade, tornar o sistema mais equilibrado e menos suscetível de interpretações discricionárias, almejando ampliar a segurança jurídica na esfera jurisdicional. Dentre as mudanças de maior impacto, a necessidade de demonstração do elemento subjetivo (dolo) na conduta dos agentes tem representado um grande avanço a partir do novo texto da lei. Nesse escopo, os erros não intencionais ou culposos não podem mais ser classificados como improbidade administrativa. A partir dessa perspectiva, a presente pesquisa se propõe a explicar a concepção de juristas e doutrinadores sobre as implicações dessa reforma, bem como o panorama geral e possível impacto das condenações por improbidade administrativa no âmbito jurisdicional a partir da vigência da nova lei.

Abstract: The enactment of Law n. 14.230/2021 brought substantial changes to the current legislation, reducing subjectivity to create a more balanced system that is less prone to discretionary interpretations, thus enhancing legal certainty. Among the most impactful changes, the requirement to demonstrate the subjective element (intent) in the conduct of public agents represents a significant advancement under the new legal text. With the new wording, unintentional or negligent errors can no longer be classified

¹⁸² Pós-Graduada (lato sensu) em Compliance, Riscos e Controles pelo Centro Universitário da Católica de Santa Catarina. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Católica em Santa Catarina. Advogada licenciada (OAB/SC 55.843). Gerente da Área de Procedimento Administrativo Disciplinar do Município de Joinville. Servidora pública municipal de Joinville desde 2018. E-mail: aleskrypec@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2850083757102372>

as administrative impropriety. In this context, the present research aims to explain the perspective of legal scholars and experts on the implications of this reform, as well as to provide an overview of the general landscape and the potential impact within the judicial sphere following the implementation of the new law.

Palavras-Chave: Improbidade Administrativa, Constituição Federal, Administração Pública, elemento subjetivo.

Keywords: Administrative Improbability, Federal Constitution, Public Administration, subjective element.

Sumário: 1. Introdução; 2. Contexto histórico e definição de improbidade administrativa; 3. Dos aspectos da moralidade e probidade; 4. Advento da Lei n. 14.230/2021 e o fenômeno do “apagão das canetas”; 5. Enquadramento dos atos de improbidade administrativa à luz da Lei n. 14.230/2021: Repercussões no âmbito jurisdicional 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Durante a vigência da Lei nº 8.429/92, intensos debates vieram à tona em decorrência da genérica redação do texto da norma e seu enquadramento aberto, que conferia ampla margem de discricionariedade ao julgador para classificar os atos praticados por agentes públicos como improbidade administrativa.

Não se pode olvidar que a Lei nº 8.429/92 foi editada dentro de um contexto histórico e político em que se almejava a busca pela preservação do patrimônio público e combate a corrupção.

Ao longo dos anos, outras inovações normativas emergiram no âmbito do arcabouço de contenção às práticas desleais, a exemplo da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), que dispõe sobre as hipóteses de inelegibilidade com vistas a proteger a probidade e a moralidade no exercício do mandato eletivo, e da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), que trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de direito privado pela prática de atos contrários à Administração Pública, nacional ou estrangeira.

A Lei nº 14.230/21, que aprovou modificações na Lei nº 8.429/92, surgiu a partir da necessidade de mitigar a subjetividade e a discricionariedade que adveio da redação original, estabelecendo elementos para se distinguir e classificar os atos de improbidade, corroborando para ampliação da

segurança jurídica, sem perder de vista o objetivo principal da normativa, que é o combate a malversação dos recursos públicos.

A presente pesquisa foi elaborada a partir da utilização de técnicas bibliográficas, incluindo análise das legislações, artigos científicos, livros, jurisprudência brasileira e base de dados de condenações por atos de improbidade disponibilizados em site público.

O artigo está estruturado de forma a abordar o contexto histórico e literário da matéria, seguindo para abordagem das mudanças mais importantes proveniente da Lei nº 14.230/21, traçando um paralelo com os impactos das alterações no âmbito jurisdicional.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E DEFINIÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)¹⁸³ foi criada em um contexto específico do Brasil pós-Constituição de 1988, marcado por um forte movimento em busca da moralidade administrativa, transparência e combate à corrupção. O país saía de um período de ditadura militar e buscava consolidar uma nova ordem democrática, com maior controle social sobre os atos da administração pública.

A própria Constituição Federal de 1988 foi formatada com objetivo de combater atos tidos como ímprobos, a fim de prevenir que os agentes públicos atuassem visando benefícios individuais em detrimento do Estado.

Nesse escopo, a Carta Magna, em seu art. 37, §4º¹⁸⁴, estabeleceu consequências legais para prática de atos de improbidade administrativa, que incluem a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Após 4 (quatro) anos da consagração da nova ordem democrática brasileira advinda com a Constituição Federal, foi promulgada a Lei nº 8.429/1992 que fez parte do pacote moralizador e da política de “caça aos

¹⁸³ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 22 set. 2024.

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 set. 2024.

marajás”, do então presidente Fernando Collor de Mello, que ascendeu ao poder com promessa de combater os altos salários e privilégios abusivos de funcionários públicos (BISSOLI, 2018)¹⁸⁵.

Nessa perspectiva, a Lei de Improbidade Administrativa inicialmente esculpida pelo legislador adveio de uma preocupação perene com a proteção do patrimônio público e combate aos atos ilícitos na Administração Pública.

Para Capez¹⁸⁶, a Lei de Improbidade Administrativa constitui eficaz mecanismo de combate à malversação do dinheiro público, estabelecendo a necessidade dos agentes públicos observarem os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na condução dos seus atos.

A Lei nº 8.429/1992 surgiu como codex normativo a fim de instituir punição severa aos atos tidos como ímprobos, segregando-os em três modalidades: atos dos agentes públicos que importem em enriquecimento ilícito, previstos no rol exemplificativo do art. 9º; atos dos agentes públicos que causem dano ao erário, cujo rol, também exemplificativo estava previsto no art. 10; e, atos dos agentes públicos que afrontem princípios gerais da administração pública, ainda que não acarretem dano ao erário ou enriquecimento ilícito, elencados no art. 11 da norma supramencionada.

Em que pese a Lei nº 8.429/92 tenha sintetizado em seu regramento um rol de condutas consideradas ímprobos, ficou silente na definição do conceito de improbidade administrativa propriamente dito.

Recorrendo à doutrina, o autor Fábio Medina Osório¹⁸⁷ preconiza que a improbidade administrativa no contexto do direito brasileiro está intimamente ligada aos atos de corrupção e grave ineficiência funcional. A improbidade é vista como uma forma de má gestão pública, sendo qualificada como uma imoralidade administrativa.

Nos ensinamentos de Pazzaglini Filho¹⁸⁸:

¹⁸⁵ BISSOLI, Leonardo. Controle da corrupção e discricionariedade: os meios de accountability dos agentes públicos e as licitações e contratações públicas. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002890314>, Acesso em: 10 set. 2024.

¹⁸⁶ CAPEZ, Fernando. Nova Lei de Improbidade Administrativa: Limites Constitucionais. 3. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

¹⁸⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.275-277.

¹⁸⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 16-17.

Improbidade administrativa, pois, é mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé. [...] Portanto, ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a ocorrência de ato funcional ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. Assim, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as suas modalidades: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública.

Nessa mesma perspectiva, o autor Hugo Nigro Mazzilli sintetiza que “a improbidade administrativa não consiste apenas na prática do ato ilícito pelo agente público, mas sim na prática de ato cuja ilicitude decorra de desonestidade ou imoralidade do agente”.¹⁸⁹

Em complemento, o autor Fábio Medina Osório¹⁹⁰ enfatiza a importância de diferenciar os atos de improbidade relacionados a fenômenos mais graves, como desonestidades funcionais, dos erros juridicamente toleráveis associados à falibilidade humana. Argumenta que é essencial avaliar o impacto de cada falha nos valores jurídico-administrativos para adequar a aplicação da lei.

Já para Capez¹⁹¹, a etimologia da palavra probidade está atrelada a retidão de conduta, lealdade, honestidade, boa-fé, princípios éticos e morais.

A falta de definição específica para o conceito de improbidade foi um dos causadores de discussões e interpretações divergentes na doutrina e na jurisprudência ao longo da história.

Até o advento da Lei nº 14.230/21, os juristas brasileiros possuíam uma margem discricionária para conceituar e enquadrar as condutas volitivas e omissivas como atos ímprobos, cenário este que, a partir da novel legislação, passou delinear contornos mais acentuados para adequada subsunção do fato à norma.

¹⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do Ministério Público. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 251.

¹⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.275-277.

¹⁹¹ CAPEZ, Fernando. Nova Lei de Improbidade Administrativa: Limites Constitucionais. 3. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023

3. DOS ASPECTOS DA MORALIDADE E DA PROBIDADE

Ao abordar o tema improbidade administrativa, é frequente encontrar correntes doutrinárias que se dedicam a estabelecer diferenças e semelhanças entre os conceitos de moralidade e probidade, os quais, por muito tempo foram compreendidos como sinônimos.

A moralidade administrativa, prevista no art. 37, da Constituição Federal, corresponde a um princípio básico que rege os atos da Administração Pública, preconizando um dever de agir com ética e integridade.

Para o autor Celso Antônio Bandeira de Mello: “O princípio da moralidade administrativa impõe que o comportamento dos agentes públicos seja não apenas legal, mas também ético e honesto. Ele exige que se observe um código de conduta que reflita os padrões éticos aceitos pela sociedade”¹⁹².

O autor Hely Lopes Meirelles apresenta o pensamento de Maurice Hauriou¹⁹³ a respeito da moralidade administrativa:

[...] A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., artigo 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para

¹⁹² Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

¹⁹³ HAURIU, Maurice, apud MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89.

a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.

Já a probidade, ainda que possua sua essência atrelada à moralidade, pode ser concebida mais especificamente à preservação do patrimônio público. O autor José dos Santos Carvalho Filho¹⁹⁴ destaca que: “A probidade administrativa é o dever de honestidade e lealdade para com a administração pública, implicando a atuação do agente com correção, sem desvio de finalidade e com zelo pelo patrimônio público”.

Em outras palavras, a probidade visa assegurar a observância de todos os demais princípios que regem a Administração Pública. No que concerne às diferenças entre moralidade e probidade, Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁹⁵ sintetiza o seguinte:

A moralidade administrativa não se confunde com a probidade administrativa. Enquanto esta última tem como escopo a proteção direta do patrimônio público contra atos de desonestidade, a moralidade exige que o agente público atue segundo padrões éticos reconhecidos pela sociedade, mesmo quando a norma jurídica não define expressamente a conduta devida.

Na perspectiva de Wallace Paiva Martins Júnior¹⁹⁶, a noção de improbidade deflui da noção de moralidade administrativa, enaltecendo que a probidade visa assegurar a eficácia social dos princípios da Administração Pública, devendo ser reconhecida a improbidade sempre que houver violação a um dos princípios previstos no art. 37 da Carta Magna.

Além das diferenças e semelhanças contidas no arcabouço doutrinário acerca do conceito de moralidade e probidade, há correntes que defendem existir diferença entre a própria concepção de probidade e improbidade administrativa. Neves¹⁹⁷ pontua:

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2022

¹⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

¹⁹⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A Lei da Improbidade Administrativa. JusSilia, São Paulo, v. 58, n. 174, abr./jun. 1996. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22998/lei_improbidade_administrativa.pdf. Acesso em: 10 set. 2024

¹⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 03

O vocábulo “probidade”, do latim *probitate*, significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, à honestidade e à integridade. A improbidade, ao contrário, deriva do latim *improbitate*, que significa imoralidade, desonestidade. Não é tarefa simples definir a improbidade administrativa, notadamente se a sua caracterização dependeria, necessariamente, da violação ao princípio da moralidade administrativa. Não obstante a divergência sobre o tema, entendemos que, no Direito positivo, a improbidade administrativa não se confunde com a imoralidade administrativa. O conceito normativo de improbidade administrativa é mais amplo que aquele mencionado no léxico. A imoralidade acarreta improbidade, mas a recíproca não é verdadeira.

Partindo destes conceitos, vislumbra-se a moralidade como um termômetro que deve nortear os atos da Administração Pública, amparando-se na ética e na moral em prol dos anseios da sociedade.

Independente das oposições entre as concepções aduzidas, a intersecção entre moralidade e probidade mostra-se fundamental para manutenção de uma gestão pública eficiente, pautada na sobreposição dos interesses da coletividade.

4. O ADVENTO DA LEI N. 14.320/2021 E O FENÔMENO DO “APAGÃO DAS CANETAS”

Em meio a demasiadas inclinações doutrinárias e distorções na repressão a atos de improbidade administrativa que emergiram da Lei nº 8.429/92, sobreveio importantes modificações a partir da Lei nº 14.230/21, que suscitaram intensos debates no cenário jurídico nacional, despertando posicionamentos divergentes entre doutrinadores e juristas brasileiros.

Dentre as alterações mais relevantes introduzidas pela novel legislação, destaca-se a exigência do *animus* consciente do suposto infrator para caracterização do ato de improbidade administrativa. Esse critério é visto por muitos como um aprimoramento da legislação, visando evitar punições desarrazoadas.

De modo geral, a reforma introduzida pela Lei nº 14.230/21 foi bem recebida por uma corrente majoritária que concebe a alteração legislativa como um avanço na promoção da segurança jurídica, ao mitigar excessos no tocante a punições aos agentes públicos por erros não intencionais, incentivando uma gestão pública mais eficiente e ousada, além de corroborar com a celeridade no sistema judiciário, evitando a perpetuação de processos morosos e intermináveis.

Segundo Marçal Justen Filho¹⁹⁸, ao longo dos anos de vigência da Lei nº 8.429/92, ocorreu progressiva banalização de ações de improbidade, ao passo que muitos processos foram instaurados sem elementos probatórios consistentes, consubstanciados em pedidos de condenação por atos de improbidade de forma genérica e indiscriminada nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. Isso conduzia a uma eternização dos litígios, usualmente envolvendo disputas políticas (mais do que jurídicas).

As ações de improbidade movidas antes da reforma introduzida pela Lei nº 14.230/21 não exigiam a demonstração do dolo, ou seja, a intenção deliberada e volitiva do agente. Logo, qualquer decisão de cunho administrativo que resultasse em prejuízo, ainda que involuntário ou por mera ineficiência, poderia ser enquadrada como ato de improbidade administrativa.

Em que pese a legislação vigente à época não estabelecesse a necessidade de configuração de *animus* específico para configuração do ato como ímprobo, a jurisprudência já se inclinava no sentido de se exigir a demonstração do elemento subjetivo do agente como requisito para configuração do ato como improbidade administrativa, conforme extrai-se da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2008¹⁹⁹:

As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11.

Nesse escopo, verifica-se que os próprios tribunais apresentavam anseios quanto a aplicação desmedida da letra da lei para configuração do ato como improbidade, gerando, por vezes, decisões destoantes para situações similares, o que contribuía para a ampliação da insegurança jurídica.

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 940.629/DF. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma, julgado em 26 ago. 2008.

Não fosse só isso, por muito tempo predominou na Administração Pública a aversão ao risco sentida pelos agentes públicos na tomada de decisões, que passou a ser denominado como “apagão das canetas”²⁰⁰.

Este termo foi associado à paralisação de decisões dos gestores públicos por medo de serem responsabilizados pelos seus atos. Todo esse cenário desencadeou uma cultura de implementação de atos excessivamente burocráticos e resistência à adoção de mecanismos inovadores e tecnológicos, ou até mesmo de promover mudanças estruturais no âmbito da administração pública com receio de que os atos implementados pudessem ser mal interpretados.

Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente.²⁰¹

É possível associar o fenômeno do “apagão das canetas” a uma questão de insegurança jurídica decorrente da burocratização dos procedimentos, os quais frequentemente envolvem interpretações múltiplas de normas, muitas vezes ambíguas. Isso acaba afastando os gestores públicos do processo decisório, por receio de questionamentos judiciais e aplicação de sanções desproporcionais. Esse fenômeno também pode ser compreendido como

²⁰⁰ MENDONÇA, Matheus Santos; CARVALHO, Matheus Silva de. A nova lei de improbidade administrativa: reflexões a partir do fenômeno do chamado “apagão das canetas”. Revista Avant, v. 6, n. 1, 2022. ISSN 2526-9879. Florianópolis, SC.

²⁰¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. (2020). O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. Zênite. Publicado em 31 de agosto de 2020. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-direito-administrativo-do-medo-a- crise-da-ineficiencia-pelo-controle/>. Acesso em: 20 set. 2024.

um efeito indesejável do esforço da administração pública no controle e combate à corrupção.²⁰²

Sedimenta Fernando Vernalha²⁰³:

Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”.

O Ministro do Tribunal de Contas da União, Bruno Dantas²⁰⁴, referendou a temática ao chamado “apagão decisório”:

O controle da administração pública passou por profunda transformação nos últimos 30 anos, impulsionado pela configuração institucional da Constituição de 88, que em boa hora fortaleceu órgãos como o MP e o TCU. Deve haver, porém, equilíbrio entre gestão e seu controle, sob pena de criarmos no país um “apagão decisório”, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores.

Depreende-se desse contexto que, ao longo dos anos de vigência da Lei nº 8.429/92, a concepção de ato ímprobo apresentou desvios de finalidade, sendo que as modificações introduzidas pela Lei nº 14.230/21 consignaram um marco importante na busca por equilíbrio entre a responsabilização e a proteção das garantias individuais.

²⁰² CAVALCANTE, Luiz Ricardo Mattos Teixeira. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 12, n. 1, p. 82-96, jan./jun. 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/alesk/Downloads/digitalpub,+a06.pdf]. Acesso em: 10 set. 2024

²⁰³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Número 71, 2016. Disponível em: <http://www.Direitodoestado.com.br/colonistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-Direitoadministrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 22 set. 2024.

²⁰⁴ DANTAS, B. O risco de infantilizar a gestão pública. GGN, 2018. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/gestao-publica/o-risco-de-infantilizar-a-gestao-publica-por-bruno-dantas/>. Acesso em 23 jan. 2022.

Não se pode perder de vista a relevância fundamental do controle sobre a atividade administrativa, uma vez que sua presença se revela imprescindível para assegurar a integridade e a legalidade dos atos praticados pelos gestores públicos.

5. ENQUADRAMENTO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA LEI N. 14.320/2021: REPERCUSSÕES NO ÂMBITO JURISDICIONAL

A configuração de atos de improbidade administrativa que impliquem em enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao erário (art. 10) ou que atentem contra os princípios da administração pública, após a promulgação da Lei nº 14.230/21, passou a exigir, de forma expressa, a demonstração de dolo, ou seja, intenção deliberada do agente público de lesar o patrimônio público ou obter vantagem indevida.

Na concepção de Capez, a extinção da modalidade culposa foi um grande marco para humanidade, ao passo que “[...] no Estado Democrático de Direito sem a culpabilidade não pode haver pena (*nulla poena sine culpa*), e sem dolo ou culpa não existe crime (*nullum crimen sine culpa*)”²⁰⁵.

Na mesma linha segue o entendimento de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, apontado por Isabela Giglio Figueiredo²⁰⁶:

Ponto que merece atenção diz respeito ao elemento subjetivo necessário à caracterização das condutas elencadas naqueles dispositivos. Nenhuma das modalidades admite a forma culposa; todas são dolosas. É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata.

²⁰⁵ CAPEZ, Fernando. Nova Lei de Improbidade Administrativa: Limites Constitucionais. 3. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. loc. 1488

²⁰⁶ FIGUEIREDO, Isabela Giglio. Improbidade Administrativa: Dolo e Culpa. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 81.

A exigência de dolo para configurar improbidade administrativa é um passo importante para evitar a judicialização excessiva da administração pública, mas essa mudança precisa ser acompanhada por uma fiscalização rigorosa que consiga diferenciar atos de má-fé daqueles que derivam da complexidade inerente à gestão pública.

No âmbito jurisdicional, recente decisão do Supremo Tribunal Federal consignou o seguinte acerca das modificações introduzidas pela nova redação.

A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º. 9. Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa desde a edição da Lei 8.429/92 e, a partir da Lei 14.230/2021, foi revogada a modalidade culposa prevista no artigo 10 da LIA.²⁰⁷

Por outro lado, os debates suscitam uma possível dificuldade na comprovação do dolo específico, principalmente na prática de ilícitos de maneira indireta ou camuflada.

Para Tourinho²⁰⁸, a demonstração do dolo pode se tornar um empecilho e dificultar a imputação de atos de improbidade, ao passo que a demonstração de dolo está fundada na vontade consciente e deliberada do agente de praticar o ato, o que, além de ter um viés amparado pela subjetividade, pode inviabilizar a apuração de atos de improbidade, que na maioria das circunstâncias, são praticadas de forma indireta.

Nesse cenário, há entendimentos doutrinários que compreendem a alteração da Lei de Improbidade Administrativa como restrição do alcance das punições. Para Filho, a má gestão, o desvio de recursos por negligência e a incompetência podem, em muitos casos, causar danos ao patrimônio público tão graves quanto o dolo.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 843989/PR. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Plenário, julgado em 18 ago. 2022. Repercussão Geral - Tema 1.199.

²⁰⁸ TOURINHO, Rita. O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso?. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 84, p. 147-169, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/171914>. Acesso em: 22 set. 2024.

Além da expressa supressão da modalidade culposa, os artigos 9º 10, trouxeram no caput a expressão “notadamente”, que na concepção de Capez, remete a ideia de um rol exemplificativo de condutas que podem ser enquadradas como ato de improbidade administrativa, não se limitando, contudo, as circunstâncias elencadas nos respectivos incisos.

Já em relação ao ato de improbidade por violação de princípios, a dinâmica legal adotada pela Lei nº 14.430/2021, estabelece o art. 11 como um tipo taxativo, com a descrição exata das condutas caracterizadoras da violação.

Segundo Neves “Na redação originária, o caput do art. 11 da LIA utilizava a expressão “notadamente”; com a reforma introduzida pela Lei nº 14.230/2021, a palavra foi substituída por “caracterizada por uma das seguintes condutas”²⁰⁹.

O autor Marçal Justen Filho, assevera que a palavra “notadamente” indicava a ausência de cunho exaustivo das condutas referidas. Com a alteração, uma conduta que não se submeta às hipóteses dos incisos é destituída de tipicidade.

Nessa perspectiva, a partir da publicação da Lei n. 14.230/2021, não mais se permite a configuração da prática de ato de improbidade administrativa, apenas pela violação aos princípios gerais estabelecidos no caput do art. 11, restringindo-se sua ocorrência apenas às condutas atualmente detalhadas nos seus incisos.

Nesse sentido, extrai-se trecho da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] Não é mais possível impor a condenação pelo artigo 11 da LIA, a não ser que a conduta praticada no caso concreto esteja expressamente prevista nos incisos daquele dispositivo, haja vista que a nova redação trazida pela Lei 14.230/2021 adotou, no caput, a técnica da previsão exaustiva de condutas. No caso concreto, a conduta imputada aos recorridos - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência - não figura entre aquelas elencadas no art. 11 da Lei 8.429/1992, na sua nova redação.²¹⁰

²⁰⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 35-36.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1453857 AgR/RJ. Relator: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 21 fev. 2024. Publicação em 06 mar. 2024. Órgão julgador: Primeira Turma.

Na visão de Capez, a modificação introduzida pela legislação foi assertiva, ao passo que “No Estado Democrático de Direito, do qual decorrem a segurança jurídica, a legalidade e a tipicidade, não cabe às normas principiológicas a tarefa de tipificar os atos de improbidade administrativa [...]”²¹¹.

Nessa conjuntura, a partir da redação dada ao art. 11 da Lei nº 14.230/2021, reprisa-se que não mais se permite o enquadramento do ato de improbidade consubstanciada apenas nos princípios previstos no caput. Essa alteração deve apresentar, ao longo dos anos, grande impacto no âmbito jurisdicional.

A fim de parametrizar o contexto atual das condenações por ato de improbidade administrativa, foi extraído um levantamento do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, do Conselho Nacional de Justiça, que contempla as condenações transitadas em julgado até 2023, no qual demonstra que as decisões por ato de improbidade fundamentavam-se, primordialmente, pela capitulação legal prevista no art. 11, da Lei nº 8.429/92, ou seja, pela violação de princípios da administração pública.

Apresenta-se, a seguir, um gráfico elaborado a partir dessas informações, no qual se evidencia as proporções das condenações por ato de improbidade administrativa transitadas em julgado, a partir das capitulações legais previstas nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92:

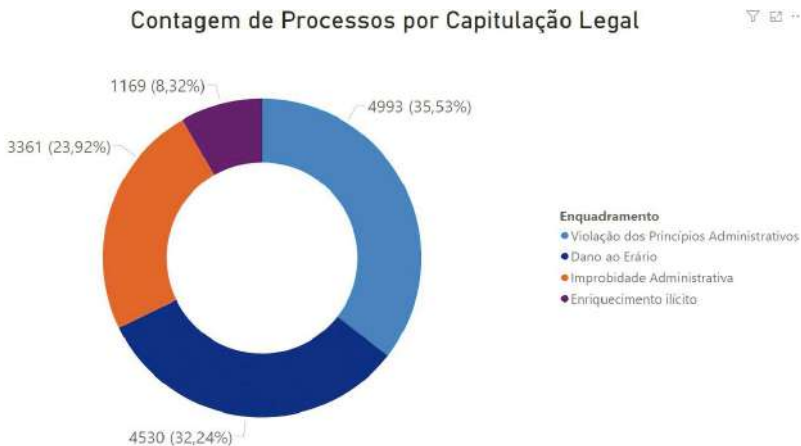


Figura 1 – Contagem de Processos por Capitulação Legal

²¹¹ CAPEZ, Fernando. Nova Lei de Improbidade Administrativa: Limites Constitucionais. 3. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

Os dados já tratados e consolidados foram coletados do Instituto Base de Dados, a partir da extração das informações já alimentadas e classificadas no Cadastro Nacional de Condenados por Improbidade Administrativa do Conselho Nacional de Justiça.

As condenações por improbidade obtidas da base de dados são ramificadas em extensas classificações por assunto. A presente pesquisa se ateve à contagem de condenações por ato de improbidade administrativa transitada em julgado a partir da classificação por “assunto 1”, do qual se obteve o levantamento exemplificado acima.

Reforça-se que a base de dados obtida já possuía o enquadramento das condenações com base nos temas: violação dos princípios administrativos (art. 11 da LIA), dano ao erário (art. 10) e enriquecimento ilícito (art. 9º). Ao realizar a filtragem das condenações, obteve-se o panorama acima, no qual cerca de 35,53% das condenações por improbidade administrativa estão consubstanciada no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Em relação as condenações enquadradas de forma genérica como “improbidade administrativa”, constante no gráfico acima, não foi possível verificar a quais dispositivos as condenações se fundamentam (art. 9º, 10 e 11 da Lei), de modo que se optou por mantê-lo para subsidiar a demonstração dos dados.

A partir deste cenário, é perceptível que a generalidade do texto da Lei nº 8.429/92 permitia o enquadramento de um ato de improbidade de forma conjunto nos artigos 9º, 10 e 11, ao passo que, intrinsecamente ao causar dano ao erário ou enriquecimento ilícito, implicitamente o gestor estaria infringindo os princípios que regem a administração pública, situação esta que, a partir da Lei nº 14.230/21, tende a ser modificada tendo em vista a necessidade de enquadramento específico no rol do art. 11 da LIA, e não mais no caput.

Ainda que não se possua um panorama consolidado acerca dos impactos a partir da mudança da legislação em razão do curto tempo de vigência, foi divulgado em julho de 2024, um relatório do Movimento Pessoas à Frente que revelou um impacto significativo das mudanças trazidas pela Lei nº 14.230/21.²¹²

²¹² MOVIMENTO PESSOAS À FRENTE. Balanço sobre a alteração da Lei de Improbidade Administrativa: análise a partir dos dados do Conselho Nacional de Justiça. Nota técnica, 2024. Disponível em: <https://movimentopessoasafrente.org.br/wp-content/uploads/2024/07/balanco-sobre-a-alteracao-da-lei-de-improbidade-administrativa.pdf>. Acesso em: 22 set. 2024.

Com base em dados do DataJud, sistema do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o levantamento apontou que as ações judiciais caíram 42% desde a implementação da nova legislação.

A análise utilizou informações do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, abrangendo o período de 1995 até fevereiro de 2024. Durante esse intervalo, foram contabilizados 53.051 registros de condenação, dos quais 23.811 (44,9%) estão relacionados à improbidade administrativa.

Apesar da queda expressiva no número de ações, o relatório destacou que ainda é cedo para avaliar com precisão o efeito da nova lei sobre o desfecho das condenações e absolvições. Como a legislação está em vigor há pouco tempo, ainda não há dados suficientes para concluir se o número de condenações diminuirá de forma proporcional à queda das ações judiciais.

Essa redução nas ações pode ser explicada, em parte, pela nova exigência de comprovação de dolo para que se configure o ato de improbidade, o que torna mais criteriosa a abertura de processos. Contudo, os impactos concretos sobre condenações e absolvições só poderão ser avaliados com o passar do tempo.

6. CONCLUSÃO

A partir da presente abordagem, é possível compreender que as mudanças introduzidas a partir da vigência da Lei nº 14.230/21 foram significativas e apresentam impactos importantes na esfera jurisdicional.

A corrente majoritária compreende que as inovações foram implementadas com o objetivo de assegurar maior segurança jurídica nas decisões judiciais, evitando decisões arbitrárias e desarrazoadas, buscando maior eficácia e celeridade nas tramitações dos processos judiciais, ao passo que o enquadramento na Lei de Improbidade torna-se restrito às situações de nítida má-fé e efetivo dano ao erário, sem margem para interpretações fundamentalmente principiológicas.

Entretanto, uma perspectiva crítica emerge entre os juristas que veem essas mudanças como uma brecha para a impunidade, ao passo que a demonstração do elemento subjetivo pode se revelar uma tarefa complexa, aumentando a possibilidade de não responsabilização de atos que, embora causem lesão ao erário, não impliquem em imediata caracterização do elemento subjetivo (dolo).

Nesse cenário, considerando o pouco tempo de vigência da legislação, é provável que novos desdobramentos sobrevenham a medida que situações concretas sejam levadas ao judiciário.

O desafio no atual contexto consiste em equilibrar os mecanismos de controle e responsabilização por atos ímprobos, assegurando a proteção dos direitos individuais dos administradores, sem perder de vista o objetivo macro da administração pública atrelado a satisfação dos interesses da coletividade.

Por fim, ressalta-se que o presente artigo não pretende esgotar a temática relacionada as repercussões a partir da mudança da Lei de Improbidade Administrativa, mas contribuir para compreensão das principais modificações dentro do contexto social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. Curso de Direito Administrativo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 22 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 940.629/DF. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma, julgado em 26 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 843989/PR. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Plenário, julgado em 18 ago. 2022. Repercussão Geral - Tema 1.199.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1453857 AgR/RJ. Relator: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 21 fev. 2024. Publicação em 06 mar. 2024. Órgão julgador: Primeira Turma.

BISSOLI, Leonardo. Controle da corrupção e discricionariedade: os meios de accountability dos agentes públicos e as licitações e contratações públicas. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002890314>, Acesso em: 10 set. 2024.

CAPEZ, Fernando. Nova Lei de Improbidade Administrativa: Limites Constitucionais. 3. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: Kindle. Acesso em: 10 set. 2024

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2022.

CAVALCANTE, Luiz Ricardo Mattos Teixeira. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 12, n. 1, p. 82-96, jan./jun. 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/alesk/Downloads/digitalpub,+a06.pdf. Acesso em: 10 set. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Zênite*. Publicado em 31 de agosto de 2020. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle/>. Acesso em: 20 set. 2024.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Número 71, 2016. Disponível em: <http://www.Direito-doestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-Direitoadministrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 22 set. 2024.

DANTAS, B. O risco de infantilizar a gestão pública. *GGN*, 2018. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/gestao-publica/o-risco-de-infantilizar-a-gestao-publica-por-bruno-dantas/>. Acesso em 23 jan. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89.

MENDONÇA, Matheus Santos; CARVALHO, Matheus Silva de. A nova lei de improbidade administrativa: reflexões a partir do fenômeno do chamado “apagão das canetas”. *Revista Avant*, v. 6, n. 1, 2022. ISSN 2526-9879. Florianópolis, SC.

MOVIMENTO PESSOAS À FRENTE. Balanço sobre a alteração da Lei de Improbidade Administrativa: análise a partir dos dados do Conselho Nacional de Justiça. Nota técnica, 2024. Disponível em: <https://movimentopessoasafrente.org.br/wp-content/uploads/2024/07/balanco-sobre-a-alteracao-da-lei-de-improbidade-administrativa.pdf>. Acesso em: 22 set. 2024.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 03

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P.275-277.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

TOURINHO, Rita. O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso?. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 84, p. 147-169, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/171914>. Acesso em: 22 set. 2024.

Enviado em 23.09.2024.

Aprovado em 27.02.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

A APLICABILIDADE, ÀS CONCESSÕES, DO PRAZO MÁXIMO DE CONTRATOS TRAZIDO PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Eduardo Felipe Heinemann Gassenferth²¹³

Resumo: O presente trabalho, conduzido a partir de uma metodologia dedutiva por meio de pesquisa exploratória na bibliografia e na legislação nacional, problematiza a interpretação da aplicabilidade, às concessões de serviços e obras públicas, do prazo máximo dos contratos trazido pela nova Lei de Licitações e seu potencial prejuízo à viabilidade de projetos de concessão. O estudo parte da análise das discussões legislativas prévias à sanção da Lei de Concessões e dos posicionamentos doutrinários. Ao final, o trabalho constata a incompatibilidade entre a legislação própria das licitações e contratos administrativos e a legislação específica de concessões de serviços e obras públicas.

Abstract: The present paper, conducted using a deductive methodology through exploratory research in the bibliography and national legislation, problematizes the interpretation of the applicability of the maximum term of agreements introduced by the new Law of Bidding to concessions of public services and public works and its potential harm to the viability of concession projects. The paper is based on the analysis of the legislative discussions prior to the sanction of the Concessions Law and the doctrinal positions. In the

²¹³ Advogado. Servidor Público do Município de Joinville. Trabalha com estruturação de projetos de concessões e PPPs na Prefeitura de Joinville. Possui a certificação internacional CP3P-F, emitida pela APMG. Membro da Comissão de Direito do Desenvolvimento e Infraestrutura da OAB/SC e da Comissão de Parcerias Público-Privadas da OAB/SC. E-mail: egassenferth@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0285521764598262>

end, the study finds the incompatibility between the legislation specific to public bidding and administrative contracts and the specific legislation on concessions of public services and public works.

Palavras-Chave: contratos de concessão; prazo máximo; poder público; lei de licitações.

Keywords: concession agreement; maximum term; public authority; law of bidding.

Sumário: 1. Introdução; 2. O objetivo do legislador na Lei de Concessões. 3. A posição doutrinária quanto ao prazo máximo de concessões; 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A sanção da Lei Federal nº 14.133/2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e que revoga a Lei Federal nº 8.666/1993, para alguns trouxe também uma dúvida: teria o seu artigo 110²¹⁴, eficácia no caso de concessões de serviços públicos e de obras públicas das permissões de serviços públicos, regidas pela Lei Federal nº 8.987/1995 (também conhecida como Lei de Concessões)? Afinal, tanto a Lei de Concessões não define qualquer tipo de prazo máximo das concessões, como da mesma forma a antiga legislação sobre licitações também não o previa. Dessa forma, a interpretação majoritária era da inexistência de prazo máximo definido em lei para os contratos de concessão.

A Lei de Concessões apenas determina que o poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato contendo o prazo da concessão

²¹⁴ Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de: I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento; II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato (BRASIL, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

ou permissão²¹⁵; que o edital de licitação conterá o prazo da concessão²¹⁶; e que é cláusula essencial do contrato de concessão, dentre outras, a relativa ao prazo da concessão²¹⁷. No entanto, não estipula prazo máximo.

Por outro lado, a Lei Federal nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios²¹⁸, estipula prazo máximo de 35 anos para os contratos de parceria público-privada²¹⁹.

²¹⁵ Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo. (BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²¹⁶ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: I - o objeto, metas e prazo da concessão; (BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²¹⁷ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; (BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²¹⁸ Por parceria público-privada entende-se o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, nos termos do artigo 2º da referida lei. O §1º deste artigo acrescenta ainda que “concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. A definição de concessão administrativa está no parágrafo seguinte: “§2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. Por fim, o legislador optou por deixar bastante clara a diferença com relação à concessão comum, ao adicionar o §3º: “não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²¹⁹ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o

Com a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, a similaridade da definição do artigo 110 com os contratos de concessão motivou que alguns juristas apontassem a sua semelhança²²⁰ - e por consequência uma possível aplicabilidade. Como a revogada Lei Federal nº 8.666/1993 não trazia dispositivo similar, que pudesse ser interpretado como prazo máximo nos contratos de concessão, esta inserção causou dúvidas que devem ser resolvidas. Esta interpretação pode ser bastante danosa à Administração, por limitar a execução de projetos que possivelmente seriam viáveis apenas com prazos maiores de concessão.

A fim de dirimir qualquer dúvida existente, o presente artigo analisa não apenas o posicionamento doutrinário e a interpretação literal da lei, mas também buscando decifrar a intenção do legislador ao omitir-se com relação ao prazo na Lei de Concessões e à inserção do disposto na nova Lei de Licitações.

2. O OBJETIVO DO LEGISLADOR NA LEI DE CONCESSÕES

O debate a respeito da criação da Lei de Concessões origina-se desde antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal de 1967 já previa a criação de lei que disciplinasse as concessões de serviço público²²¹:

Art 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; (BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²²⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes et al. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 187. Disponível em: https://www.zeniteeventos.com.br/uploads/produtos/2aEdicao_NovaLeideLicitacoeseContratosAdministrativos_JoelMenezesNiebuhr.pdf. Acesso em: 17 ago. 2024.

²²¹ BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

No entanto, a lei nunca foi criada na vigência da Constituição de 1967. Em 1988, a Constituição previu novamente a criação de lei específica para disciplinar a prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão, a fim de resguardar o interesse público. Desta vez, busca também evitar concessões outorgadas sem licitação, sem prazo contratual definido ou que, por serviços por vezes de baixa qualidade ou a preços não módicos, não atendiam a finalidade de boa prestação dos serviços públicos à população. Ainda deu lugar de destaque ao contrato de concessão²²²:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

As inovações trazidas na Constituição motivaram cobranças da sociedade e da imprensa pela regulamentação dessas novidades²²³, e as concessões de serviço público não ficaram alheias a esta cobrança.

²²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

²²³ “Já vem de muito o clamor nacional pelo aumento da eficiência na prestação de serviços públicos, quer com respeito àqueles executados diretamente por órgãos estatais, quer no que concerne aqueles cuja execução é transferida a particulares. Do mesmo modo, já é longa a história da insuficiência crônica de recursos públicos para atender as necessidades da população brasileira ou relatos e comprovações de má aplicação dos recursos arrecadados do sofrido contribuinte.

“Diante de tal quadro, a outorga de concessões de serviço, pelo Poder Público, a particulares, coloca-se como um meio eficaz de redirecionamento da aplicação de recursos públicos, ao mesmo tempo em que a Administração reserva a si o poder de regulamentar os serviços concedidos. Do mesmo modo se colocam as concessões de obras, através das quais o combalido

Em 18 de outubro de 1990 o então Senador Fernando Henrique Cardoso apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 179, de 1990, que dispunha “sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no artigo 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública”²²⁴

O Projeto de Lei, em sua origem, também não trazia prazo máximo para as concessões de serviço público. Valorizava, como valorizava a norma constitucional, o poder do contrato de concessão, delegando a este a definição do prazo:

Art. 5º A concessão de serviço público será formalizada mediante contrato.

(...)

Art. 12. São cláusulas essenciais do contrato de concessão:

I - o objeto, a área e o prazo da concessão;

Estes artigos não sofreram alterações no Senado, e o projeto de lei foi enviado à Câmara dos Deputados, em sua versão final, em 11 de junho de 1992. Lá, tramitou como Projeto de Lei nº 202 de 1991.

Em paralelo ao Projeto de Lei nº 202, de 1991, outros projetos que versavam sobre concessões de serviços públicos foram apresentados, em diferentes níveis de complexidade e de diferentes setores. Todos, no entanto, foram apensados ao projeto aqui em debate. Um destes projetos era o Projeto de Lei nº 1.055, de 1991, do então Deputado Federal Irani Barbosa. Neste era previsto o prazo de 5 anos para a outorga de concessão ou permissão²²⁵, o que não foi inserido no projeto principal.

erário é substituído, no papel de financiador de obras públicas e no papel de receptor das tarifas ou preços gerados pelos serviços, por ágeis empreendedores privados.” (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 18)

²²⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 2-8.

²²⁵ Art. 6º - A concessão ou permissão deverá ser outorgada pelo prazo de 5 (cinco) anos. (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição,

O Deputado Federal José Carlos Aleluia, relator do projeto de lei na Câmara dos Deputados, apresentou em 21 de maio de 1992, o substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei oriundo do Senado Federal²²⁶. Neste substitutivo, o artigo 5º assim previa:

Art. 5º. O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo, que não poderá ser superior a trinta anos.

É a primeira vez - salvo o projeto de lei apresentado pelo Deputado Federal Irani Barbosa - que é trazido ao debate prazo máximo para as concessões. O substitutivo complementa ainda:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão, no que for aplicável, as relativas:

(...)

XII - às condições para prorrogação do contrato, que poderá ser feita por um único período, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluindo a prorrogação, não exceda cinquenta anos;

A concessão teria como limite máximo então, naquela proposta, o prazo de 30 anos e admitindo prorrogação por mais 20 anos, totalizando 50 anos. Ainda que em seu relatório houvesse a devida justificativa a uma série de alterações no projeto de lei vindo do Senado, nada justificou o relator a respeito da inserção de prazo.

Ao substitutivo da Câmara foram apresentadas 140 emendas, na própria Câmara dos Deputados, algumas das quais dizem respeito ao prazo máximo das concessões. A primeira destas é a Emenda 4²²⁷, visando suprimir a expressão “por um único período” do inciso XII do artigo 23, com a seguinte justificativa:

e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 98).

²²⁶ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 129.

²²⁷ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>.

A determinação na futura lei, de que a prorrogação só poderia acontecer por um único período não tem sentido, a de não ser que se pretende deixar o poder concedente se alternativa para melhor dispor do prazo máximo de 20 anos para prorrogar os contratos vincendos. Ora, se a concessão inicial não pode ser superior a 30 anos (Art. 5º) e a sua prorrogação maior do que 20 anos - porque o prazo total não pode exceder a 50 anos - está havendo uma preocupação exagerada e prejudicial ao interesse do Poder Concedente (público), pois sem dúvidas, haverá muitos casos em que ao poder público convirá mais, prorrogar parcela e sucessivamente o prazo limite de prorrogação que é de 20 anos.

Tal emenda foi rejeitada posteriormente, por ter redação similar à Emenda 42, que foi acolhida.

Versando sobre o mesmo inciso, a Emenda 30 mantinha o prazo máximo de 50 anos após a prorrogação por único período, mas excluía as concessões regulamentadas por legislação específica anterior à Lei das Concessões. Também foi rejeitada, pela mesma razão da emenda anterior: o acolhimento da Emenda 42.

Debate idêntico ao da Emenda 4 ocorreu na Emenda 42²²⁸, suprimindo a obrigação de que a renovação seja feita uma única vez, com a justificativa: “Nem sempre haverá conveniência do poder público em promover uma única prorrogação por um espaço de tempo tão elástico, o que lhe permite aferição da qualidade do serviço em menores períodos dependendo da característica do serviço concedido”.

Esta emenda foi admitida, acolhendo os argumentos apresentados.

A Emenda 62²²⁹, diferentemente das anteriores, visava suprimir no artigo 5º a expressão de que não poderá ser superior a trinta anos. A justificativa foi que:

www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 138.

²²⁸ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 147.

²²⁹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição,

A limitação a trinta anos do prazo máximo de uma concessão não se justifica. Serviços de vulto e obras de grandes proporções, que exigem investimento de grande capital, a serem prestados e executados sob regime de concessão, podem revelar-se incompatíveis com prazos de no máximo trinta anos. O prazo máximo deve ser fixado em edital de licitação, guardando proporcionalidade com o vulto do empreendimento, de sorte a assegurar a amortização plena do capital a ser investido e possibilidades de lucro razoável ao concessionário.

Merece destaque, contudo, por ser a primeira que visava remover o prazo máximo definido em lei, vinculando o prazo da concessão ao tempo necessário para amortização plena do capital investido e pelas possibilidades de lucro razoável ao concessionário - em outras palavras, a garantia de atratividade para que o privado invista o capital neste projeto em detrimento de outros investimentos.

Esta emenda foi posteriormente acolhida, corroborando com a justificativa apresentada, “de que cada tipo de serviço, precedido ou não de obra pública, deve ter fixado o prazo da concessão de acordo com o tempo necessário a amortização dos investimentos utilizados”.

A Emenda 70 visava alterar todo o texto do projeto de lei, e em seu artigo 4º trazia uma alteração importante em relação ao projeto de lei debatido na Câmara:

Art. 4º - Toda concessão dependerá de lei específica, que a autorize e lhe fixe os termos, e será instruída com justificativa de existência de interesse público para a outorga de concessão e de avaliação de seus impactos econômicos, sociais, jurídicos e ambientais.

Parágrafo 1º - A lei autorizativa da concessão caracterizará seu objeto, definirá o prazo da sua validade, estabelecerá as condições de execução, remuneração, fiscalização e extinção, assim como as diretrizes para o edital e para o regulamento do serviço e exploração de obra, a ser baixado pelo poder concedente.

(...)

Art. 14 - São cláusulas essenciais do contrato de concessão:

I - o objeto, a área e o prazo de concessão;

e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 152.

Nos artigos citados a emenda deixaria o projeto bastante parecido com o projeto de lei na versão oriunda do Senado, bem como na redação atual da lei. Porém, esta emenda também foi rejeitada, mas em razão de ir contra o conceito de remuneração do serviço previsto no projeto de lei então em apreço.

Após a análise de todas as emendas, o relator emitiu seu parecer a respeito delas, explicando a busca por acolher ao máximo de emendas apresentadas que não fossem de encontro ao escopo da proposta original. Neste parecer, um trecho merece destaque²³⁰:

Pretendo fazer alguns comentários sobre o substitutivo. Mantém, como disse, as linhas gerais do substitutivo anterior. Portanto, estabelece as normas gerais para concessão de serviço público, concessão de serviço público precedida de obra pública e permissão de serviço público. Procuramos colocar muita ênfase na figura do contrato, na medida em que a prática brasileira neste particular é de não dar muito valor aos contratos. Se formos olhar não só na esfera do Governo Federal, mas nos Estados e, sobretudo, nos Municípios, é grande o número de concessões e permissões todas sem lei, sem contrato e sem instrumento que estabeleça as obrigações e os direitos entre as partes.

Ainda que no parecer o relator não tenha mencionado expressamente as alterações quanto ao prazo máximo instituído em lei, o novo substitutivo apresentado, que foi consolidado como a redação final do projeto de lei na Câmara, reforçou a importância do contrato e do edital de licitação, e retirou as definições de prazo máximo dos contratos de concessão, conforme se vê²³¹:

Art. 4º - A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que

²³⁰ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 179.

²³¹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 193.

deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

Art. 5º - O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

(...)

Art. 18 - O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

I - os objetivos, metas e prazo da concessão;

(...)

Art. 23 - São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

A redação final do projeto de lei na Câmara foi aprovada em Plenário na sessão de 10 de junho de 1992, e retornou ao Senado, onde novamente foram propostas uma série de emendas. Entretanto, as emendas propostas discutiam em sua maioria a inclusão das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica na lei geral. Nenhuma das emendas visava definir em lei o prazo máximo das concessões. Após todos os debates, a redação final dos artigos acima citados se manteve a mesma, sendo a Lei então sancionada pelo Presidente da República.

Da leitura de todo o processo de discussão da lei, é evidente a vontade do legislador em não estipular em lei prazo máximo para a concessão de serviços públicos. Isto decorre, como visto, do maior valor dado ao contrato e ao edital de licitação, elaborados especificamente para cada projeto, e que trarão todas as diretrizes necessárias para a perfeita execução do objeto. Nestas diretrizes constará o prazo máximo da concessão, que guardarão proporcionalidade com o vulto do empreendimento e assegurarão tanto a amortização plena, durante a concessão, do capital a ser investido pelo privado como a atratividade do projeto ao investidor em detrimento de outros.

3. A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUANTO AO PRAZO MÁXIMO DAS CONCESSÕES

A doutrina é dominante na tese de que não há prazo máximo definido em lei geral para as concessões de serviço público - porque de fato não há.

Contudo, não se argumenta em possível silêncio da lei, e sim no fato de que os investimentos realizados com capital privado devem ser amortizados ao longo da concessão, e por isso não é possível fixar um prazo máximo.

Carlos Oliveira Cruz e Joaquim Miranda Sarmento escrevem exatamente nesta linha²³²:

A definição do período da concessão resulta de um trade-off entre 1) garantir que a duração do contrato é suficiente para permitir a recuperação integral dos custos e 2) da remuneração adequada ajustada ao perfil de risco do projeto. Isto é, incorpora a perspectiva do setor privado de que é necessário assegurar o equilíbrio econômico do contrato, tendo tempo suficiente para recuperar o capital investido e atingir a rentabilidade esperada.

Por outro lado, não pode ser desnecessariamente longa, impedindo, por um período superior ao necessário, a concorrência e trazendo ganhos adicionais ao parceiro privado (e porventura considerados como “rendas excessivas” - ver capítulo 13). Tal significa que, recuperado o capital investido e atingida a rentabilidade esperada, o contrato deve terminar.

Na conceituada obra “Direito dos Serviços Públicos”, Alexandre Santos de Aragão²³³ adota o mesmo raciocínio, condenando também a inexistência de prazos contratuais de concessão, como era comum no passado:

A Lei nº 8.987/1995 não fixa prazo máximo para os contratos de concessão, mas eles devem ter prazos determinados, sendo inconstitucional a sua prorrogação diretamente por lei, e, ainda que feita pela Administração, exige-se que a prorrogação atenda a requisitos objetivos prefixados ou simplesmente seja instrumento de recomposição da equação econômico-financeira. “A perenização ou perpetuidade da concessão equivaleria a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão.”

Vejamos também o que escreve Egon Bockmann Moreira²³⁴:

²³² CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. Manual de Parcerias Público-Privadas e concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 298.

²³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 552.

²³⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995: (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 131.

Também prevista no inciso I do art. 2º da Lei 8.987/1995, a expressão “prazo determinado” dá tom fundamental às concessões comuns de serviço público. O contrato de concessão exige a estipulação prévia de marco inicial e termo: a outorga do serviço público mede-se em lapsos certos. Devido ao dispositivo legal em comento, no regime jurídico brasileiro não existem concessões de serviço público *ad aeternum* ou com prazo incerto (precárias). Mas há outro motivo: sem esses dados cronológicos não é possível fazer as projeções dos investimentos (amortização e rentabilidade), da execução dos serviços e da entrega dos bens reversíveis. Também por isso o prazo é determinado, pois a dúvida cronológica implicaria a precariedade do contrato. Isso, contudo, não importa dizer que esse prazo é inflexível ou imutável.

É possível verificar que este posicionamento é bastante sólido na doutrina. Para uma última leitura sobre este ponto, Flavio Amaral Garcia²³⁵ traz a mais completa das fundamentações²³⁶:

No entanto, um elemento se faz presente em todo e qualquer contrato de concessão, pondo-se como de especial relevância no contexto dos contratos duradouros e da sua intrínseca mutabilidade: o prazo. A definição da duração do contrato de concessão guarda direta relação com o equilíbrio econômico-financeiro e os aspectos concorrenciais, podendo, se equivocadamente dimensionada, vulnerar o direito subjetivo dos demais operadores econômicos e causar prejuízos ao atendimento do interesse público. Como já referido, delinear o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é tarefa bem mais complexa do que nos demais contratos administrativos (obras, serviços, fornecimento), sendo muitas as variáveis que compõem a sua equação, a saber: o volume de investimentos, os riscos do negócio, os custos envolvidos (de oportunidade e administrativo), o fluxo de caixa do empreendimento e - no que interessa mais detidamente ao aprofundamento neste item - o prazo necessário para amortização dos aportes financeiros

²³⁵ GARCIA, Flavio Amaral. A mutabilidade nos contratos de concessão. 2. ed., rev., atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 254-255.

²³⁶ Flavio Amaral Garcia (p. 258) traz ainda um aspecto curioso no Direito Português, que corrobora com a tese: “a diretriz mais importante referente à fixação dos prazos é a sua correta correlação com a amortização dos investimentos, fato que conferente à entidade adjudicante liberdade na sua delimitação a partir dos encargos e investimentos que serão exigidos de operadores econômicos.”

alocados ao projeto. Por conseguinte, o prazo de cada contrato de concessão não se desvincula das demais variáveis que integram o núcleo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, configurando elemento que pode variar significativamente, a depender da natureza do projeto, das escolhas públicas de ordem financeira, política, social e técnica, além das características intrínsecas de cada segmento econômico. Apenas após os estudos técnicos e as projeções econômicas realizadas em momento *ex ante* da contratação é que será possível definir, com exatidão, o prazo contratual suficiente que permita a viabilização econômica, técnica e financeira do projeto, com a fixação do lapso temporal necessário à amortização dos investimentos aportados pela sociedade empresária. O prazo nos contratos de concessão não pode ser fixado aleatoriamente ou, mesmo, orientado por critérios que se afastem da equação dinamizada pelos vetores dos investimentos e custos alocados no projeto e o tempo necessário para sua amortização. (...) A utilização da expressão “prazo suficiente” tem por objetivo sinalizar que o prazo precisa ser aquele estritamente necessário para assegurar o legítimo direito do concessionário na amortização dos seus investimentos e na percepção do lucro justo. A suficiência do prazo nos contratos de concessão é indispensável para afastar graves malefícios que possam decorrer de eventual equívoco ou imprecisão na sua fixação. Caso o prazo seja maior do que o estritamente necessário para a amortização dos investimentos, cria-se um privilégio injustificável para a sociedade empresária contratada, que passa a explorar o objeto com expectativas de obtenção de lucro que tornam o serviço ou a infraestrutura pública um veículo de maximização indevida dos seus ganhos. O dimensionamento alongado do prazo também presta um desserviço ao interesse público, impedindo à sociedade e aos usuários o acesso a um novo projeto e a competição entre novos operadores econômicos e entrantes no mercado. É evidente, nesse caso, a violação ao princípio da concorrência. Pouco importa se a sociedade empresária estava cumprindo, ou não, de forma eficiente o contrato. O prazo excessivo e descasado desproporcionalmente do volume de investimentos, estendendo além do razoável o vínculo com o concessionário, afeta o direito subjetivo dos demais operadores econômicos no acesso às contratações públicas. Não há dúvidas de que em casos como esses o maior equívoco é cometido pelo próprio poder concedente, porque é, afinal, responsável pelos estudos, pelas projeções e pela definição do prazo. Acarreta-se,

subsequentemente, um problema jurídico complexo no caso de posterior pretensão de desconstituição do vínculo: o contrato é um ato jurídico perfeito, e, portanto, gerador de um efeito estabilizador entre as partes.

Este recorte sela a discussão, evidenciando a impossibilidade de que lei geral fixe prazos máximos para as concessões, uma vez que estes prazos estão intimamente ligados com os estudos técnicos e projeções econômico-financeiras realizadas na modelagem do projeto. É comum que prazos de até trinta anos sejam suficientes na maioria das concessões, mas não se pode ignorar a possibilidade de que determinados projetos, que tragam necessidades elevadas de investimentos iniciais - a exemplo de projetos que envolvam restauro de edificações, construção de rodovias ou aumento significativo de sua capacidade, ou ainda que a demanda ou capacidade de pagamento dos usuários não seja tão elevada, como um estádio esportivo fora dos eixos tradicionais do esporte.

E a nova Lei de Licitações?

O número de publicações específicas da disciplina de concessões ainda é relativamente pequeno, e a maior parte das publicações é anterior à nova Lei de Licitações - que, como visto no capítulo introdutório, foi a partir da qual surgiram possibilidades de dúvidas com relação ao prazo máximo dos contratos. Além disso, a concessão de serviço público ou de obra pública é muitas vezes trabalhada por juristas diversos dos que trabalham com licitações e contratos administrativos *per se*. Assim, as especificidades daquele tema podem não ser levados em consideração pelos que aplicam e estudam apenas a Lei de Licitações.

Três autores trazem pistas importantes ao debate. O primeiro deles é Sidney Bitencourt²³⁷, que comenta em sua obra todos os artigos da nova Lei de Licitações. Quando comenta sobre os contratos que gerem receita, nos termos do artigo 110 da referida lei, assim escreve:

Há situações em que a contratação não gera dispêndio para a Administração, mas sim, receita. Vide, inclusive, que a alínea “e” do inc. II do art. 76 enquadra como licitação dispensada a hipótese

²³⁷ BITENCOURT, Sidney. Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando, artigo por artigo, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

de venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades.

O autor não exemplifica o que são os contratos que geram receita para a Administração, mas exemplifica com o caso de venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades.

Um contrato de concessão não pode ser considerado necessariamente como um contrato que gere receita, pois esta não é a finalidade do contrato. Existem os contratos nos quais o poder concedente recebe, além do valor a título de outorga fixa²³⁸, um valor a título de outorga variável ou de compartilhamento de receitas. Neste caso, a função da outorga variável ou compartilhamento de receitas é principalmente para compensar o poder concedente em relação à exploração comercial de empreendimento de sua titularidade (e explorado pelo concessionário), e para servir de incentivo à prestação de serviço de excelência. Entretanto, como dito, a geração de receitas à Administração não é a finalidade principal do contrato de concessão, e sim uma externalidade.

A nova Lei de Licitações também dispõe, em seu artigo 112, que “os prazos contratuais previstos nesta Lei não excluem nem revogam os prazos contratuais previstos em lei especial”²³⁹. Como já visto, a Lei de Concessões não traz um prazo específico, e sim determina que os contratos disponham sobre. Desta leitura, é possível interpretar que, ainda que não haja um prazo único expresso em lei especial, há uma lógica prevista na lei especial: a da vinculação ao contrato - e por conseguinte ao projeto individualmente e seu respectivo equilíbrio econômico-financeiro. Não se trata de silêncio legal. Então, aplicando-se o raciocínio do artigo 112, de que não se exclui nem se revoga o prazo contratual previsto em lei especial, conclui-se que não foi o desejo do legislador aplicar o prazo do artigo 110 às concessões regidas pela Lei de Concessões. Ademais, se assim o fosse, teria ele expressamente alterado a Lei de Concessões, tal como o fez ao inserir a modalidade de

²³⁸ A outorga fixa em contratos de concessão tem como principais finalidades servir como critério de julgamento e seleção do licitante vencedor, bem como para balancear a Taxa Interna de Retorno do projeto a fim de não trazer vantagem excessiva ao privado.

²³⁹ BRASIL, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em 17 ago. 2024.

diálogo competitivo como possibilidade de modalidade de licitação para as concessões²⁴⁰.

Leandro Sarai²⁴¹ traz exemplos do que poderiam ser contratos que gerem receita, sem mencionar as concessões de serviço público - apenas as concessões de uso de bem público, que já não são regidas pela Lei de Concessões:

Com relação aos contratos que geram receitas, obviamente a Administração não precisará despende recursos para seu financiamento; ao revés, é a Administração que será remunerada pelo particular. Citem-se como exemplos os contratos para operacionalização de pagamentos a servidores públicos, no quais bancos remuneram a Administração pelo direito de operar o pagamento da folha de salários do órgão; ou os contratos de concessão de uso de espaço na sede do órgão público para instalação de um restaurante destinado aos seus servidores. Consequentemente, torna-se desnecessária qualquer previsão orçamentária para custear o contrato, já que não haverá nenhuma despesa a ser custeada. Em verdade, o contrato será fonte de recursos.

O mesmo autor evoca a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o Decreto-Lei nº 4.657/1942, para afastar a aplicação dos prazos da Lei de Licitações às demais normas sem que expressamente as tenha modificado ou revogado²⁴²:

²⁴⁰ Art. 179. Os incisos II e III do caput do art. 2º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 2º [...] II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado” (NR) (BRASIL, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²⁴¹ SARAI, Leandro. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos / organizado por Leandro Sarai. 4.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 1321.

²⁴² SARAI, Leandro. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos. 4.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 1325-1326.

O art. 12 da nova Lei de Licitações, ao estabelecer que os prazos nela previstos “não excluem nem revogam prazos contratuais previstos em lei especial”, padece de absoluta inutilidade. Ora, prazos específicos previstos em lei especial são regras, com o perdão pela redundância, especiais, as quais, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não são afetadas pela lei posterior. Em seus termos, “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Assim, leis especiais, existentes ou que venham a ser editadas, permanecerão regendo seu objeto específico, inclusive quanto aos prazos. As leis cujos objetos foram inteiramente regulados pela nova Lei de Licitações foram por ela expressamente revogadas, como se lê em seu art. 193, II. Já as principais leis que se relacionam com o tema das licitações e contratos que não foram expressamente revogadas, mereceram previsão específica no sentido de que a nova Lei de Licitações a elas se aplicará apenas subsidiariamente, *ex vi* de seu art. 186, do que decorre que os prazos nelas previstos já não serão afetados pelas disposições da nova Lei.

O artigo 186 da Lei de Licitações que o autor comenta determina a aplicação subsidiária da Lei de Licitações à Lei de Concessões²⁴³. Todavia, como exposto, por não existir menção específica conclui-se pela não aplicabilidade do prazo da Lei de Licitações à Lei de Concessões.

O terceiro autor que traz também uma pista importante ao debate é Alexandre Santos de Aragão²⁴⁴:

Os prazos máximos gerais do art. 57 da Lei nº 8.666/1993 não são aplicáveis às concessões, já que o seu objetivo é evitar despesas sem previsão nas leis orçamentárias. Como as concessões via de regra não geram despesas, ao contrário, arrecadam valores de outorga, não se lhes aplicam. Todavia, as concessões que gerarem despesas ao poder público, ou serão regidas pela lei das PPPs, ou, de fato, não poderá ter descartada a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.666/1993.

²⁴³ Art. 186. Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010. (BRASIL, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 552.

Em ambas as hipóteses a Lei de Responsabilidade Fiscal também é, obviamente, aplicável.

O artigo citado, da revogada Lei Federal nº 8.666/1993 não tem relação direta com o artigo 110 da nova Lei de Licitações. Todavia, o destaque fica por conta de que a lei fixa prazo máximo dos contratos em razão de evitar despesas sem previsão orçamentária. E por não existir despesas à Administração num contrato de concessão comum, não há que se falar nessa fixação de prazo máximo em lei - não excluindo a lógica aqui apresentada, da necessidade de fixação de prazo máximo em contrato. Nas concessões onde há despesas pela Administração, chamadas de concessões administrativas e concessões patrocinadas (também conhecidas como parcerias público-privadas), há legislação própria e com prazo mínimo e máximo lá definidos na lei.

4. CONCLUSÃO

Ainda que a nova Lei de Licitações tenha causado dúvidas com relação à aplicabilidade do artigo 110 às concessões, o presente artigo demonstrou que não é possível aplicá-lo às concessões.

A Lei de Concessões tem uma lógica própria de definição de prazos de concessão: o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que permite a amortização dos investimentos necessários à concessão ao passo que dá uma remuneração justa ao concessionário. Esta remuneração não deve ser inferior ao que poderia se obter investindo o capital em outros projetos, somado a uma taxa de risco, nem excessiva a ponto de dá-lo vantagem excessiva em detrimento do interesse público. O prazo deve ser balanceado de modo a atingir esta finalidade. A Lei de Concessões também buscou garantir maior força e importância aos contratos, e por isso deu a estes o papel de regulamentar os direitos e obrigações das partes, bem como os aspectos fundamentais da execução do objeto - incluindo aí o prazo.

Cada projeto de concessão apresenta um cenário diferente. Enquanto em uns é possível de se prestar o serviço de forma adequada com um prazo de concessão de 10 ou 15 anos, em outros - ainda que mais raros - o prazo necessário pode ser superior a 35 ou a 50 anos. Desde que atendidos o interesse público por todo o tempo da concessão, não pode a Administração ser coibida de utilizar este instrumento caso os estudos de viabilidade demonstrem que esta somente será atingida em prazos contratuais maiores.

Como não há despesas públicas num projeto de concessão, diferentemente de parcerias público-privadas que são remuneradas por contraprestação ou aportes, não há qualquer dano ao erário em se fixar prazos maiores.

Não se deve ignorar, por fim, que independentemente de prazo, o interesse público deve ser sempre atingido nos contratos de concessão. A própria Lei de Concessões traz premissas necessárias para garantir o atingimento deste interesse público e da obtenção do serviço adequado. Para tanto, os estudos prévios à concessão devem ser cuidadosamente elaborados, garantindo também mecanismos de revisão ordinária e extraordinária dos contratos e indicadores de desempenho a serem perseguidos pelo concessionário. De qualquer forma, a fim de garantir uma maior segurança aos projetos de concessão, idealmente a Lei de Concessões deveria ser modificada no sentido de manter expressa a redação de que inexistem prazos máximos definidos em lei geral para as concessões as quais ela se refere, e que é a modelagem econômico-financeira do contrato que deverá determinar tais prazos. Da mesma forma, a Lei de Licitações deveria receber um parágrafo, em seu artigo 110, esclarecendo que os prazos neste artigo não são aplicáveis às concessões de serviço público regidas pela Lei de Concessões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BITENCOURT, Sidney. Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando, artigo por artigo, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em 17 ago. 2024.

BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição

Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/l eis/l8987cons.htm. Acesso em 17 ago. 2024.

BRASIL, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 17 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024.

CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. Manual de Parcerias Público-Privadas e concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GARCIA, Flavio Amaral. A mutabilidade nos contratos de concessão. 2. ed., rev., atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995: (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

SARAI, Leandro. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos / organizado por Leandro Sarai. 4.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

Enviado em 19.08.2024.

Aprovado em 10.02.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International Licence.

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

Rafael Schreiber²⁴⁵

Thiago de Oliveira Vargas²⁴⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

2.1. Concurso Público

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. O INQUÉRITO CIVIL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No processo TCE-20/00000201 os procuradores do município de Joinville foram notificados a responder o feito porque os técnicos primeiramente entenderam que essa percepção fracionada seria vedada e, por isso, irregular.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Há, portanto, um duplo benefício à Administração Pública.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. FRACIONAMENTO COMO MEDIDA ISONÔMICA E DE EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. O ENTENDIMENTO DA OAB/SC ACERCA DO TEMA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. CONCLUSÃO

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

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

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

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Enviado em 23.09.2024.

Aprovado em 27.01.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

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

Grasiela Grosseli²⁷⁸

Marília S. Bezerra²⁷⁹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1. Verba remuneratória x Verba indenizatória

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Enviado em 20.04.2024.

Aprovado em 04.07.2024.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

O NOVO CENÁRIO DAS APOSENTADORIAS EM IDADES CADA VEZ MAIS AVANÇADAS

Cristiane Vansuita²⁸²

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

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

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

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

Palavras-Chave: Aposentadoria; Expectativa de Vida.

Keywords: Retirement; Life expectancy.

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

2. EXPECTATIVA DE VIDA: NOVO CENÁRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 40. [...]

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

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

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

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

4. A GARANTIA DA ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO

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

Para Di Pietro, Motta e Ferraz²⁸⁸:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nos dizeres de Reinaldo Couto e Álvaro Capagio²⁹¹:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. OS PROGRAMAS DE PREPARAÇÃO PARA A APOSENTADORIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quanto à carreira profissional, Krznaric²⁹⁴, pensador cultural fundador da The School of Life e um dos mais importantes pensadores sobre estilo de vida do Reino Unido, escreveu que:

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

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

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

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

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

7. CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Enviado em 15.10.2024.

Aprovado em 07.02.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

NEGÓCIOS JURÍDICOS, FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E PERSPECTIVAS PARA OS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Leonardo Fortes Rocha Brizola²⁹⁹

Vitória Fischer Borges³⁰⁰

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

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

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

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

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

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

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

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³¹⁵ Classificação proposta por Edilson Vitorelli.

³¹⁶ COORDENAÇÃO DE COMISSÕES ESPECIAIS, TEMPORÁRIAS E PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. Anteprojeto de Lei. 16 set. 2024. Disponível em: https://portal.jota.info/wp-content/uploads/2024/09/relatorio-preliminar-cjprestr.pdf?_gl=1*gtic3c*_gcl_au*MTIyNzA3MTQ0My4xNzI2NTMwMTk5*_ga*MTUwODE4Mzc4NC4xNzI2NTMwMTk5*_ga_L4XEVW3ZK0*MTczMDI0NjY4MC4lLjAuMTczMDI0NjY4MC42MC4wLjA.. Acesso em: 29.10.2024.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³²¹ Ou seja, considerando as particularidades dos litígios.

³²² Ao exemplo do que defendeu Vitorelli.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. NOTAS SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

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

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

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

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

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

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

³³⁰ ARAUJO, Roberta Corrêa. Flexibilização Procedimental e Efetividade Processual. Revista do TST. vol. 86. nº 3, p. 223-240, jul./set., 2020.

³³¹ ARAUJO, Roberta Corrêa. Flexibilização Procedimental e Efetividade Processual. Revista do TST. vol. 86. nº 3, p. 223-240, jul./set., 2020, p. 230

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E LITÍGIOS COMPLEXOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. CONCLUSÃO

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

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

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

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Enviado em 30.10.2024.

Aprovado em 10.02.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

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

Francieli Cristini Schultz³⁴³
Paula Padilha Penteado Klein³⁴⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

De acordo com a doutrina especializada:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

IV - sistema de registro de preços;

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EMENTA:

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

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

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

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

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

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

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

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

(...) III - CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Enviado em 30.10.2024.

Aprovado em 11.02.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International Licence.

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

Franciano Beltramini³⁴⁵

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

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

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

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

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

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

³⁴⁶ JOINVILLE. Lei Complementar Municipal n. 266 de 05 de abril de 2008. Joinville, 2008. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-complementar/2008/27/266/lei-complementar-n-266-2008-dispoe-sobre-o-regime-juridico-dos-servidores-publicos-do-municipio-de-joinville-das-autarquias-e-das-fundacoes-publicas-municipais>. Acesso em 06 out. 2024

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. PRINCIPAIS EMBATES JURÍDICOS ENVOLVENDO A LICENÇA PRÊMIO POR ASSIDUIDADE

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

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

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

3.1. Percentual de licença-prêmio indenizada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Referida decisão³⁵⁵, recebeu a seguinte ementa:

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

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

³⁵³ Voto divergente, que se sagrou vencedor no julgamento da ADI n. 5024951-61.2022.8.24.0000, proferido pelo Desembargador JAIME RAMOS. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=321671125781053987220245689067&evento=321671125781053987220247133859&key=2745610986012cbe-200134fcd6d27c21ab49264dc135acdbbc31b46836eb1ca4e&hash=13a794a6d3e847bff9fa87e9e-ba90298. Acesso em 06 out de 24

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Base de cálculo de licença-prêmio indenizada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

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

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

Enviado em 23.10.2024.

Aprovado em 10.02.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International Licence.

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

Eduardo Teddy Carneiro Nóbrega³⁶⁰

Héryta Ramos de Araújo³⁶¹

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

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

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

Keywords: Public Administration. Third sector.

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

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

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. SISTEMAS NORMATIVOS E PRINCÍPIOS PENAIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL E SUBVERSÃO SISTÊMICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E ENTIDADES PARAESTATAIS

A Administração Pública estrutura-se a partir de órgãos despersonalizados e entidades autônomas dotadas de personalidade jurídica para dar efetividade às suas competências administrativas, respectivamente chamados pelo Dec-Lei nº 200/67 de Administração direta e indireta.³⁷⁷

Adotando-se a enumeração legal como parâmetro mínimo classificatório, são entidades da administração pública indireta as autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas. Ocorre que, erroneamente, a doutrina penal tradicional vem classificando as entidades da Administração Pública Indireta como entidades paraestatais. Nesse sentido, releva delinear o real sentido prestado ao instituto das paraestatais pela atual doutrina do Direito administrativo.

Hely Lopes Meireles conceitua paraestatais como “Pessoas Jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivo do Estado”³⁷⁸.

³⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: parte geral. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p.65

³⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: parte geral. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 65.

³⁷⁸ MEIRELES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado [colaborador]. Direito administrativo brasileiro. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 71.

Em que pese a noção clássica do direito administrativo ao abordar o tema paraestatais como fenômeno de descentralização estatal e, portanto, conferir interpretação como estruturas paralelas à administração pública direta, a origem do nome “entidades paraestatais” transmite a ideia de entidades ou estruturas que atuam ao lado do Estado, com ele não se confundindo ou guardando vinculação.

Essa amplitude do termo acaba por reproduzir uma área cinza no processo de classificação dessas entidades dentro do direito administrativo, não havendo consenso a respeito da categorização e da natureza jurídica dessas “estruturas” que ora são denominadas como paraestatais, ora como terceiro setor, ou mesmo como entes de cooperação, de colaboração, em regimes de parcerias etc.

Advirta-se, nesse ponto, que não se trata somente de uma questão de nomenclatura, pois trata-se de entidades diversas classificadas como se tivessem a mesma natureza, com a agravante de que, a depender do entendimento, as condutas podem resultar em consequências penais para uns e para outros não.

Nesse sentido, Odete Medauar, classifica as entidades do terceiro setor como “entes com situação peculiar”, pontuando a dificuldade em se categorizar os entes privados que desempenham atividades de interesse coletivo. Isso porque uns desempenham algumas atribuições típicas do poder público, outros recebem recursos públicos, outros desempenham atividades de interesse público³⁷⁹.

Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho constata a imprecisão da categorização para o fenômeno e, deixando a categoria de “paraestatais” reservada às entidades da administração indireta, rotula as entidades do terceiro setor sob a alcunha de “entidades em regime de parceria” ou organizações colaboradoras³⁸⁰.

Alexandre Mazza, a seu turno, compilou sete posicionamentos doutrinários de diferentes estudiosos clássicos do direito administrativo sobre os entes que estariam abrigados ontologicamente na noção de paraestatal.³⁸¹

³⁷⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 23ª ed. Belo horizonte: Forum, 2023. p. 97

³⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.792

³⁸¹ MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. p. 477.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, igualmente, assevera: “Os doutrinadores brasileiros adotaram a mesma expressão entidade paraestatal do direito italiano e herdaram a mesma indefinição quanto ao seu objeto”³⁸². Vale ressaltar que a autora também critica em sua obra a equiparação de funcionário público por meio do parâmetro “paraestatal”.³⁸³

Celso Antônio Bandeira de Melo, ao abordar a referida questão, pontua que “há, apenas, ao que parece, uma concordância doutrinária de que se trata de pessoas de direito público”. Porém critica o conceito clássico proposto por Hely Lopes Meireles, afirmando que o autor teria ampliado a noção de paraestatal para além das categorias dos serviços autônomos (entidades do sistema S), a fim de abrigar também a sociedade de economia mista e empresas públicas³⁸⁴.

Dessa forma, verifica-se que a doutrina administrativista majoritariamente diferencia paraestatais de entidades do terceiro setor, conferindo à primeira vinculação por meio de Lei ao Estado, como no caso das entidades que pertencem ao sistema “S”. De outro lado, concebem as entidades do terceiro setor como entidades de colaboração com o Estado, desvinculadas da estrutura estatal, conquanto possam desempenhar atividades não exclusivas de Estado, por meio de fomento da administração pública.

5. ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Estado brasileiro passou a ser responsável por gerar crescimento econômico, promover o bem-estar social, assegurar a proteção do meio ambiente, entre outras atividades. É essa atuação estatal direta que se denomina por Primeiro Setor, ao qual cabe, conforme explica Elisabete Ferrarezi³⁸⁵, administrar os bens e o interesse público, garantir a governabilidade e praticar atos dos três poderes.

³⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Tratado de direito administrativo. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. v. 2. Ebook. p. 296.

³⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Tratado de direito administrativo. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. v. 2. Ebook. p. 683

³⁸⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 162.

³⁸⁵ FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. OSCIP: saiba o que são organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: AED, 2002.

Por outro lado, a produção de bens e serviços privados cabe ao mercado, composto pelas sociedades empresárias, sob a denominação de Segundo Setor, cujo objetivo é gerar lucro para os empresários³⁸⁶.

Esses setores eram tradicionalmente distintos um do outro em termos de características jurídicas e socioeconômicas, muitas vezes opostos e até conflitantes.

Nesse sentido, segundo Ferrarezi, o terceiro setor é formado por organizações privadas, sem fins lucrativos, que atuam em áreas como a assistência social, a educação, a saúde e a defesa dos direitos humanos (colocando-o entre o setor público e o privado.)

A ausência de fins lucrativos prejudica o real dimensionamento econômico desse setor para a sociedade. No entanto, estudo publicado pelo Ipea oferece números capazes de auxiliar nessa tarefa.

Veja-se que mais de 4,27% do valor adicionado ao PIB brasileiro advém do terceiro setor, o que equivale a mais de R\$220 bilhões, riqueza gerada por mais de 4,7 milhões de postos de trabalhos. Se atualizado em valores de 2022, esse montante corresponderia a R\$ 423 bilhões³⁸⁷.

No entanto, números não são suficientes para entender a relevância socioeconômica do terceiro setor para a realidade brasileira, na medida em que são incapazes de demonstrar a plenitude do movimento social de ocupação dos espaços públicos, dimensão mais importante do terceiro setor.

Pereira Junior e Dotti (2009)³⁸⁸ explicam que, a partir da Constituição de 1988, por meio do exercício compartilhado de atividades entre o Estado e aquelas entidades denominadas do terceiro setor, operou-se um fenômeno de reaproximação do Estado e da sociedade.

³⁸⁶ FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. OSCIP: saiba o que são organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: AED, 2002.

³⁸⁷ FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS. A importância do terceiro setor para o PIB no Brasil e em suas regiões. Brasília: Fipe. 2023. Disponível em: <https://mapaossc.ipea.gov.br/arquivos/posts/9775-mioloterceirosetor-completo.pdf>. Acesso em: 15/12/2023.

³⁸⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. Fórum de Contratação e Gestão Pública [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 8, n. 91, jul. 2009. Disponível em <<http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=58544>> Acesso em: 15/12/2023

Para Carmen Gonçalves³⁸⁹, foi o início dos processos de democratização política em quase todos os países da América Latina que ensejou uma mudança significativa nas percepções sobre o terceiro setor.

No entanto, como exposto, a interpretação elástica sobre conceitos como “funcionário público” e “entidade paraestatal” podem desencorajar esse movimento social, na medida em que os reflexos penais de determinada conduta podem superar os ganhos, considerando que a voluntariedade é uma das fortes características de quem atua nessa área.

Em outras palavras, ao conjugar perdar e ganhos, a possibilidade de responsabilização penal pode repelir, por exemplo, o capital intelectual voluntário que atual no terceiro setor.

5.1. A evolução da percepção sobre o terceiro setor

Mesmo como o afã da redemocratização, os anos 90 impunham cenário hostil ao desenvolvimento político e socioeconômico da sociedade brasileira.

A dificuldade em separar o público do privado, as disfunções de um sistema arraigada na burocracia, a ineficiência e falta de flexibilidade eram as grandes ameaças ao processo de modernização que o país precisava para enfrentar os desafios da globalização econômica³⁹⁰.

Para equacionar a questão, buscou-se reduzir o tamanho do Estado, investindo-se em eficiência e transparência.

De modo que, em 1995, o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso lançou o Plano Diretor da Reforma do Estado (PDRAE), uma reforma gerencial com o objetivo de modernizar o Estado brasileiro, idealizada por Luiz Carlos Bresser Pereira, para quem o Estado necessitava “renovar sua própria institucionalidade para poder servir melhor ao deslanche da sociedade e, em última instância, ao desenvolvimento socioeconômico”³⁹¹.

³⁸⁹ GONÇALVES, Carmen Sílvia Mendes Alves Pereira. O terceiro setor como consecutor de políticas públicas sociais. Londrina: Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2006. p. 150.

³⁹⁰ BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do Estado. 1995.

³⁹¹ PEREIRA, Luis Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). O público não estatal na reforma do Estado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 8

Com escopo mais amplo, o PDRAE visa a promover uma mudança estrutural do Estado. No entanto, outros planos também compunham/ (a reforma): o Programa Nacional de Desestatização - PND -, de 1997, e o Programa de Qualidade no Serviço Público - PQSP -, de 1999.

Coube ao Programa Nacional de Desestatização estabelecer as diretrizes e procedimentos para a descentralização de serviços públicos, visando a redução da participação do Estado na economia e a transferência da prestação de serviços públicos para o setor privado, aumentando, assim, a eficiência da gestão pública frente às limitações dos recursos³⁹².

As principais medidas do PND foram a transferência de responsabilidades do governo federal para os governos estaduais e municipais, bem como a privatização de empresas públicas, a alienação de participações societárias do Estado em empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como a realização de concessões e privatizações de ativos públicos.

Em última instância, a privatização de empresas públicas e a descentralização de serviços públicos oportunizaram que as entidades do terceiro setor também assumissem a prestação de serviços anteriormente prestados pelas empresas públicas.

Como forma de promover a melhora na qualidade dos serviços que permaneceram sob a responsabilidade direta do Estado, a reforma gerencial previu a qualificação dos servidores públicos, adotando princípios de gestão por resultados.

Por sua vez, coube ao Programa de Qualidade no Serviço Público - PQSP - estabelecer as diferenças entre as metas de qualidade adotadas pelo primeiro e segundo setor. Neste, as metas [focam na] “competitividade no sentido da obtenção, manutenção e expansão de mercado; enquanto no setor público, a meta é a busca da excelência no atendimento a todos os cidadãos, ao menor custo possível”³⁹³.

Segundo Rosane Schikmann, a reforma vem ao encontro das demandas da sociedade, principalmente, em uma perspectiva de um cidadão usuário-cliente dos serviços públicos:

³⁹² BRASIL. Lei Nº 9.491, de 9 De Setembro De 1997. Programa Nacional de Desestatização Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm. Acesso em: 08/12/2023.

³⁹³ BRASIL. Programa da qualidade e participação na administração pública. Brasília: 1997. p. 59. Disponível em: https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/777/636/1/Programa_da_Qualidade_e_Participacao_Admin_Publica.pdf. Acesso em 13 de dezembro de 2023.

A sociedade vem exigindo do poder público uma atuação cada vez mais voltada para o alcance de resultados, isto é, além da eficiência tão perseguida pelas organizações nos últimos tempos, atualmente a eficácia e a efetividade da ação governamental são as palavras de ordem. Não basta atuar de forma a obter a melhor relação custo-benefício, se os resultados almejados não forem alcançados e se não atenderem às necessidades legítimas³⁹⁴.

À medida que o contexto político-econômico se altera, também se transformam as instituições e a forma como a sociedade as percebe.

Com efeito, emerge a confusão em torno de um terceiro setor composto, predominantemente, por dois blocos de instituições, que passam a ser percebidas sob uma ótica funcional em detrimento da política-ideológica.

O primeiro bloco é histórico, tradicional e conservador, composto por organizações de caridade e beneficência, voltadas para o serviço social. O segundo, é formado pelas novas ONGs, guiadas por uma lógica política alternativa, opositora, moderna e voltada para o desenvolvimento social sustentável. Juntos, formam “aquilo que não é público nem privado” conforme célebre definição de José Eduardo Sabo Paes, conforme se destaca:

[...] o terceiro setor é aquele que não é público e nem privado, no sentido convencional desses termos; porém, guarda uma relação simbiótica com ambos. Ou seja, o terceiro setor é composto por organizações de natureza “privada” (sem o objetivo do lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do governo (Administração Estatal)³⁹⁵.

Ressalte-se que são frequentes os questionamentos sobre a necessidade/validade/legitimidade de a sociedade civil organizada empregar esforços para a consecução de interesses sociais, quando, por força constitucional, cabe ao Estado promover o bem-estar e o interesse público.

³⁹⁴ SCHIKMANN, Rosane. Gestão Estratégica de Pessoas: Bases para a Concepção do Curso de Especialização em Gestão de Pessoas no Serviço Público. In PANTOJA, CAMÕES & BERGUE (ORG); Gestão de pessoas: bases teóricas e experiências no setor público. – Brasília: ENAP, 2010. p. 12.

³⁹⁵ PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 88.

Como já exposto, a capacidade de atuação do Estado é limitada tanto por questões financeiro-orçamentárias quanto burocráticas. Por outro lado, a sociedade civil organizada consegue operar sem as limitações do Estado e sem as ambições do Mercado, contando, ainda, com mão de obra numerosa e capital intelectual diversificado, essenciais para sua capacidade de atingir clientes difíceis.

A favor dessa conclusão, militam a confiança, a dedicação e a solidariedade da sociedade civil organizada, que por meio de uma experiência especializada consegue chegar a uma parcela da população que estaria total ou insuficientemente assistida pelo Estado, passando a contar, por exemplo, com o oferecimento de serviços de educação e saúde³⁹⁶.

Para Bresser, o reconhecimento da relevância do setor público-estatal não se deve, necessariamente, em razão do terceiro setor ser mais eficiente na prestação de serviços do que outras entidades, mas porque permite desenvolver papéis que nem o Estado nem o mercado podem cumprir³⁹⁷.

Assim, a sociedade civil organizada viabiliza, de maneira descentralizada, a consecução dos objetivos sociais de um Estado Democrático de Direito.

5.2. Marcos regulatórios

A partir da abertura do Estado para uma atuação conjunta com o terceiro setor, foram criadas normas que contribuíram para o fortalecimento desse setor, criando um ambiente mais favorável à sua atuação, ampliando o acesso a recursos financeiros e proporcionando segurança jurídica.

Se por um lado esse setor substitui o Estado na prestação de serviços à sociedade, interferindo nos interesses envolvidos, movimentando o mercado de trabalho e crescendo ao PIB nacional, por outro, ele assume os problemas do poder público, devendo oferecer resultado igual ou melhor do que o que se teria com os recursos e meios diretos da Administração Pública³⁹⁸.

³⁹⁶ PEREIRA, Luis Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). O público não estatal na reforma do Estado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 8.

³⁹⁷ PEREIRA, Luis Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). O público não estatal na reforma do Estado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 8.

³⁹⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Terceiro setor: guia de orientação aos membros do conselho municipal de saúde. São Paulo, 2022. Disponível em <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual%20do%20Terceiro%20Setor%20-%202022.pdf> acesso em: 15/12/2023.

Desse modo, releva delinear a forma que essas entidades podem assumir no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o Código Civil, artigos 53 a 61 e 2031³⁹⁹, as associações constituem-se juridicamente pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

No Brasil, as entidades sem fins lucrativos assumem a forma de Fundações, Organizações Religiosas e Associações. Estas podem se dividir em Entidades Associativas e Recreativas ou Organizações Não Governamentais, mais conhecidas pela sigla ONG.

As ONGs atuam em diversas áreas, como assistência social, educação, saúde e meio ambiente, ao seu turno, podem assumir a identidade de Entidades Beneficentes, Organização Social - OS, nos termos da Lei nº 9.637/98, ou de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, - OSCIP, conforme a Lei nº 9.790/99.

Carmen Gonçalves⁴⁰⁰ explica que, no caso das OSCIPs, a Lei nº 9.790/99 estabelece regras para o registro e o funcionamento das OSCIPs, bem como benefícios fiscais e de isenção de tributos, além de permitir que se relacionem com o poder público por meio de parcerias, que são instrumentos jurídicos que permitem a cooperação entre as partes para a execução de atividades de interesse público e a possibilidade de transferência de recursos humanos e financeiros, no âmbito de todos os entes federativos.

Os repasses realizados pelo poder público estão, por força dos princípios administrativos, submetidos ao crivo dos órgão de fiscalização de contas públicas, como os tribunais de contas dos Estados e da União, que julgam a prestação de contas das OS e OSCIPs segundo os corolários da transparência, da eficiência, da legalidade, impessoalidade, moralidade, além da responsabilidade pública (*accountability*) e do respeito às normas legais e regulamentares, às políticas e às diretrizes estabelecidas (*compliance*), mesmo tratando-se de atividade sem finalidade lucrativa e, em geral, voluntária.

Conforme o artigo 8º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, cabe ao órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada a fiscalização da execução do contrato de gestão. Isso significa

³⁹⁹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15/12/2023.

⁴⁰⁰ GONÇALVES, Carmen Sílvia Mendes Alves Pereira. O terceiro setor como consecutor de políticas públicas sociais. Londrina: Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2006.

que o mesmo órgão governamental que qualificou a entidade como Organização Social e a contratou será responsável por fiscalizar a sua atuação⁴⁰¹.

Em caso de irregularidades, a lei estabelece que o órgão fiscalizador deve comunicar os fatos ao Tribunal de Contas da União e, dependendo da gravidade, pode representar junto ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da própria entidade fiscalizadora. Essas medidas têm como objetivo garantir a transparência e boa utilização dos recursos públicos nas atividades realizadas pelas Organizações Sociais⁴⁰².

Uma vez identificada a irregularidade, os responsáveis devem comunicar às autoridades, que, no caso de indício de práticas ilegais, iniciam a persecução penal dos possíveis infratores, sejam eles funcionários públicos ou funcionários das entidades nas quais identificou-se o possível crime.

É nessa altura da interação entre o Primeiro e o terceiro setor que a celeuma sobre a equiparação de empregados privados a funcionários públicos nasce, objeto da análise deste trabalho.

Em resumo, conforme ficou demonstrado, em que pese o aguerrido trabalho dos tribunais para garantir que os recursos públicos sejam empregados com a prudência devida, a interpretação analógica utilizada para ampliar o conceito do sujeito infrator nos casos do art. 327, caput e §1º do Código Penal Brasileiro não tem guarida no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco na sistemática de aplicação do conjunto de normas vigente, pois claro está que essa categoria não se identifica com a noção de paraestatal guardando natureza própria com valores e princípios próprios.

Vale ressaltar que não se defende a irresponsabilidade penal total dos funcionários do terceiro setor, na medida em que se compreende que uma dada conduta criminosa com reflexos para a administração pública deve ser adequadamente imputada aos responsáveis, contudo, procurou-se demonstrar que o princípio da legalidade veda a ampliação da qualificação de funcionário público ou equiparado por meio de interpretação, em razão de ausência de expressa tipificação legal.

Desse modo, em um eventual desvio ocorrido no seio da administração, esses funcionários devem responder não pelo peculato, mas sim pela

⁴⁰¹ GONÇALVES, Carmen Silvia Mendes Alves Pereira. O terceiro setor como conseqüentador de políticas públicas sociais. Londrina: Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2006

⁴⁰² GONÇALVES, Carmen Silvia Mendes Alves Pereira. O terceiro setor como conseqüentador de políticas públicas sociais. Londrina: Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2006.

apropriação indébita, além de se reportarem aos seus respectivos controladores definidos nos instrumentos de gestão.

6. CONCLUSÃO

Após a revisão bibliográfica e a realização de uma análise crítica entre as visões da doutrina penal e aquelas oriundas do direito administrativo sobre a equiparação penal entre os funcionários do terceiro setor aos funcionários públicos, a partir da identidade conceitual entre entidades paraestatais e entidades do terceiro setor, entende-se que esse processo de equiparação representa grave incompatibilidade sistêmica com as premissas supremas do direito penal. Isso porque, não há qualquer consenso no direito administrativo sobre a natureza jurídica daquilo que estaria contido nos sentidos do termo paraestatal.

Essa vagueza amplia a possibilidade de imputação de crimes funcionais a esse grupo de trabalhadores privados que não ostentam a elementar essencial do tipo trazido no art. 327 do Código Penal, ainda que se tenha inserido o § 1º com a pretensão de resolver a equiparação, subvertem-se as premissas do próprio sistema penal.

Para isso, tanto a doutrina penal quanto a jurisprudência atual vêm utilizando-se de métodos de interpretação e colmatação normativa alheias às diretrizes hermenêuticas basilares do direito penal, como a analogia *in malam partem*, sob a aparência de uma regular interpretação extensiva.

A equiparação de empregados do terceiro setor a funcionários públicos, sem que haja a devida alteração legislativa, implica em uma violação ao princípio da legalidade estrita, que exige que os crimes sejam previstos em lei anterior, com precisão e clareza. Nessa linha, a equiparação implicaria uma alteração ilegal do conceito de funcionário público, que é definido pelo Código Penal.

Há violação direta, ainda, do princípio da intervenção mínima do direito penal. Isso porque, as hipóteses de incriminação dirigidas a este grupo de empregados já se localizam nos mais diversos crimes comuns do código penal. Quisesse o legislador alcançar essa classe de agentes, o teria feito expressamente na Lei.

Ora, para que a conduta seja sancionada pelo direito penal se faz minimamente necessário que o ramo do direito administrativo defina e delimite o fenômeno, o que ainda não ocorreu. Se nem mesmo o ramo do direito que densifica o sentido do fenômeno jurídico o compreende com

clareza, com maior razão não poderá o direito penal lançar reprovação nessa seara de incerteza, sob pena, enfatizamos, de subverter o caráter fragmentário do direito penal.

Ademais, a criminalização das atividades do terceiro setor implica prejuízo na expansão das riquezas produzidas por esse segmento, podendo desestimular a participação de pessoas físicas e jurídicas na criação e manutenção de entidades do terceiro setor, limitando a atuação das entidades da sociedade civil organizada, na medida em que restringe o acesso aos recursos financeiros públicos disponíveis e pode resultar em sanção penal tão gravosa quanto se funcionários públicos fossem.

Assim, há premente necessidade de se harmonizar o texto penal com a realidade social que se impõe nesse segmento, em franca expansão, mas que ainda se insere num ambiente de incerteza jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 15/12/2023.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do Estado**. 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>> . Acesso em 10 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 De Setembro De 1997**. Programa Nacional de Desestatização. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm. Acesso em: 08/12/2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15/12/2023.

BRASIL. **Programa da qualidade e participação na administração pública**. Brasília: 1997. p. 59. Disponível em: https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/777/636/1/Programa_da_Qualidade_e_Participacao_Admin_Publica.pdf. Acesso em 13 de dezembro de 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11/12/2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. **Tratado de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. v. 2. Ebook.

ESTEFAM, André; JESUS, Damásio. **Parte Geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. **OSCIP**: saiba o que são organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: AED, 2002.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS. **A importância do terceiro setor para o PIB no Brasil e em suas regiões**. Brasília: Fipe. 2023. Disponível em: <<https://mapaosc.ipea.gov.br/arquivos/posts/9775-mioloterceiro-setor-completo.pdf>>. Acesso em: 15/12/2023.

GONÇALVES, Carmen Sílvia Mendes Alves Pereira. **O terceiro setor como consecutor de políticas públicas sociais**. Londrina: Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2006.

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

JESUS, D. D. **Direito Penal**. v. 4. 18. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 23ª ed. Belo horizonte: Forum, 2023.

MEIRELES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado [colaborador]. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP**: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. Fórum de Contratação e Gestão Pública [recurso eletrônico], Belo Horizonte, n. 91, jul. 2009. v.8 Disponível em <<http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=58544>> Acesso em: 15/12/2023.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: Parte Geral. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático de direito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. E-book.

SCHIKMANN, Rosane. Gestão Estratégica de Pessoas: Bases para a Concepção do Curso de Especialização em Gestão de Pessoas no Serviço Público In PANTOJA, CAMÕES & BERGUE (org); **Gestão de pessoas**: bases teóricas e experiências no setor público. – Brasília: ENAP, 2010

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **O terceiro setor**: guia de orientação aos membros do conselho municipal de saúde. São Paulo, 2022. Disponível em <<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual%20do%20Terceiro%20Setor%20-%202022.pdf>> Acesso em: 15/12/2023.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Sistemas penales y derechos humanos en américa latina**. Buenos Aires: Depalma. 1986.

Enviado em 16.09.2024.

Aprovado em 25.02.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License..

Nesta segunda edição da **Revista da Procuradoria-Geral do Município – RPGMJ** – é estruturada em quatro blocos. Dois relacionados à prática da Procuradoria-Geral e outros dois englobando artigos e comentários à jurisprudência, são dezessete trabalhos ao todo, nas mais variadas temáticas do Direito e da Administração Pública.

A Revista mantém-se como um espaço plural de debate, com enfoque na atividade jurídica exercida nos Municípios e na prática desenvolvida nas Procuradorias-Gerais.

Convidamos os leitores ao estudo das diferentes perspectivas reunidas nessa obra, a partir dos textos de Professores, Advogados, Magistrados, Membros do Ministério Público, Procuradores do Município e Servidores Públicos.

AUTORES

Alessandra Skrypec	Marília S. Bezerra
Cristiane Vansuita	Patrícia Dornelles Schneider
Ferruccio Auletta	Paula Padilha Penteado Klein
Eduardo Teddy Carneiro Nóbrega	Pedro Guimarães
Eduardo Felipe Heinemann	Pedro Niebuhr
Gassenferth	Rafael Schreiber
Felipe Cidral Sestrem	Raquel Santos
Franciano Beltramini	Sahmara Liz Botemberger
Francieli Cristini Schultz	Samuel Gouveia
Grasiela Grosselli	Thiago Felipe de Amorim
Guilherme Chrysten Möller	Thiago de Oliveira Vargas
Héryta Ramos de Araújo	Vitória Fischer Borges
Leonardo Fortes Rocha Brizola	Weber Luiz de Oliveira



Prefeitura de
Joinville

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO

