

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 863

(Ano X)

(21/07/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



16/07/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Esterilização compulsória de deficientes mentais: entre a imoralidade e a ilegalidade](#)

ARTIGOS

20/07/2018 Larissa Colangelo Matos Vidal

» [Contratos de locação: contratação direta e aplicabilidade da Lei nº 8.245/91 aos contratos firmados pela Administração Pública](#)

20/07/2018 Jonathas de Jesus Mota

» [Críticas aos critérios adotados pela Administração Pública federal para definição do atestado de capacidade técnica e do patrimônio líquido mínimo no sistema de registro de preço de serviços comuns](#)

20/07/2018 JordaAnna Maria Lopes Gusmão

» [O cabimento da exceção de pré-executividade como instrumento de defesa na execução fiscal](#)

20/07/2018 Hebert Henrique de Oliveira melanias

» [Uma análise sobre os efeitos jurídicos e políticos da Lei da Ficha Limpa](#)

20/07/2018 Felipe Teixeira Dias

» [Análise da teoria do adimplemento substancial no Direito Civil brasileiro](#)

20/07/2018 Filipe Ewerton Ribeiro Teles

» [A urgente e necessária constitucionalização do Direito Ambiental](#)

19/07/2018 JordaAnna Maria Lopes Gusmão

» [Fraude à execução fiscal - inaplicabilidade da súmula 375 do STJ](#)

19/07/2018 Filipe Ewerton Ribeiro Teles

» [Tendências contemporâneas do sistema prisional brasileiro](#)

19/07/2018 Ricardo Pinto da Silva

» [Estado socioambiental e à cooperação das comunidades tradicionais no processo democrático](#)

19/07/2018 Douglas Belanda

» [Produtividade do Judiciário e assertividade das decisões emanadas](#)

19/07/2018 Rodrigo Nogueira Ribeiro

» [Processo Licitatório: A utilização dos meios eletrônicos no processo de licitação](#)

18/07/2018 Abílio Osmar dos Santos

» [Breve apontamento da teoria de sistema de Niklas Luhmann: destruição do direito pela corrupção sistêmica da mídia na sociedade brasileira](#)

18/07/2018 JordaAnna Maria Lopes Gusmão

» [A garantia do juízo como requisito necessário para oposição dos embargos à execução fiscal](#)

18/07/2018 Ricardo Diego Nunes Pereira

» [O caso da suspensão da CNH por dívida: para um agir normativo não-discricionário e a justificação normativa adequada](#)

18/07/2018 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Responsabilidade solidária dos Entes Federados na assistência à saúde deve garantir o fornecimento de Spinraza \(Nusinersen\)](#)

17/07/2018 Irving Rahy de Castro Pereira

» [Administração Pública Municipal e incidência de peculato de uso](#)

17/07/2018 JordaAnna Maria Lopes Gusmão

» [A dispensa da pessoalidade da citação na Execução Fiscal](#)

17/07/2018 Adrielle Scarlett dos Santos Silva

» [A inconstitucionalidade do ensino religioso confessional nas escolas públicas](#)

17/07/2018 Nestor Henrique Mendes

» [Da condenação por danos morais em decorrência da inscrição indevida no SCR-SISBACEN](#)

17/07/2018 Nestor Henrique Mendes

» [Do \(duplo\) rito para a execução de alimentos no CPC/15 decorrente de títulos judiciais \(cumprimento de sentença\)](#)

16/07/2018 Alice Santos Veloso Neves

» [Atuação das Agências Reguladoras estaduais e municipais nos serviços de saneamento básico e dos órgãos gestores de recursos hídricos estaduais](#)

16/07/2018 Benigno Núñez Novo

» [Licitações](#)

16/07/2018 Thayná Cruz de Mesquita

» [A problemática dos Precatórios](#)

16/07/2018 Ronaldo Costa dos Santos Júnior

» [Resumo científico: Do crime consumado e tentado, da desistência e do arrependimento](#)

16/07/2018 Yuri Alexander Nogueira Gomes Nascimento

» [A integridade em Ronald Dworkin como vetor interpretativo no novo Código de Processo Civil](#)

ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEFICIENTES MENTAIS: ENTRE A IMORALIDADE E A ILEGALIDADE

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

Casos de petições do Ministério Público deferidas por juízes para fins de esterilização compulsória de pessoas com deficiência mental (destacadamente mulheres), vêm gerando bastante debate na atualidade.

Neste texto intenta-se constatar se, de acordo com as normas jurídicas nacionais, tal espécie de ordem judicial e de procedimento seria possível no Brasil ou se, ao reverso, constituiria, para além de uma imoralidade, uma patente ilegalidade e abuso.

A legislação que trata especificamente da esterilização voluntária e compulsória no Brasil é a Lei de Planejamento Familiar (Lei 9263/96).

A questão referente à esterilização compulsória de deficientes mentais é prevista no artigo 10, § 6º., da Lei 9263/96. [1] Exige a norma a existência de ordem judicial para o procedimento, nos seguintes termos:

“A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, *regulamentada na forma da Lei*” (grifo nosso).

Conforme se vê, embora o dispositivo permita a esterilização compulsória de absolutamente incapazes mediante ordem judicial, não é possível sua *autoplicação*, já que a própria norma estabelece a dependência de sua regulamentação por outro diploma legal a ser promulgado.

Nesse passo é de ressaltar que o legislador agiu com a devida cautela, eis que a história nos ensina que a adoção de esterilização de certas categorias de pessoas não tem sido algo positivo e respeitador da dignidade da pessoa humana. Como nos ensina Bauman o holocausto como “solução final” não foi uma decisão de afogadilho, mas algo que se desenvolveu em progressão, passando pelo isolamento, pelas práticas abortivas, pela esterilização até chegar à eliminação pura e simples. E, ademais, nada impede que os mesmos processos que levaram àquela abominação voltem a acontecer na história humana. [2]

Muito embora a imagem do nazismo e de Hitler sempre nos venha à mente quando se fala de coisas como esterilização compulsória de pessoas, eugenia etc., fato é que, conforme explica Derosa:

“Hitler inspirou-se na popularidade dos movimentos eugenistas americanos e britânicos, na qual baseou toda a sua justificativa política e estatal, aliando a históricos anseios imperiais alemães”. [3]

Não é de espantar que uma feminista do Reino Unido, Marie Stopes, autora de livros como “Married love: A new contribution to the solution of sex difficulties” e “Wise Parenthood”, se mostrasse dominada por uma fascinação pela “modernidade”, apoiando a “a esterilização compulsória de pessoas inaptas para a paternidade, que incluíam os depravados, doentes mentais e raças inferiores”. [4]

A obra de Black, “A Guerra contra os fracos”, certamente é um dos mais completos testemunhos das macabras e abjetas teorias eugenistas que se espalharam dos Estados Unidos para a Inglaterra e dali para a Europa, influenciando, inclusive, o nazismo. Nada mais emblemático do que a manifestação do Juiz da Suprema Corte Americana, Oliver Wendell Holmes Jr.:

“É melhor para todos no mundo que, em vez de esperar para executar descendentes degenerados por crimes, ou deixar que morram de fome por causa de sua imbecilidade, a sociedade possa impedir os que são claramente incapazes de continuar a espécie. O princípio que sustenta a vacinação compulsória é amplo o

bastante para cobrir o corte das trompas de falópio. Três gerações de imbecis são suficientes”. [5]

É de se crer que não queiramos pequenos “Holmes” se incubando no Judiciário e no Ministério Público brasileiros, expedindo, à margem da lei, ordens de esterilização de pessoas, sejam elas deficientes mentais ou não.

Retomando a questão do artigo 10, § 6º. da Lei 9263/96, fato é que não houver regulamentação legal a possibilitar a expedição de ordens judiciais e a legitimar pedidos ministeriais de esterilização compulsória. Como visto acima, o dispositivo não é dotado de autoaplicabilidade, conforme expressamente estabeleceu o próprio legislador e sua regulamentação jamais foi levada a efeito.

Como destaca Albuquerque:

“A Lei dispõe que é apenas aceita quando houver autorização judicial, bem como assenta que será regulamentada na forma da Lei. Inicialmente, assinala-se que tal lei não existe no ordenamento jurídico pátrio, o que impõe ao Poder Judiciário o dever de adotar uma atuação comedida e cautelosa no que concerne à autorização para a realização de esterilização em absolutamente incapaz”. [6]

É importante lembrar que o Código de Ética Médica (Resolução CFM 1931/09), em seu artigo 15, apresenta como “infração deontológica” o descumprimento da “legislação específica relativa a esterilização”. E a esterilização é objeto da Lei 9029/95 que inclusive criminaliza sua prática discriminatória em geral e especificamente nas relações de trabalho e emprego. Além disso, a esterilização, se praticada com a finalidade de destruir no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal, pode configurar crime hediondo de Genocídio, nos termos do artigo 1º., alínea “d” da Lei 2889/56. [7]

A falta de regulamentação do dispositivo da Lei 9263/96 já foi várias vezes reconhecida pela jurisprudência (v.g. TJRJ, Apelação Cível 2006.00134253, 2ª. Câ. Rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, j. 30.08.2006; TJRS, Apelação

Cível, 7010573723, 7ª. Câmara, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 30.03.2005; TJRS, Apelação Cível, 70084484276, 8ª. Câmara, Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, j. 28.10.2004).

Embora haja também decisões que apontam para a suficiência do artigo 10, § 6º., da Lei 9263/96, tendo em vista a redação legal a exigir regulamentação, essa não parece ser a melhor interpretação. Mesmo porque, conforme visto, trata-se de matéria delicada que não pode ficar sujeita à discricionariedade, ou pior, ao arbítrio ministerial e judicial.

Mesmo tratando da atuação do STF no controle de constitucionalidade e decisões manipulativas, Fernandes chama a atenção para a necessidade de estabelecimento de “limites e parâmetros” a evitar a violação da divisão de poderes de forma indevida, transformando o Judiciário em “legislador positivo” e não meramente negativo, como seria sua função típica. A atuação como legislador positivo, “criando ou restringindo direitos de maneira importante” seria “atípica” ao Judiciário, mesmo com relação ao STF. [8] O que dizer então com referência aos juízos de primeiro e segundo graus?

E o atual quadro legislativo brasileiro aponta para a inviabilidade da esterilização compulsória de deficientes mentais, porque, além da falta de regulamentação do artigo 10, § 6º., da Lei 9263/96, que o torna inaplicável, surge o marco do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15).

Em seu artigo 6º., II, o estatuto reconhece a capacidade civil do deficiente para “exercer direitos sexuais e reprodutivos”. E, mais importante, no mesmo artigo, agora no seu inciso IV, assegura a conservação da fertilidade do deficiente e veda peremptoriamente a “esterilização compulsória”. No seu artigo 8º., o estatuto estabelece como “dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência” (...) “a efetivação dos direitos referentes” (...) “à paternidade e à maternidade”. Os artigos 11 e 12 determinam que a pessoa deficiente não possa ser submetida a qualquer intervenção médica ou cirúrgica sem seu consentimento esclarecido, podendo, em casos de curatela, na forma da lei, ser esse consentimento suprido. Mesmo em caso de curatela, exige o estatuto o maior grau de participação possível do deficiente no processo de tomada de decisão, não havendo, como regra, uma “decisão substituta”, mas uma decisão conjunta e participativa, na qual a vontade do

deficiente seja, com razoabilidade, levada em consideração. Finalmente, normatiza o artigo 13 que “a pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis”. Especificamente quanto aos direitos reprodutivos, estatui o artigo 18, § 4º, VII, ao reverso da esterilização compulsória, o direito à “atenção sexual e reprodutiva, incluindo o direito à fertilização assistida”. Ademais, o Estatuto da Pessoa com deficiência impõe sérios limites ao instituto da curatela, praticamente o restringindo a questões patrimoniais e negociais, sem adentrar no âmbito existencial do curatelado, o qual, ademais, já não é considerado como absolutamente incapaz na ordem civil, além de dar prevalência, quando possível, ao sistema de “tomada de decisão apoiada” (vide artigos 84, 85, 114 e 116). Tudo isso e principalmente o artigo 6º, inciso IV, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, está a indicar que não somente o artigo 10, § 6º, da Lei 9263/96 sempre careceu de regulamentação legal, como agora foi revogado tacitamente pela Lei 13.146/15, que lhe é posterior e veda de forma absoluta a prática de esterilização compulsória. A revogação é tácita, porque a lei posterior (Lei 13.146/15 – artigo 6º, IV, afóra outros dispositivos) é incompatível com a lei anterior (Lei 9263/96 – artigo 10, § 6º). [\[9\]](#)

Assim sendo, parece que somente outras medidas preventivas, que não a esterilização compulsória, podem ser adotadas em casos extremos nos quais o deficiente mental efetivamente, no caso concreto, não apresentar qualquer condição de expressar sua vontade livre e informada. A esterilização compulsória de deficientes mentais, e sua sombria lembrança histórica, foi banida do nosso ordenamento expressamente pelo artigo 6º, IV, da Lei 13.146/15.

No caso de ordens judiciais expedidas com essa finalidade, diante da clareza solar do sistema jurídico em uma análise conglobante, é de se cogitar da prática de crimes de Abuso de Autoridade (artigo 3º, “i”, da Lei 4898/65) e de lesão corporal gravíssima (quando a esterilização for realmente realizada), de acordo com o artigo 129, § 2º, III, CP (perda de função reprodutora).

Entende-se que o artigo 15, Parágrafo Único, IV, da Lei 9263/96, que prevê como crime a prática de esterilização sem observância dos requisitos dispostos no artigo 10, § 6º, do mesmo diploma, também resta tacitamente revogado, eis

que é impossível realizar esterilização compulsória de acordo com o então dispositivo regulamentador, o qual, por seu turno, carecia de regulamentação específica, e acabou revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência . Portanto, não há cogitar de imputação desse crime, o qual se torna inaplicável.

Quanto ao abuso de autoridade e ao crime de lesão corporal gravíssima, deverão ser responsabilizados tanto o Promotor de Justiça que requeira a esterilização compulsória (na qualidade de partícipe - indutor), quanto o Juiz de Direito que a determine, em atendimento ao pedido ministerial (na qualidade de autor, de acordo com o domínio do fato). Não é possível crer que tais autoridades desconheçam de forma tão intensa a legislação que regula a matéria e não atuem com dolo, mas informados por sincera convicção jurídica. Já no que se refere aos profissionais de saúde que cumpram uma ordem judicial, parece-nos possível reconhecer que atuam com exclusão de culpabilidade, eis que não versados na área jurídica e cumprindo uma suposta ordem judicial legal (inteligência do artigo 22, CP).

Por fim, é de se ressaltar, que nas relações de emprego, o induzimento ou instigação à esterilização constitui crime previsto no artigo 2º., II, "a", da Lei 9029/95, seja a vítima deficiente ou não. Serão sujeitos ativos o empregador, seu representante legal na forma da legislação trabalhista ou os dirigentes de pessoas jurídicas de direito público (vide artigo 2º., Parágrafo Único, I a III, da Lei 9029/95).

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. *Revista Bioethikos*. Centro Universitário São Camilo. Volume 7, p. 18 – 26, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos*. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários ao Novo Código de Ética Médica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DEROSA, Cristian. Breve História do Aborto. In: DEROSA, Marlon (org.). *Precisamos falar sobre aborto – Mitos & Verdades*. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2018.

FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOTAS:

[1] Importante observar que tal artigo foi objeto de veto pelo Executivo sob a alegação de que sendo a esterilização uma lesão gravíssima com perda de função reprodutora, não bastaria a mera anuência da pessoa e nem mesmo uma ordem judicial seria garantia de legitimidade do procedimento. A sugestão era de que tal procedimento somente fosse adotado quando houvesse indicação médica, baseada em critério de absoluta necessidade (Mensagem de Veto n. 66/96). Ocorre que o congresso acabou aprovando o texto original e derrubando o veto (vide Mensagem 928/97).

[2] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, "passim".

[3] DEROSA, Cristian. Breve História do Aborto. In: DEROSA, Marlon (org.). *Precisamos falar sobre aborto – Mitos & Verdades*. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2018, p. 23.

[4] Op. Cit., p. 35.

[5] BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos*. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003, p. 215.

[6] ALBUQUERQUE, Aline. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. *Revista Bioethikos*. Centro Universitário São Camilo. Volume 7, 2013, p. 22 – 23.

[7] Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários ao Novo Código de Ética Médica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 55.

[8] FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 43.

[9] Inteligência do artigo 2º., § 1º. Do Decreto – Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

CONTRATOS DE LOCAÇÃO: CONTRATAÇÃO DIRETA E APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.245/91 AOS CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LARISSA COLANGELO MATOS VIDAL: Advogada.
Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza.

RESUMO: Este trabalho busca analisar o instituto da contratação direta pela Administração Pública, tecendo considerações acerca da dispensa de licitação quanto aos contratos de locação, bem como elucidar a problemática da aplicabilidade da Lei nº 8.245/91 aos contratos de locação firmados pela Administração Pública, traçando seus reflexos e limites, perpassando pelas temáticas da aplicabilidade da Lei nº 8.245/91 nas prorrogações dos contratos de locação firmados pela Administração Pública, bem como da possibilidade de prorrogação automática dos referidos contratos.

Palavras-chave: Contratos de Locação. Administração Pública. Contratação Direta. Lei de Locações. Aplicabilidade. Contratos da Administração. Prorrogações dos contratos. Prorrogação automática.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.245/91 AOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 2.1 Contratação direta de locação de imóvel. 2.2 Aplicabilidade da Lei nº 8.245/91 nas prorrogações dos contratos de locação. 2.3 Prorrogação automática do contrato de locação firmado pela Administração. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) admite a aplicação, supletivamente, dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, apontando sua aplicação apenas parcial (“no que couber”) aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado, bem como aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público. Esses seriam os contratos privados da Administração.^[1]

Nesse contexto, os limites e reflexos da aplicabilidade da Lei nº 8.245/91 aos contratos de locação firmados pela Administração Pública são temas frequentes no cotidiano jurídico, de modo que a identificação do regime jurídico que irá reger os contratos em que a Administração Pública figuraria como locadora e aqueles em que ela se apresentaria como locatária se revela imprescindível para elucidar alguns questionamentos.

2. APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.245/91 AOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Contratação direta de locação de imóvel

É cediço que a regra, quando a Administração Pública pretende contratar, é a licitação. Nesse diapasão, o art. 37, XXI, da Constituição, prevê:

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.^[2]

Excepcionalmente, contudo, admite-se a contratação direta, ou seja, sem realização de procedimento licitatório. Trata-se de regra excepcional, uma vez que a regra será a licitação para a escolha da proposta mais vantajosa, antes da celebração do contrato administrativo.

As hipóteses de contratação direta são: dispensa e inexigibilidade. Os casos de dispensa constituem a licitação dispensada (art. 17 da Lei 8.666/93) e licitação dispensável (art. 24 da Lei 8.666/93). Os casos de inexigibilidade encontram-se no art. 25 da referida lei.

As hipóteses de dispensa de licitação são casos taxativos/exaustivos, previstos em lei. Portanto, somente pode haver a contratação direta por

dispensa de licitação (dispensada/dispensável) nas situações previstas no art. 17 ou 24 da supracitada lei.

Por outro lado, a inexigibilidade compõe-se de casos exemplificativos. O art. 25 estabeleceu três situações exemplificativas, mas tornou possível ao agente público, quando se encontrar em outra situação de inviabilidade de competição, fazer a contratação direta pela inexigibilidade.

Ademais, a licitação dispensada é uma atuação vinculada, em que o agente público não faz licitação porque a lei assim previamente estabeleceu, não havendo liberdade do administrador de querer licitar. Já a licitação dispensável é atuação discricionária, pois, diante das situações do art. 24, o agente público pode decidir em fazer ou não a licitação, conforme seus critérios de conveniência e oportunidade.

A Lei de Licitações, em seu art. 24, enumera os casos taxativos de licitação dispensável, podendo-se observar do art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993, o seguinte caso de dispensa:

Art. 24. É dispensável a licitação:

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;^[3]

Em regra, a modalidade licitatória para compra ou locação de imóvel deve ser a concorrência. Entretanto, no caso de imóveis que atendam às exigências em razão da localização e instalação, pode ser realizada a contratação direta. A hipótese se assemelha bastante à inexigibilidade em razão de que, em muitos casos, ocorrerá inviabilidade de competição em razão das condições do imóvel a ser adquirido ou locado.

O TCU já registrou que a utilização desse dispositivo só é possível quando se identifica um imóvel específico, cujas instalações e localização sinalizem que ele é o único que atende ao interesse da Administração, e desde que o preço

seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia (Acórdão n.º 444/2008-Plenário).

Desse modo, a dispensa justifica-se apenas diante de determinadas peculiaridades do imóvel que será locado pela Administração. Somente aqueles que apresentam as características necessárias para satisfação do interesse público, sendo razoável a dispensa de licitação.

Além disso, para a contratação direta, a lei exige que sejam necessariamente justificadas e a observância do parágrafo único do art. 26:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.^[4]

Desse modo, conclui-se pela possibilidade de contratação direta de locação de imóvel, uma vez atendidos os requisitos estampados no art. 24, X, da Lei 8.666/93.

2.2 Aplicabilidade da Lei nº 8.245/91 nas prorrogações dos contratos de locação firmados pela Administração Pública

Aprioristicamente, cumpre registrar que o estatuto licitatório deixa claro que obras e serviços só podem ser contratados se houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações (art. 7, §2º, III). Constitui cláusula necessária a indicação do crédito pelo qual ocorrerá a despesa (art. 55, V).

Os contratos administrativos devem ter prazo determinado. A vigência dos contratos deve ficar adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Dessa forma, os contratos terão duração, em regra, de 1 ano (um exercício financeiro), pois esse é o prazo de vigência dos créditos orçamentários repassados aos órgãos e entidades. Conforme a Lei nº 4.320/64, o crédito orçamentário tem duração de 1 ano e coincide com o ano civil.

Nesse sentido, a Lei de Licitações dispõe:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários (...) [5]

Desta feita, não se admite contrato administrativo com prazo indeterminado.

Apesar da regra posta no art. 57 da Lei nº 8.666/93, há algumas situações em que o contrato poderá ter prazo de duração superior, são elas: a) aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; b) à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; c) ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas

de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato; d) às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.

Ainda em sequência, tem-se outro caso em que os contratos podem ter duração superior à vigência do respectivo crédito orçamentário, quais sejam os contratos privados da Administração Pública.

Com efeito, nomeia-se os contratos privados da Administração Pública de “contratos da administração”, cuja regência se dá, quanto ao conteúdo e efeitos, pelas normas de direito privado. Por outro lado, os “contratos administrativos” regem-se pelo Direito Administrativo.

As locações em que a Administração figure como locatária revelam-se como contratos da administração, regidos predominantemente pela Lei n.º 8.245/91.

Ademais, os contratos privados celebrados pela Administração Pública possuem previsão expressa no art. 62, § 3º, da Lei n.º 8.666/93:

Artigo 62. *omissis*

§ 3º. Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.^[6]

Cumpra, nesse momento, observar que a Lei de Licitações não estendeu, expressamente, a aplicação do artigo 57 aos contratos privados da Administração.

Ademais, como visto acima, os contratos privados da Administração são regidos predominantemente pelo Direito privado. Isso implica na possibilidade desses contratos possuírem duração superior à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas União, confira:

[...]

9.1. conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92 c/c art. 264, inciso III, do RITCU, para responder ao consulente, relativamente aos contratos de locação de imóveis em que a Administração Pública figura como locatária, que:

9.1.1. pelo disposto no art. 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, não se aplicam as restrições constantes do art. 57 da mesma Lei;

9.1.2. não se aplica a possibilidade de ajustes verbais e prorrogações automáticas por prazo indeterminado, condição prevista no artigo 47 da Lei nº 8.245/91, tendo em vista que (i) o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666/93, aplicado a esses contratos conforme dispõe o § 3º do art. 62 da mesma Lei, considera nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração e (ii) o interesse público, princípio basilar para o desempenho da Administração Pública, que visa atender aos interesses e necessidades da coletividade, impede a prorrogação desses contratos por prazo indeterminado (Acórdão nº 1.127/2009).[\[7\]](#)

Desse modo, conclui-se pela inaplicabilidade do art. 57 da Lei 8.666/93 aos contratos de locação de imóvel firmados pela Administração Pública como locatária, possuindo tais contratos natureza jurídica de contrato da administração e não de contrato administrativo.

2.3 Prorrogação automática do contrato de locação firmado pela Administração Pública

Inicialmente, faz-se necessário tecer algumas observações acerca do conceito de prorrogação.

Consigne-se o conceito de prorrogação, em relação ao contrato, como sendo a ampliação do prazo inicialmente estabelecido para o ajuste. Pela prorrogação as partes modificam o prazo fixado na celebração do contrato, tornando-o maior. Somente isso é permitido com a prorrogação. Com efeito, a possibilidade de aumento do prazo não pode ser pretexto para substituir o contratado, nem para alterar, por exemplo, o preço e condições de pagamento anteriormente ajustadas.

Nesse sentido, faz-lhe coro o disposto no § 1º do art. 57 da Lei 8.666/93. Nas hipóteses das prorrogações aí mencionadas devem ser mantidas as demais cláusulas do contrato. Portanto, pode-se definir a prorrogação do contrato como a ampliação do prazo inicialmente estabelecido para o ajuste, nas hipóteses legalmente permitidas, mantido o mesmo contratado e respeitadas as condições anteriormente ajustadas.

Adentrando agora, especificamente, no tema das “prorrogações automáticas”, imperioso trazer à baila o Parecer nº 02/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU que cuida da possibilidade ou não de prorrogação automática nos contratos de locação de imóveis em que a Administração seja locatária:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO. LOCAÇÃO. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA POR PRAZO DETERMINADO. RISCOS.

I. A cláusula de prorrogação automática do contrato de locação em que a Administração seja locatária, ainda que estabeleça uma prorrogação por prazo determinado, não é compatível com a legislação de regência.

II. Ainda que se deliberasse pela legalidade da referida cláusula, feitos alguns ajustes, a sistemática de prorrogações automáticas traz uma série de riscos jurídicos e instabilidades para a Administração.

III. A economia de atos processuais (sucessivos procedimentos de prorrogação) e a necessária estabilização da relação de locação pode ser conseguida com o alargamento do prazo contrato de locação, compatibilizando o período de vigência com a perspectiva de ocupação do imóvel.^[8]

Saliente-se, oportunamente, que tanto o TCU (Acórdão nº 1.127/2009) como a AGU (ON nº 06/2009) partilham do entendimento de que, mesmo aos contratos regidos pelo art. 62, §3º, da Lei 8.666/93, os quais não se submetem à disciplina do art. 57 da mesma Lei (prazos), aplica-se a diretriz de vedação de contrato por prazo indeterminado. Em relação ao contrato de locação, pois, ainda que não se limite ao prazo máximo de 60 (sessenta) meses, deve sempre ter seu prazo total definido, determinado.

Ainda sobre o tema “prorrogação automática”, destaquemos, novamente, o Acórdão nº 1.127/2009-TCU, o qual trouxe a previsão de impossibilidade de prorrogação automática por prazo indeterminado, relativamente aos contratos de locação de imóveis em que a Administração Pública figura como locatária:

9.1. conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92 c/c art. 264, inciso III, do RITCU, para responder ao consulente, relativamente aos contratos de locação de imóveis em que a Administração Pública figura como locatária, que:

9.1.1. pelo disposto no art. 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, não se aplicam as restrições constantes do art. 57 da mesma Lei;

9.1.2. não se aplica a possibilidade de ajustes verbais e prorrogações automáticas por prazo indeterminado,

condição prevista no artigo 47 da Lei nº 8.245/91, tendo em vista que (i) o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666/93, aplicado a esses contratos conforme dispõe o § 3º do art. 62 da mesma Lei, considera nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração e (ii) o interesse público, princípio basilar para o desempenho da Administração Pública, que visa atender aos interesses e necessidades da coletividade, impede a prorrogação desses contratos por prazo indeterminado.^[9]

Todavia, por não ter o TCU mencionado em seu acordão, de forma expressa, as prorrogações automáticas "por prazo determinado", poder-se-ia, numa leitura mais rápida, concluir não haver vedação às prorrogações automáticas "por prazo determinado".

Entretanto, nos termos do parecer da AGU, "*a proposta de prorrogação automática por prazo(s) determinado(s) nos contratos de locação, sem que se estabeleça um prazo total, equivale à celebração de contrato por prazo indeterminado.*" Em seguida, afirma-se que "*Além disso, no regime jurídico das locações, a expressão "prorrogação automática" significa transição de um contrato por prazo determinado para um contrato por prazo indeterminado.*"

Ora, os contratos de locação em que a Administração seja locatária regem-se pela legislação privada específica, deste modo, é nesta Lei (art. 51), pois, que devem ser buscados os fundamentos da pretensa prorrogação automática por prazo determinado, sem se descuidar dos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93.

Convém destacar que o instituto da prorrogação automática, quando analisado nos exatos termos da Lei nº 8.245/91, sempre é tomado como continuação por prazo indeterminado, nunca por prazo determinado. Seja nas locações residenciais, seja nas não residenciais – estas últimas aplicáveis à Administração Pública – sempre que a prorrogação é chamada de automática, ela ocorre por prazo indeterminado.

Em outras palavras, o instituto da prorrogação automática (tácita) por prazo determinado não está expressamente previsto na Lei nº 8.245/91. Veja o que dispõe a Lei:

Art. 3º O contrato de locação pode ser ajustado por qualquer prazo, dependendo de vênua conjugal, se igual ou superior a dez anos.

[...]

Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada. (Redação dada pela Lei nº 12.744, de 2012)

Art. 46. Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

§ 1º Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir - se - á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato.

§ 2º Ocorrendo a prorrogação, o locador poderá denunciar o contrato a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação.

Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga - se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel: [...][\[10\]](#)

A sistemática de prazos e denúncia acima é semelhante nas locações não residenciais, ou seja, findo o contrato por prazo determinado e mantendo-se o locador no imóvel sem oposição, não subsistirá uma prorrogação por prazo determinado, senão um contrato de locação que passará a funcionar por prazo indeterminado. Vejamos:

Art. 56. Nos demais casos de locação não residencial, o contrato por prazo determinado cessa, de pleno direito, findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

Parágrafo único. Findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir - se - á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado.

Art. 57. O contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação.[\[11\]](#)

Urge destacar ainda que, mesmo nas locações não residenciais, há clara distinção entre o fundamento do contrato por prazo determinado daquele do contrato por prazo indeterminado. Este último, por exemplo, pode ser denunciado a qualquer tempo pelo locador, ou seja, caso a Administração-locatária esteja amparada em contrato de locação por prazo indeterminado, ficará sujeita ao direito potestativo do locador de pedir o imóvel de volta, situação por demais insegura para quem exerce atividade pública.

Ademais, a doutrina identifica alguns problemas na referida cláusula de prorrogação automática, independentemente de as partes serem pessoas privadas ou públicas, são eles: 1) se a prorrogação automática por prazo determinado for vista como obrigação a ser necessariamente cumprida pelas partes, limitaria por demais o direito de propriedade, pois o locador estaria eternamente obrigado a renovar a locação; 2) se, ao contrário, for lícito a qualquer das partes abrir mão da renovação, tal cláusula de prorrogação

automática figuraria como mera promessa, não trazendo qualquer estabilidade para a relação.

Analisando ainda os problemas da prorrogação automática, identifica-se alguns relacionados à Lei nº 8.666/93. Para tanto, faz-se imperioso mencionar a manifestação técnica do TCU no Acórdão nº 1.1127/2009-Plenário:

[...]

28. Assim, entende-se necessário ressaltar que a decisão e prorrogação de contrato de locação em que a Administração é locatária deve resguardar a opção pela melhor oferta, seja o contrato oriundo de licitação, caso em que se preserva essa condição por meio do art. 3º da Lei nº 8.666/93, seja oriundo de dispensa, onde a aplicação do art. 24, inciso X, da mesma Lei exige preço compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.^[12]

Partindo dessa análise, pode-se afirmar que a prorrogação dita “automática” dependeria de alguns requisitos, motivo pelo qual não se poderia chamar assim. Ademais, existem outros problemas como: a) impossibilidade de a Administração se comprometer, anteriormente, com a presença de todos os requisitos necessários à prorrogação; b) mitigação de atos processuais, pois todo o procedimento de renovação (comprovação dos requisitos nos autos do processo administrativo), deveria ser realizado.

E ainda, tratando-se de um contrato, na verdade, por prazo indeterminado, uma vez que não estabelecido prazo total, implicaria tal situação a sujeição desse contrato à denúncia vazia do locador a qualquer tempo (art. 57), o que geraria um enorme risco jurídico.

Pelo que foi dito até aqui, pode-se concluir que os contratos de locação em que a Administração seja locatária sempre exigirá a forma escrita e o prazo determinado, sendo vedada a prorrogação por prazo indeterminado ou a manutenção da ocupação com amparo em ajuste verbal.

Conforme acima explanado, não há limite de prazo para os contratos de locação, sendo necessário apenas o estabelecimento de um prazo determinado. Desse modo, deve a Administração, no ato inicial, da locação, estender o prazo de vigência do contrato pelo período que esteja planejando ocupar aquele espaço, para que se evite a reiterada necessidade de prorrogação da locação (sucessivos procedimentos de prorrogação), quando, em verdade, a perspectiva é de manutenção da ocupação do imóvel por longo prazo.

Portanto, conclui-se pela impossibilidade de prorrogação automática dos contratos de locação em que a Administração Pública seja locatária, ainda que por prazo determinado, por não encontrar tal situação amparo legal.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se a possibilidade de contratação direta de locação de imóvel, desde que sejam atendidos os requisitos estampados no art. 24, X, da Lei 8.666/93, o qual permite a dispensa de licitação para locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.

Ademais, como visto, no caso de contrato de locação de imóveis, no qual a administração pública é locatária, sua vigência não se rege pelo artigo 57 da Lei nº 8.666/93, mas pela Lei nº 8.245/1991. Desse modo, sua duração não está sujeita ao limite máximo de sessenta meses, estipulado pelo inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93. Tais contratos possuem natureza jurídica de contrato da administração e não de contrato administrativo.

Outrossim, não há limite de prazo para os contratos de locação, sendo necessário apenas o estabelecimento de um prazo determinado. Nesta feita, impossível a prorrogação automática dos contratos de locação em que a Administração Pública seja locatária, ainda que por prazo determinado, por não encontrar tal situação amparo legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei n. 8.245/91**, de 18 de outubro de 1991.

BRASIL. **Lei n. 4.320**, de 17 de março de 1964.

BRASIL. **Lei n. 8.666**, de 21 de junho de 1993.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 17ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.127/2009 ATA 20 – Plenário. Relator: ZYMLER, Benjamin. Data da sessão: 27-05-2009. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighlight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31313238363337&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO:&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>. Acessado em 16-07-2018

AGU. Parecer nº 02/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU. Disponível em <https://www.agu.gov.br>. Acessado em 15-07-2018.

[1] TORRES, R. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 670-671.

[2] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

[3] BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

[4] BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

[5] BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

[6] BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

[7] TCU. Acórdão nº 1.127/2009 – Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, 27.05.2009.

[8] AGU. Parecer nº 02/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU. Disponível em <https://www.agu.gov.br>. Acessado em 18-07-2018.

[9] TCU. Acórdão nº 1.127/2009 – Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, 27.05.2009.

[10] BRASIL. Lei n. 8.245/91, de 18 de outubro de 1991.

[11] BRASIL. Lei n. 8.245/91, de 18 de outubro de 1991.

[12] TCU. Acórdão nº 1.127/2009 – Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, 27.05.2009.

CRÍTICAS AOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL PARA DEFINIÇÃO DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA E DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO DE SERVIÇOS COMUNS

JONATHAS DE JESUS MOTA: Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSal, Graduado em Administração de Empresas pela União Metropolitana de Educação e Cultura - UNIME, Técnico em Eletromecânica pela Fundação Baiana de Engenharia - FBE, Consultor e Representante de empresas em processos licitatórios em todo Brasil, Aprovado no XXV exame da OAB.

ANDRÉ QUADROS CÔRTEZ^[1]

(Orientador)

RESUMO: A necessidade de adquirir produtos e serviços é constante, seja no setor público ou no setor privado: na aquisição de bens e serviços no setor privado, predomina a autonomia da vontade e a livre manifestação das vontades; quando figura em um dos polos o ente público, as compras são pautadas em ritos definidos em lei. Impõe-se ao Estado uso otimizado e eficiente dos recursos financeiros, com emprego de técnicas adequadas no processo de compras, com objetivo de adquirir bens e serviços com máxima economia. A adoção do registro de preço otimiza recursos públicos devido à redução de processos licitatórios e a aquisição apenas do que necessita enquanto vigente a ata – diferente do processo licitatório tradicional, onde a estimativa engloba apenas uma demanda existente e, encerrada a demanda, encerra-se a obrigação. Como no processo licitatório comum, a definição da comprovação de experiência e do patrimônio líquido no SRP são pautadas no orçamento total. O presente artigo visa apreciar estes critérios, tendo em vista que o orçamento total se trata de mera estimativa, não correspondendo ao quantitativo real consumido no período.

Palavras-chave: Atestado, Critérios, Licitação, Patrimônio Líquido, Registro de Preço.

ABSTRACT: The need to acquire products and services is constant, whether in the public sector or in the private sector: in the acquisition of goods and services in the private sector, autonomy of the will prevails and the free manifestation of wills predominates; when one of the poles is a public entity, purchases are based on rites defined by law. The State is required to use optimized and efficient financial resources, using appropriate techniques in the purchasing process, with the objective of acquiring goods and services with maximum economy. The adoption of the price register optimizes public resources due to the reduction of bidding processes and the acquisition of only what it needs while the minutes are in force - different from the traditional bidding process, where the estimate only includes an existing demand and, once demand is over, the obligation. As in the common bidding process, the definition of experience and equity in the SRP is set out in the total budget. The purpose of this article is to assess these criteria in view of the fact that the total budget is a mere estimate and does not correspond to the actual amount consumed in the period.

Keywords: Attestation, Criteria, Bidding, Net Worth, Price Registration^o

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 O PROCESSO LICITATÓRIO 2 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO - SRP 2.1 Conceito, objetivos, características e aplicação 2.2 Regime jurídico aplicável ao SRP da Administração Pública Federal 2.3 Fases externas da licitação 2.3.1 *Fase externa da concorrência pública* 2.3.2 *Fase externa do pregão* 2.4 Impactos do Projeto de Lei nº 6.814/2017 no SRP 3 AVALIAÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA DEFINIÇÃO DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA NO SRP 4 ANÁLISE DO CRITÉRIO ADOTADO PARA DEFINIÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO NO SRP 5 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da sociedade fomenta na Administração Pública a necessidade de construir estradas, pontes, barragens, unidades de saúde e escolas, além de conservar o patrimônio existente com as devidas

manutenções. Em regra, estes serviços são adquiridos através de um processo burocrático, denominado licitação.

Para regulamentar o art. 37, inc. XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB de 1988, foi sancionada a Lei Federal nº 8.666/1993, com normas e procedimentos de licitação e contratos administrativos. O art. 15, da lei supracitada, determina a adoção do registro de preço nos processos de compra.

O Sistema de Registro de Preços - SRP, no âmbito da União, é regulamentado pelos Decretos Federais nºs. 7.892/2013 e 8.250/2014. Entretanto, os decretos são silentes quanto as exigências de habilitação, aplicando subsidiariamente os dispositivos da Lei Federal nº 8.666/1993.

Visto que o registro de preço tem características próprias de aquisição, surge a seguinte pergunta: o critério adotado pela Administração Pública Federal para definição do atestado de capacidade técnica e do patrimônio líquido mínimo, no sistema de registro de preço de serviços comuns, é adequado?

O estudo tem por objetivo avaliar o critério adotado pela Administração Pública Federal, para definição do atestado de capacidade técnica e do patrimônio líquido mínimo, no sistema de registro preço. Em paralelo, busca-se apresentar pontos negativos do critério atual e sugestões de mutação. Para viabilizar a análise do tema proposto, adotou-se a pesquisa documental e bibliográfica.

Apesar das vantagens, como a redução de processos licitatórios e a celeridade na aquisição de bens e/ou serviços, o sistema de registro de preço é criticado devido aos parâmetros adotados para definição da qualificação técnica e qualificação econômica-financeira, como bem exposto por Justen Filho (2010, p. 203):

Um tema interessante, não tratado explicitamente nem na Lei nem no Regulamento federal, é o dos requisitos de habilitação. Como dimensionar as exigências atinentes à capacitação técnica e à idoneidade econômico-financeira? O silêncio legislativo significaria

vedação a que o edital contivesse regras sobre esses temas? A resposta é negativa.

Tem de supor-se que a licitação para registro de preços comporta requisitos de habilitação também no tocante à qualificação técnica e idoneidade econômico-financeira. Aplicam-se as regras comuns. A peculiaridade reside em que, rigorosamente, não se podem dimensionar as exigências em função dos quantitativos e valores globais. Deve ter-se em mente o limite de cada fornecimento. Um exemplo facilita a compreensão. Suponha-se que seja prevista a aquisição total de dez toneladas de um produto, ao longo do ano, com valor global de cinco milhões de reais. Ademais, estabelece-se que poderão ser realizadas até dez aquisições, cada qual com dimensão de uma tonelada e no valor de quinhentos mil reais. Não é possível exigir que o licitante comprove habilitação correspondente ao total a ser adquirido em um ano (dez toneladas e cinco milhões, no exemplo), desde que o próprio edital excluiu a possibilidade de aquisição única com essa dimensão. Se o edital delimitar lotes mínimos e quantitativos máximos, a habilitação do licitante deverá tomar em conta cada aquisição isoladamente.

Os reflexos de experiências anteriores corroboram com as críticas fomentadas por Justen Filho (2010). Como exibido no “anexo A”, o pregão eletrônico nº 018/7075-2016, instaurado pela Gerência de Logística de Salvador – GILOG SA, da Caixa Econômica Federal – CEF, teve o valor estimado em R\$ 4.998.210,98 e, durante a vigência da ATA, de junho/2016 a junho/2017, executou-se apenas 21,20% do montante estimado, ou seja, apenas R\$ 1.059.844,78.

O presente estudo é relevante frente a escassez de pesquisas relacionadas ao tema proposto, como também devido a iminente reforma na legislação de licitação. Em busca realizada no dia 15/04/2018, em plataformas acadêmicas, não houve retorno sobre análises ou críticas relacionadas a

qualificação técnica e econômica-financeira no sistema de registro de preços. Ademais, as referências bibliográficas utilizadas não reportam a problemática, salvo Justen Filho (2010), em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. Destarte, o trabalho ora proposto justifica-se à medida que as críticas elencadas visam a adequação dos critérios de habilitação no sistema de registro de preço.

Devido ao enfoque da pesquisa, no primeiro capítulo apresenta-se a síntese do processo licitatório, com conceito, objetivo, características, modalidades e tipos. No capítulo seguinte, aborda-se o contexto do registro de preço e suas particularidades, enquanto que no terceiro capítulo são expostas as críticas ao critério de definição do atestado de capacidade técnica e, no quarto capítulo, as críticas ao critério adotado para definição do patrimônio mínimo exigido no registro de preço. Por fim, no quinto e último capítulo do presente artigo, a conclusão dos pontos de pesquisa, com apresentação dos resultados alcançados.

1 O PROCESSO LICITATÓRIO

Licitação é o procedimento adotado pelo ente público, com rito previsto em lei, para adquirir bens e/ou serviços, satisfazendo necessidades internas e externas. O processo é cercado de cuidados, devido, especialmente, a natureza dos recursos públicos e a destinação/finalidade das aquisições.

Dromi (1975, *apud* DI PIETRO, 2016, p.413) conceitua licitação como procedimento adotado pelo ente público, no exercício da função administrativa, que busca a proposta mais conveniente, dentre as regras do edital, para celebração do contrato administrativo.

O Vocábulo “licitação” provém do latim *licitationem*, derivado de *licitatio* ou *licitationis*, cujo significado, segundo Ferreira (1999), é o “procedimento pelo qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa, quando compra bens e serviços ou faz outras transações”. O Direito Administrativo brasileiro atribui-lhe o sentido de procedimento administrativo prévio necessário para viabilizar os contratos da

Administração, principalmente a partir da reforma administrativa. (PAIVA, 2007, p. 14).

Em regra, a Administração Pública utilizará a licitação para aquisição de bens e serviços. Meirelles (2013, p. 551) aponta que são licitáveis unicamente objetos ofertado por mais de uma pessoa (jurídica ou física).

“Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade de [...] contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, [...], necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido [...]” (MELLO, 2013, p. 532).

O objetivo da licitação é permitir que o ente público supra seus anseios por bens e/ou serviços. Neste sentido, Paiva (2007, p. 14) indica que a licitação se trata de procedimento voltado para satisfação de uma finalidade de interesse público, atendendo aos princípios constitucionais da economicidade, isonomia, moralidade, publicidade e impessoalidade.

Como exposto no art. 3º, da Lei Federal nº 8.666/1993, o processo licitatório destina-se: ao atendimento do princípio constitucional da isonomia, o que significa, em regra, tratamento igual entre os licitantes; a seleção da proposta mais vantajosa, que não significa ser a de menor valor, mas a melhor proposta apresentada por empresa habilitada; e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O processo licitatório é público, formal, composto de atos vinculados, aberto a todos os interessados que preencham os requisitos estabelecidos no edital e que ofertem produtos/serviços em conformidade com o termo de referência.

Uma característica do processo licitatório, que contrapõe o processo de compra no setor privado, é originária do princípio da impessoalidade: a escolha do licitante através dos critérios definidos em edital, sem distinção ou preferência pessoal.

Outra característica inerente ao processo licitatório é a fase interna, onde levanta-se a necessidade e se realiza a cotação no mercado. Após, define-

se o tipo e a modalidade de licitação, considerando o objeto e o valor orçado. Os atos são acessíveis ao público, exceto o conteúdo do envelope lacrado da proposta de preço.

No Brasil, há seis modalidades de licitação: o art. 22, da Lei Federal nº 8.666/1993, criou a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão; a Lei Federal nº 10.520/2002, inseriu a sexta modalidade, o pregão.

Cada modalidade tem suas particularidades: a concorrência permite a participação de interessados que atendam aos requisitos mínimos de habilitação, empregada em compras de maior valor; o convite é adotado em pequenas compras, que correspondem até 10% do limite mínimo da concorrência; a tomada de preço exige cadastro prévio dos interessados, podendo ser adotada nas compras com valor inferior a concorrência e superior ao convite; o leilão é adotado para venda de bens; o concurso é a modalidade adotada para contratação de serviços técnicos, científicos ou artísticos; e o pregão é utilizado em processos de aquisição de bens e serviços comuns, seja qual for o valor estimado.

O objeto licitado e o valor estimado condicionam a escolha da modalidade que será processada a licitação. A título de exemplo, uma licitação que visa a contratação de empresa para execução de serviço de recuperação de rodovia, cujo valor estimado é de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), deverá ser processada via concorrência pública, regime diferenciado de contratação ou pregão. Neste caso, não se aplica a tomada de preço devido ao limite previsto no art. 23, incisos I e II, da Lei Federal nº 8.666/1993.

A implantação do pregão agrega uma série de vantagens para a Administração contratante, principalmente por ser uma modalidade de licitação mais simples que as demais referidas na Lei 8.666/1993. A negociação do valor final dos contratos tende a ser mais vantajosa para a Administração Pública, pois ela se torna mais flexível em relação ao valor final do produto comprado ou serviço contratado.

Essa flexibilidade decorre do fato de as propostas não serem imutáveis. Os fornecedores dão lances iniciais e

podem reduzir os valores para “arrematarem” a licitação, podendo, inclusive a Administração negociar com os proponentes.

Um dos aspectos mais relevantes, que distingue o pregão das demais modalidades de licitação, é a inversão que ocorre nas fases de habilitação e julgamento das propostas. Enquanto nas outras modalidades a habilitação é sempre anterior à abertura e julgamento das propostas, no pregão ocorre o contrário, isto é, a fase de habilitação é posterior à abertura. (PAIVA, 2007, p.20).

Quanto ao Regime Diferenciado de Contratação – RDC, previsto na Lei Federal nº 12.462/2011, Di Pietro (2016, p.458) classifica-o como modalidade de licitação empregada em casos específicos. Andrade e Veloso (2012, p.1) concordam que o RDC constitui modalidade procedimental autônoma de licitação, porém, reconhecem a adoção de elementos próprios das modalidades existentes e disciplinadas na legislação pátria.

Os tipos de licitação são elencadas no art. 45, § 1º da Lei Federal n. 8.666/1993: menor preço, quando o critério principal de classificação é o preço proposto; melhor técnica, onde toma-se como base critérios técnicos para classificação das propostas de preços; e a técnica e preço, que se trata de uma equação entre os dois tipos citados anteriormente – há pontuação pelo preço proposto e pelos critérios técnicos atendidos e, a melhor nota geral é selecionada.

Em síntese, o tipo de licitação repercute no critério de julgamento da proposta de preço. Porém, há modalidades de licitação que impossibilitam a escolha de outro tipo de licitação que não seja a de menor preço, como no caso do pregão.

Apesar das semelhanças ao Regime Diferenciado de Contratação – RDC, o Sistema de Registro de Preço – SRP é classificado, pela doutrina e jurisprudência, como procedimento auxiliar de licitação, para eventual aquisição, como será demonstrado no próximo capítulo.

2 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO - SRP

2.1 Conceito, objetivos, características e aplicação

Segundo Justen Filho (2010, p.191), “o registro de preços é um contrato normativo, constituído como um cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante licitação, para contratações sucessivas de bens e serviços [...]”.

Sistema de Registro de Preços – conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras (DECRETO Nº 7.892/2013, art. 2º, inc. I).

Ata de registro de preços – documento vinculativo, obrigacional, com características de compromisso para futura contratação, em que se registrem os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas (DECRETO Nº 7.892/2013, art. 2º, inc. II).

O registro de preço não se trata de uma modalidade de licitação, mas de procedimento que permite a Administração Pública formalizar “preços” para compras eventuais de produtos e/ou serviços, no período de um ano, sendo precedido de licitação na modalidade concorrência pública ou pregão.

O objetivo do registro de preços é facilitar as contratações futuras, dando celeridade na aquisição de bens e/ou serviços, evitando excessivos processos licitatórios, ou seja, várias licitações, no mesmo exercício, para aquisição do mesmo objeto (DI PIETRO, 2016, p. 481). No mesmo sentido, Paiva (2007, 15):

Não são raras as vezes em que um processo na área pública demora cinco ou seis meses. E nem sempre é possível atender os princípios da economicidade e da eficiência. Controla-se o cumprimento das formalidades

criadas para evitar que se favoreçam interesses pessoais, engessando o procedimento licitatório, sem que essa rigidez garanta a qualidade ou até mesmo o melhor preço para a compra.

O SRP insere-se nesse contexto, de forma a desburocratizar e melhorar a qualidade no processo de compras e contratações de serviços da Administração Pública.

No SRP, “o comprador” pode figurar como: órgão gerenciador ou órgão licitante, responsável pela prática dos atos internos e externos inerentes ao processo licitatório e a gerência da ata; órgão participante, que participa dos processos introdutórios e da ata; e o órgão não participante, que adere a ata, sem ter participado do processo licitatório, desde que atenda as disposições legais.

A figura da carona, órgão não participante do SRP, é objeto de críticas, visto que, permite a entidades da Administração Pública, obter bens e serviços sem realizar licitação, aproveitando o procedimento elaborado por outro ente público. Neste ponto, o volume de adesão a ata pode impactar na capacidade de operação da empresa e inviabilizar a execução do objeto proposto.

Meirelles (2010, p. 87, 88 e 89) taxa a figura do carona como ilegal e inconstitucional, apresentando a enriquecedora narrativa:

Respeitando os defensores da figura da “carona”, para nós ela é manifestadamente ilegal e inconstitucional, desde já colocando que o fato de dar maior celeridade e eficiência não é bastante para se contrapor à Lei 8.666 e à Constituição Federal de 1988. Sobre a ilegalidade, o exame do art. 15 e seus §§ da Lei 8.666, como lei em sentido formal e material, não previu de modo expresso, implícito ou explícito a possibilidade de a Ata de Registro de Preços ser utilizada por *qualquer órgão ou entidade* da Administração – quadro que indica que o decreto

extrapolou, exorbitou, foi além da lei que regulamentou, permitindo o que ela não permite; ferindo, portanto, o princípio da legalidade. E, na medida que qualquer *outro* órgão ou entidade da Administração que não participou da licitação e, por isso, não figura na Ata de Registro de Preços realize contratações usando aquelas licitação e Ata, obviamente, o que se tem aí é contratação *não precedida* de licitação, como exige o art. 2º da Lei 8.666, de 1993, e colidente, de um lado, com o princípio da licitação ou da obrigatoriedade da licitação (art. 37, XXI, da Constituição Federal) e, de outro, com o *princípio da vinculação ao edital* ou instrumento convocatório (art. 37, XXI, da Constituição Federal e art. 3º da Lei 8.666, de 1993). Lembre-se que na figura do "carona" o edital, como lei interna de cada licitação, não previu e não nomeou os outros órgãos ou entidades que viram a usar aquela licitação ou que seriam os futuros contratantes. Em última análise, teríamos órgão ou entidade contratando sem licitação e sem que tal contratação esteja prevista no edital. De mais a mais, pela *regra de experiencia comum subministradas pela observação do que normalmente acontece* (art. 335 do Código de Processo Civil) percebe-se, com facilidade, que a figura do "carona" pode ser meio propício à fraude e ao conchavo [...]. Em suma, justamente pela inconstitucionalidade e ilegalidade, a figura do "carona" é campo fértil para lesão à proibição administrativa e para o administrador desonesto. Aliás, nos diversos significados da palavra "carona" preponderam os com sentido de *calote*, de *preterição*, de indivíduo *caloteiro*, de *velhacada*, de *penetra*, a revelar que o próprio nome dado à figura já indica um comportamento indevido.

Porém, sobre a figura do "carona", o Tribunal de Contas da União – TCU taxou como legal, se devidamente justificado no edital de licitação, entendimento firmado no plenário, *in verbis*.

Licitação. Registro de preços. Adesão à ata de registro de preços. Edital de licitação. Justificativa. A inserção de cláusula em edital licitatório prevendo a possibilidade de adesão a ata de registro de preços por órgãos ou entidades não participantes do planejamento da contratação (“carona”) exige justificativa específica, lastreada em estudo técnico referente ao objeto licitado e devidamente registrada no documento de planejamento da contratação. (TCU, Acórdão 311/2018 – Plenário).

Santana (2017, p. 7) conclui que a vigência da ata e do contrato dela derivado não se confunde, portanto, é ocorrente que uma ata tenha sua validade expirada, mas o contrato dela derivado não. Meirelles (2010, p. 85) ratifica o posicionamento, afirmando que os contratos podem ser firmados dentro da vigência da ata e perdurarem por mais de um ano. Não obstante, a renovação de contratos derivados da ata é comum em processos cujo objeto contratual é a execução de serviços contínuos.

A adoção do SRP traz uma série de vantagens ao ente público: redução de gastos oriundos da redução de processos licitatórios; flexibilidade nos critérios para elaboração do orçamento estimado; otimização do estoque, com a aquisição apenas do que é necessário; e a elaboração e execução do certame sem a devida dotação orçamentária.

Nem sempre a economia proveniente da redução de processos licitatórios será vantajosa para a Administração Pública. Por exemplo, o **anexo B** apresenta os descontos obtidos pela Caixa Econômica Federal, para contratação de serviços de modernização de sistema de climatização. Os maiores descontos foram obtidos em processos de aquisição única, pois, não há fator de imprevisibilidade de variação de custo do produto/serviço. Logo, a depender do objeto e do valor, torna-se vantajoso para o erário, a aquisição única do objeto – um processo licitatório para cada demanda.

Neste ínterim, Carvalho (2008, p. 40) pontua como desvantagens: preços desatualizados, devido a variação no mercado; e a “incompletude”, ou seja, objetos não previstos, que demandam processos específicos.

Di Pietro (2016, 485) sintetiza o procedimento do SRP da seguinte forma: divulgação da intenção de realizar o registro; órgão participante confirma sua participação, indicando o quantitativo desejado; o órgão gerenciador consolida as informações e consulta o preço de mercado; após, publica-se o edital, na modalidade pregão ou concorrência; e, por fim, elabora-se a ata de registro de preço, convocando os fornecedores classificados para assiná-la.

Dispõe o art. 3º do Decreto Federal nº 7.892/2013, que o SRP poderá ser adotado quando, pelas características do objeto, houver demandas frequentes, ou quando for conveniente a aquisição parcelada ou por regime de tarefa, ou quando não há possibilidade de estimativa de demanda devido à natureza do objeto.

Cabe ratificar, neste momento, que as compras deverão ser processadas via registro de preço, quando possível sua aplicação. A definição de compra é ampla e abrange toda aquisição, total ou parcelada, de bens ou serviços, de forma remunerada.

Meirelles (2010, p. 72) descreve serviço, para fins de licitação, como atividade prestada ao ente público, sendo infindável os tipos de serviços: a lei enumera os mais frequentes, como conserto, instalação, montagem operação, conservação e manutenção. Na concepção de Meirelles (2010, p. 73), o serviço difere da obra na predominância do material empregado, ou seja, na atividade operativa.

A descrição do termo "*serviço*" é salutar. Hodiernamente, há divergência quanto a adoção do registro de preço para obras de engenharia: o TCU veda o emprego de registro de preço para obras de engenharia, como exposto no Acórdão 3.605/2014 – Plenário.

Para fins de licitação é necessário distinguir os *serviços comuns*, os *serviços técnicos profissionais generalizados* e os *serviços técnicos profissionais especializados*. Os dois primeiros exigem licitação; os últimos a dispensam quando contratados com profissional ou firma de *notória especialização*, desde que

sejam de natureza singular, como veremos adiante. (MEIRELLES, 2010, p. 73).

O Projeto de Lei nº 6.814/2017, em tramitação na Câmara dos Deputados, com a redação prevista no art. 5º, inc. XLVI, encerra a divergência sobre aplicação do SRP, possibilitando a adoção do registro de preço para obras de engenharia.

2.2 Regime jurídico aplicável ao SRP da Administração Pública Federal

O sistema de registro de preços é cercado por um conjunto de leis, normas e princípios, com regras que estabelecem e regulamentam os procedimentos internos e externos do processo.

A priori, cabe destacar que é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, com fulcro no art. 22, inc. XXVII, da CRFB/88, podendo os demais entes legislar sobre normas específicas.

O art. 15 prevê a regulamentação do sistema de registro de preços por meio de decreto, a ser editado no âmbito de cada entidade federativa. Isso não significa que o dispositivo não seja autoaplicável. A afirmativa decorre de que a disciplina constante da lei é perfeitamente suficiente para instituir-se o sistema de registro de preços. Não há necessidade de veiculação de outras regras complementares. A quase totalidade das soluções nele contidas pode ser explícita ou implicitamente extraída do sistema da Lei nº 8.666. Aliás, inúmeras inovações trazidas na regulamentação se caracterizam como ilegais, eis que ultrapassam os limites previstos legislativamente. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 194 e 195).

O SRP é regulamentado pelo Decreto Federal nº 7892/2013, com alterações introduzidas pelo Decreto Federal nº 8250/2014. Entretanto, o dispositivo regulamentar não indica procedimentos específicos de licitação,

aplicando, subsidiariamente, os ritos propostos na Lei Federal nº 8.666/1.993 e na Lei Federal nº 10.520/2002.

Ao interpretar a lei de licitações e contratos administrativos, Justen Filho (2010, p. 61) ressalta que a aplicação de um princípio envolve ponderação do aplicador quanto as circunstâncias e valores envolvidos na situação concreta, pois a multiplicidades de princípios propicia conflitos. Desta forma, infere:

É essencial ter em vista que os princípios não apresentam natureza absoluta. Justamente por que traduzem valores, seria despropositado eleger um princípio (e um valor) como superior e absoluto. Para ser mais preciso, existe apenas um único valor que apresenta dimensão diferenciada: trata-se da dignidade da pessoa. Todos os demais valores são decorrência dele. Por isso, o princípio jurídico fundamental é o da intangibilidade da dignidade da pessoa (JUSTEN FILHO, 2010, p. 62).

Cabe destacar que os princípios auxiliam na interpretação das normas vigente, adequando-as ao cenário contemporâneo. Assim, quando há um mero erro formal – ausência de índice ou numeração –, o efeito do princípio da vinculação ao instrumento convocatório é **sopesado** frente aos princípios da economicidade, razoabilidade e proporcionalidade.

A igualdade entre os *licitantes* é o princípio primordial da licitação – previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) –, pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que impeçam ou afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3º, § 1º). Desse princípio decorrem os demais princípios da licitação, pois estes existem para assegurar a igualdade. Mas o princípio em exame não impede que a Administração estabeleça *requisitos mínimos de participação*, desde que necessários à

garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público, em conformidade com o previsto nos arts. 27 a 33 da Lei 8.666, de 1993. (MEIRELLES, 2010, p. 41).

O princípio da legalidade, no âmbito da licitação, obriga que a Administração Pública atente aos comandos legais vigentes, invalidando atos contrários que os violam. O princípio de vinculação ao instrumento convocatório confere ao edital *status* de lei, vinculando o Poder Público e os licitantes aos termos preestabelecidos, em especial as condições de participação. Quando o instrumento convocatório apresentar irregularidade e/ou ilegalidade, qualquer pessoa poderá impugná-lo.

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, por que se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos. (DI PIETRO, 2016, p.113).

O princípio da impessoalidade impõe ao gestor público a atuação, de forma imparcial, na condução do processo licitatório. Assim, não é facultado ao gestor expor preferência ou qualquer questão pessoal, devendo seguir os critérios objetivos explícitos no instrumento convocatório. Portanto, o princípio é vinculado ao princípio da motivação, pois além de imparcial, o gestor deve motivar os seus atos.

O edital deverá dispor de critérios de julgamento da proposta de preço e da habilitação, sendo vedado o julgamento subjetivo. Portanto, os pontos que ensejam desclassificação/inabilitação são taxativos.

Julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas (art. 44). É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores *concretos* pedidos pela Administração em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido pelo edital. Em tema de licitação, a margem de valoração subjetiva e de discricionarismo no julgamento é reduzida e delimitada pelo estabelecido no edital. Se assim não fosse, a licitação perderia sua finalidade seletiva, justificando-se a escolha direta do contratado pela Administração, independentemente do confronto das propostas (MEIRELLES, 2010, p.53).

O princípio da economicidade, previsto no art. 70, da CFRB/88, sob a ótica de Justen Filho (2010, p.67), incide em avaliar as atividades sob a luz econômica, devido à escassez do recurso público, sendo imperioso a busca de melhores resultados, sob ótica quantitativa e qualitativa. Assim, delimita-se a discricionariedade do agente público nas suas escolhas.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade impõem que as escolhas dos critérios de habilitação sejam pautadas em razão da compatibilidade entre meios e fins, afastando qualquer regra desarrazoada e desproporcional. Alguns autores, como Di Pietro (2016), aduzem que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade permitem ao Poder Judiciário limitar à discricionariedade administrativa.

Adstrito a multiplicidade de princípios aplicáveis às licitações, a solução proposta por Justen Filho (2010, p. 63) é a adoção da técnica da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo a atividade administrativa vinculada a estes princípios. Assim, propõe duas dimensões: a genérica, que envolve espécie de tarifação de valores no caso apresentado e; uma restritiva, com objetivo de controle das medidas estatais.

O campo do regime jurídico aplicável é extenso e, além das leis e princípios citados, comporta também posicionamentos doutrinários e decisões proferidas pelo TCU e por órgãos do Poder Judiciário.

2.3 Fases externas da licitação.

No âmbito do registro de preço, o processo licitatório é realizado via concorrência ou pregão. A proposta deste tópico é abordar apenas as fases externas atinentes as modalidades ora expostas.

As modalidades de licitação têm fases comuns e específicas: em comum, por exemplo, o rito do procedimento interno, a fase de impugnação ao edital, fase de credenciamento, homologação do objeto ao licitante vencedor e efeito suspensivo do recurso interposto; a título de exemplo de fases específicas, é possível citar a fase de lances e a adoção do ambiente virtual.

Seja qual for a modalidade adotada, o procedimento é iniciado, internamente, com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, a indicação do objeto, dotação orçamentária (DI PIETRO, 2016, p. 460).

A fase externa da licitação, no campo do registro de preço, segue os ritos da modalidade adotada, sem qualquer adequação ou modificação de etapas: a única peculiaridade é quanto ao instrumento gerado pela adjudicação do objeto – a ata. A seguir, serão expostos os ritos de cada modalidade.

2.3.1 Fase externa da concorrência pública

A concorrência, segundo Di Pietro (2016, p. 461), compreende as seguintes fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação. O edital é o documento que identifica o objeto desejado, as condições de participação e os critérios de julgamento, além da minuta do contrato, especificações técnicas e anexos (Lei Federal nº 8.666/1993, art. 40).

Na modalidade concorrência, o primeiro ato da sessão pública é o credenciamento de representantes, que representará da empresa na sessão – o não credenciamento de preposto não implica em prejuízo quanto a participação da licitante no processo. Encerrada a fase de credenciamento, o Presidente da comissão de licitação prosseguirá com a fase de abertura dos envelopes de habilitação.

Na fase de habilitação, a Administração Pública abre, em ato público, os envelopes contendo a documentação,

que deve ser rubricada pelos licitantes presentes e pela comissão (§§ 1º e 2º do art. 43). Examinado os documentos, serão considerados habilitados os licitantes que tiveram atendidos as exigências do edital, não sendo permitido, após o ato público de abertura dos envelopes, a apresentação ou substituição de documentos. Os licitantes que não estiverem com a documentação em ordem são considerados inabilitados para participar da licitação e recebem de volta, **fechado**, o envelope contendo sua proposta, “desde que não tenha havido recurso após sua denegação” (art. 43, II). Quando todos forem inabilitados, a Administração poderá dar aos licitantes o prazo de oito dias [...] para apresentarem nova documentação. (DI PIETRO, 2016, p. 466).

Com a vigência da Lei Complementar nº 123/2006, as microempresas e empresas de pequeno porte possuem prerrogativas para regularizar a situação fiscal após fase de habilitação, sendo exigido apenas no ato de assinatura do contrato. Desta forma, o posicionamento de Di Pietro (2016, p. 466) carece de revisão.

Do julgamento de habilitação cabe recurso administrativo, com efeito suspensivo. Superada a fase recursal, é designada data para abertura dos envelopes de propostas das empresas habilitadas. O julgamento da proposta é objetivo, fundamentado em critérios fixados no edital.

Transcorrido a fase recursal do julgamento das propostas de preços apresentadas, o processo é homologado e adjudicado a empresa habilitada que ofertou a melhor proposta de preço, sendo convocado para assinatura da ata de registro de preço.

2.3.2 Fase externa do pregão

No pregão, diferente da concorrência, o não credenciamento do preposto, na sessão de abertura, impossibilita a oferta de lances e provoca a preclusão administrativa do direito de interpor recurso contra a classificação das propostas e o julgamento de habilitação.

Outra diferença, imposta pela Lei Complementar nº 123/2006, como bem expõe Mello (2013, p. 544 e 545), é:

Por outro lado, cumpre assinalar que, a teor da Lei Complementar 123, de 16.12.2006, reguladora das microempresas e empresas de pequeno porte, conforme caracterização que lhes é dada no art. 3º, *caput* e s I e II, quando a oferta de empresa assim qualificada for igual ou até 10% (5%, no caso de pregão) à mais bem-classificada, será considerada empatada com ela, sendo-lhe permitido reduzir seu preço abaixo do que havia sido proposto pelo melhor ofertante [...].

A regulamentação do pregão proporcionou consideráveis avanços no processo licitatório, permitindo a Administração Pública Federal obter bens e serviços comuns, pelo menor valor possível, devido a etapa de lances. O Decreto Federal nº 5.450/2005, regulamentou a modalidade pregão na versão eletrônica, que permite a realização da sessão em ambiente eletrônico, ampliando a participação de interessados.

Em comparação as etapas da concorrência, diverge a modalidade pregão, no âmbito da União: no prazo de publicação do edital e abertura da sessão (prazo mínimo de 8 dias, independente do objeto); na quantidade de sessões (em regra, uma apenas); inversão de fases (proposta avaliada antes da habilitação) e; fase única de recurso administrativo, registrada em sessão, após declarado o vencedor, com prazo de apresentação até 3 (três) dias.

2.4 Impactos do Projeto de Lei nº 6.814/2017 no SRP

De forma introdutória, cabe ressaltar que o projeto de lei é amplo e apresenta inúmeras mudanças no processo licitatório e nos contratos administrativos. Todavia, este tópico abordará apenas os principais impactos no SRP.

O Projeto de Lei nº 6.814/2017, tem por objetivo modernizar a lei de licitações e contratos, adequando a legislação as novas demandas contemporâneas, estabelecendo normas gerais de licitação. Caso aprovada, o

projeto revogará a Lei Federal nº 8.666/1993, a Lei Federal nº 10.520/2002 e alguns dispositivos da Lei Federal nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

O decreto vigente, que regulamenta o SRP no âmbito da Administração Pública Federal, permite a adoção da modalidade concorrência ou a modalidade pregão. Se aprovado, o projeto de lei em tramitação determina que o sistema de registro de preço seja processado apenas sob forma de pregão, como exposto no art. 5º, inc. XLIV, do PL nº 6.814/2017, *in verbis*.

Sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante certame na modalidade pregão, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, obras comuns e aquisição e locação de bens para contratações futuras.

O art. 76 do projeto, possibilita a contratação de obras e serviços de engenharia, via registro de preço, se existir projeto padronizado sem complexidade e necessidade permanente/frequente de obras ou serviços.

Outra mudança notada é a uniformização das fases, com a preleção do rito do pregão, ou seja, na concorrência pública, a fase de apresentação e julgamento da proposta de preço antecederá a fase de habilitação.

Em regra, o projeto determina, nos §§ 2º e 4º do art. 15, que os processos licitatórios sejam realizados sob a forma eletrônica, inclusive os atos dos licitantes, ressalvando as hipóteses da forma presencial.

No art. 70, o projeto classifica o sistema de registro de preços como procedimento auxiliar de licitação. Adiante, no art. 73 do PL 6.814/2017, o edital observará as regras gerais de licitação, além de dispor sobre: a estimativa do quantitativo máximo a ser adquirido; quantidade mínima de contratação; possibilidade de cotação de preços diferentes, em casos específicos; critério de julgamento; vedação de participação de mais de uma Ata com mesmo objeto; definição do período de validade da outra.

No caso da validade da ata de registro de preço, o legislado pretende possibilitar a prorrogação de vigência, por igual período, desde que demonstrada que a proposta continua vantajosa (art. 75). Importante destacar que a vigência da ata de registro de preço não se confunde com a vigência do contrato que dela deriva: a vigência do contrato será definida pelas disposições contidas em ata.

O projeto dispõe que a documentação referente a qualificação técnica limitar-se-á, *in verbis*.

Art. 60. A documentação relativa à qualificação técnica será restrita a:

I – Apresentação de profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II – Certidões ou atestados de contratações similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior;

III – Indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

IV – Prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

V – Registro ou inscrição na entidade profissional competente;

VI – Comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e

condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

A proposta possibilita a substituição de apresentação de atestado por outra prova que demonstre conhecimento, da empresa ou do profissional, na execução de obra ou serviço licitado. Caso aprovado, haverá possibilidade de contratação de empresa sem a devida comprovação de experiência, visto que, alguns documentos não comprovam a execução da obra ou serviço, como por exemplo o *instrumento contratual* que, por si só, não comprova a execução de forma satisfatória do objeto contratual.

Quanto a qualificação econômico-financeira, o projeto de lei ratifica o cenário existente, com a possibilidade de exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo de até 10% do valor estimado da contratação.

Assim sendo, a proposta não dispõe de critérios específicos para definição da qualificação técnica e da qualificação econômica-financeira no âmbito do sistema de registro de preço, continuando silente o legislador brasileiro.

3 AVALIAÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA DEFINIÇÃO DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA NO SRP

O Constituinte determinou no art. 37, inc. XXI da CRFB/88, que os serviços serão contratados mediante licitação pública, com exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. O objetivo da exigência de qualificação técnica é afiançar que o licitante possui *know-how* para executar o serviço proposto no processo licitatório.

Compete a área técnica solicitante a definição dos requisitos de comprovação de qualificação técnica (Acórdão 4436/2017-1ªC-TCU). O responsável deve atentar, em regra, ao art. 30 da Lei Federal nº 8.666/1993 e seus dispositivos.

A qualificação técnica consiste no domínio de conhecimento e habilidade para execução do objeto licitado. O conceito é complexo e variável, pois cada espécie de serviço requerer critérios distintos, contudo, essencial é a

harmonia entre o objeto licitado e a qualificação técnica exigida (JUSTEN FILHO, 2010, p. 429).

O documento que comprova a capacidade técnica e a capacidade operacional é, em regra, o atestado: documento emitido pelo contratante, que declara e descreve a execução de serviços pela contratada (licitante).

Meirelles (2010, p. 193), por creditar parte do insucesso na execução do objeto a falta de capacidade operativa real da licitante, entende ser lícito a verificação de experiência compatível do licitante que se propõe a executar o objeto. A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto a letra “b” do § 1º do art. 30 da Lei 8.666, de 1993. Marçal Justen Filho, apontou o melhor posicionamento sobre a lide:

Em termos lógicos, mantém-se o entendimento de que a interpretação mais satisfatória é a segunda. Parece ser essa única solução compatível com a natureza restritiva das regras do art. 30. Mas é inequívoco que a solução não prestigia o princípio da República. A exigência acerca de experiência anterior no âmbito empresarial não deriva de conveniência suprimível por parte do legislador. É relevante apurar a idoneidade do licitante e submeter sua participação à comprovação objetiva de atuação satisfatória anteriormente. Essa comprovação não pode fazer-se apenas por via da capacitação técnica profissional. Esse é um dos ângulos através do qual pode avaliar-se as condições de execução satisfatória do objeto licitado. Mas, em várias hipóteses, sequer essa é a via mais adequada para tanto. Basta considerar todos os casos de serviços não relacionados ao exercício de profissões regulamentadas. Excluir a possibilidade de requisitos acerca de capacitação técnica operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco a execução satisfatória da futura contratação. A Administração Pública poderá contratar sujeito sem a experiência necessária à execução de certo objeto contratual. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 437 e 438).

O Tribunal de Contas da União – TCU, definiu, através do Acórdão nº 534/2016 – Plenário, ser compatível com interesse público contratar empresas e profissionais que demonstrem experiência na execução do objeto licitado. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, ratificou o entendimento do TCU, ao se posicionar a favor da exigência, classificando-a como legal, *in verbis*.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE ENGENHARIA. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. EXPERIÊNCIA PRÉVIA NO DESEMPENHO DE ATIVIDADES SIMILARES OU CONGÊNERES. AMPARO NO ART. 30, II, DA **LEI 8.666/93**. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança no qual o **licitante** postula que a cláusula de exigência de experiência prévia em determinado serviço de engenharia ensejaria violação à competitividade do certame.

2. Não há falar em violação, uma vez que a exigência do edital encontra amparo legal no art. 30, II, da **Lei nº 8.666/93**, bem como se apresenta razoável e proporcional, já que se trata de experiência relacionada a rodovias, limitada à metade do volume **licitado**. 3. "Não fere a **igualdade** entre os **licitantes**, tampouco a ampla **competitividade** entre eles, o condicionamento **editalício** referente à **experiência prévia** dos concorrentes no âmbito do objeto **licitado**, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, nos termos do art. 30, inciso II, da **Lei nº 8.666/93**" (REsp 1.257.886/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.11.2011). Recurso ordinário improvido.

Outra omissão legislativa – inclusive no Projeto de Lei nº 6.814/2018 – é a ausência de critérios objetivos na definição da parcela de maior relevância e do quantitativo a ser exigido, cabendo ao órgão solicitante, de forma discricionária, defini-los. Todavia, o TCU dosou a discricionariedade do agente público, possibilitando a exigência de comprovação dos serviços com

representatividade superior a 4% do orçamento total, e até 50% do quantitativo previsto para o item, como posto nos acórdãos do plenário 167/2001, 1636/2007 e 3257/2013.

[...] no Registro de Preços não há necessidade de serem definidas com rigidez quantidades e qualidades, pois o Poder Público deve fazer uma estimativa máxima e mínima dos produtos que pretende utilizar, vinculando os proponentes com os preços registrados na Ata [...]. (MEIRELLES, 2010, p. 85).

No Brasil, em contraste a posição de Meirelles (2010), o agente público, ao definir os critérios de qualificação técnica, desconsidera as características atinentes ao registro de preço – ***aquisição eventual e fracionada*** – e considera, na definição da comprovação de capacidade técnica/operacional do licitante, a estimativa global – ***como se a execução do objeto do registro de preço fosse total***.

Apesar da CRFB/88 permitir apenas exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, a ausência de regras específicas no sistema de registro de preço fomenta a incompatibilidade da regra atual com os princípios que norteiam a licitação.

Quando a aquisição de bens/serviços é fracionada e eventual, a fixação dos critérios sobre mera estimativa não se mostra a melhor alternativa. Como exposto por Justen Filho (2010), a regra geral comum da licitação é aplicada, de forma harmônica, razoável e proporcional, quando a aquisição do objeto é única e total. Sendo assim, a dimensão das exigências, no registro de preço, deve limitar-se a cada aquisição isolada e não ao montante total estimado.

A aplicação da regra geral no âmbito do registro de preço é desarrazoada e desproporcional, na medida em que o objeto da licitação é uma mera estimativa e, na maioria dos casos, não se executa a totalidade – como a situação revelada no ***anexo A***. Logo, as escolhas não se mostram razoáveis e proporcionais.

Com a ascensão da adoção do registro de preço, a perspectiva é que o TCU, ou o STJ, ou o Supremo Tribunal Federal - STF, após julgamento da matéria, regule a situação em tela, estabelecendo parâmetros razoáveis na definição das regras de qualificação técnica, no âmbito do sistema de registro de preço, visto que, o legislador continua silente, mesmo com a iminente mudança da legislação.

4 ANÁLISE DO CRITÉRIO ADOTADO PARA DEFINIÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO NO SRP

O patrimônio líquido mínimo é condição de qualificação econômico-financeira do licitante, com efeito de garantir o adimplemento contratual, sendo comprovado na data da sessão de abertura do certame.

A título introdutório, o patrimônio líquido demonstra o(s) valor(es) que o(s) sócio(s) possui(em) em determinado período: retrata a real saúde financeira da empresa. É composto da conta capital social, reserva de capital, reserva de lucro, lucros ou prejuízos acumulados e outras reservas.

O critério para definição do patrimônio líquido mínimo é extraído do art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei Federal nº 8.666/1993, que faculta a Administração Pública exigir no edital patrimônio líquido correspondente ao montante de até 10% do valor total estimado.

A lei faculta ao órgão licitante a exigência de patrimônio líquido ou capital social. Optando pelo capital social, o valor aferido do licitante é reduzido, pois o capital social é subitem do patrimônio líquido.

A comprovação do patrimônio líquido é dada através do balanço patrimonial, na folha de demonstração do passivo da empresa. Assim, modificações posteriores do patrimônio líquido só terão efeito se atualizados por índices oficiais, como previsto no art. 31, inc. I, da Lei Federal nº 8.666/1993.

A exigência de capital mínimo, que na sistemática anterior era regra, passou a ser exceção, pois só é autorizada (assim como a de patrimônio líquido mínimo) quando se tratar de compras para entrega futura ou na execução de obras ou serviços, limitado, contudo, a 10%

do valor estimado da contratação (art. 31, §§ 2º e 3º). (MEIRELLES, 2010, p. 197).

Justen Filho (2010, p.480), cita posicionamento do STJ, através do julgamento do Mandado de Segurança nº 8.240/DF, que taxou como lícita a exigência de capital social mínimo para participar de licitações. O autor ainda pontua que nos casos de compras para entrega futura, de obras ou serviços, a Administração Pública poderá impor ao licitante a comprovação de patrimônio ou capital, no percentual até 10% do valor total estimado do objeto.

O maior ou menor valor da licitação é o que indicará as cautelas a serem tomadas pela Administração na apuração da capacidade financeira dos concorrentes, não se devendo afastar as pequenas empresas pelo só fato de terem capital reduzido. Desde que a firma tenha *capacidade financeira real* para aquela obra, aquele serviço ou aquele fornecimento pedido no edital, pode concorrer em igualdade de condições com as de maior capital, porque a capacidade financeira não é absoluta, mas *relativa a cada licitação*. (MEIRELLES, 2010, p. 197).

Na ausência de regra específica para definição do patrimônio líquido mínimo no instrumento convocatório do SRP, adota-se as regras comuns, previstas na Lei Federal nº 8.666/1993. Portanto, o valor mínimo fixado é extraído do orçamento estimado global. Ocorre que, como posto nos capítulos anteriores, o registro de preço trata-se de procedimento de compras parceladas, com mera estimativa de contratação futura, no período de até 1 ano.

Como não se trata de compra com fornecimento único, a fixação do patrimônio líquido, tendo como parâmetro a estimativa global do registro de preço, é desproporcional e inconstitucional, na medida que possibilita a fixação de exigências além do indispensável para garantia do cumprimento das obrigações.

A aplicação da regra geral, no âmbito do registro de preço, restringe o caráter competitivo da licitação, pois limita a quantidade de participantes. Por

exemplo, no *anexo A*, empresas com capital inferior a R\$ 499.821,09, não participaram do certame e, no final do contrato, executou-se apenas R\$ 1.059.844,78. Neste cenário, mostrou-se desproporcional os meios empregados na definição do patrimônio exigido no edital.

Em analogia ao pensamento de Justen Filho (2010), exposto no capítulo anterior, a definição do patrimônio líquido mínimo, no âmbito do registro de preço, deve limitar-se a cada aquisição isolada estimada para um período, e não como é aferido atualmente.

O cenário contemporâneo exige do agente público esforços na otimização dos recursos públicos. Ao definir exigências de habilitação, é indispensável a avaliação dos critérios mínimos que garantam a execução dos serviços pela futura contratada, sendo obrigatória a definição do patrimônio líquido mínimo sob a ótica da razoabilidade e proporcionalidade.

Pelo artigo 37, XXI, da Constituição, somente poderão ser exigidos documentos referentes à “qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Revendo posicionamento adotado em edições anteriores, passamos a entender que o sentido do dispositivo constitucional não é o de somente permitir as exigências de qualificação técnica e econômica, mas de, em relação a esses dois itens, somente permitir as exigências que seja indispensáveis ao cumprimento das obrigações. A norma constitui aplicação do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade entre meios e fins. (DI PIETRO, 2016, p. 463).

A adoção de regras comuns de qualificação técnica e econômica não demonstra sintonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como também com o dispositivo do art. 37, inc. XXI da CRFB/88. Se o ideal é exigir apenas requisitos indispensáveis ao cumprimento das obrigações pactuadas, fora do contexto é fixar exigências em previsões superestimadas, afastando licitantes e limitando a competitividade e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

5 CONCLUSÃO

Com base na pesquisa bibliográfica e documental, conclui-se que os critérios adotados pela Administração Pública Federal, para definição do atestado de capacidade técnica e do patrimônio líquido mínimo no sistema de registro de preços, não são adequados e destoam da previsão do art. 37, inc. XXI da CRFB/88, que é a exigência de critérios mínimos de qualificação técnica e econômico-financeira indispensáveis ao adimplemento contratual.

As críticas elencadas nos capítulos 3 e 4 indicam a adoção de critérios de habilitação inadequados no âmbito do sistema de registro de preço, devido à ausência de razoabilidade e proporcionalidade na definição do atestado de capacidade técnica e do patrimônio líquido mínimo.

A Lei Federal nº 8.666/1993, instituiu normas aplicáveis a licitação, com enfoque maior do legislador na aquisição global, de forma única, do objeto licitado. Isto devido ao cenário da sociedade brasileira na década de 90, onde predominava a realização de certames na forma citada, visto que, o orçamento era pautado na demanda existente/real. Os critérios de habilitação, definidos em lei, tem como base o orçamento total, corroborando que o legislador considerou apenas a aquisição única do objeto, preterindo a aquisição parcelada (fracionada).

Com baixa adesão do sistema de registro de preço, nas décadas anteriores, os critérios de habilitação pouco foram questionados. Porém, o avanço tecnológico, a adequação de procedimentos administrativos (desburocratização), a criação da modalidade pregão e a regulamentação do registro de preço, fomentou o emprego do registro de preço pela Administração Pública, sendo adotado com mais frequência, inclusive para obras comuns de engenharia.

No registro de preço, o objeto derivado do processo licitatório não é o contrato, mas a ata de registro de preço. Não há critérios no SRP que possibilitem aferir garantia mínima para adimplemento contratual, pois, para cada solicitação da ata, haverá um contrato específico. Assim, a adoção de critérios mínimos de qualificação técnica e econômico-financeira deve ser pautado por cada fornecimento isolado.

Uma alternativa é apontada por Justen Filho (2010), que com o silêncio legislativo, indica que na definição dos requisitos de habilitação deve-se observar a estimativa de cada fornecimento isolado.

Apesar da ausência de regra específica de habilitação para o sistema de registro de preço, a legislação e o Poder Judiciário, facultaram ao agente público, a definição da parcela de relevância e da fixação do percentual a ser exigido de qualificação técnica e econômico-financeiro. Portanto, o bom senso do agente público é também ferramenta possível de saneamento e adequação.

Na definição do patrimônio líquido mínimo exigido no certame, o agente público poderá fixar percentual que, quando aplicado sobre a estimativa total, aproxime-se da demanda parcelada de fornecimento, abdicando de exigir o limite máximo previsto em lei (10%), para adotar percentual coerente com uma média de aquisição.

O mesmo contexto é aplicado na definição do atestado de capacidade técnica, visto que, o TCU, assim como o STJ, fixou entendimento que o agente público poderá exigir até 50% do quantitativo total previsto na planilha orçamentária. Logo, a jurisprudência apenas fixou o limite máximo.

Devido à escassez de trabalhos acadêmicos sobre o tema proposto e a ausência de jurisprudência, espera-se a fomentação do debate ventilado, com objetivo de estabelecer regras específicas de habilitação para o sistema de registro de preço. Ademais, o momento é propício, na medida que o projeto de lei (PL 6.814/2017) em tramitação na câmara dos deputados é a ferramenta adequada para o legislador preencher a lacuna deixada na criação de leis anteriores que, no momento, continua silente.

Por fim, com a crescente adesão ao sistema de registro de preço, e com a possível apreciação da (i)legalidade na definição dos requisitos de qualificação técnica e econômica-financeira, espera-se a fixação de critérios adequados, através de decisões do TCU ou STJ, como feito na definição da parcela de maior relevância do atestado de capacidade técnica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de. VELOSO, Vitor Lanza. **Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes.** Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, 2012. Disponível em:
< http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60_Ricardo_e_Vitor_RDC.pdf >. Acesso em: 18 03 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 16 03 2018.

_____. **Lei nº 8.666/1.993:** Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm >. Acesso em: 16 03 2018.

_____. **Lei nº 10.520/2.002:** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm >. Acesso em: 16 03 2018.

_____. **Decreto 5.450/2005:** Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm >. Acesso em: 22 03 2018.

_____. **Decreto 7.892/2.013:** Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm >. Acesso em: 16 03 2018.

_____. **Decreto 8.250/2.014:** Altera o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15

da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, 2014. Disponível em:
< http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2014/decreto-8250-23-maio-2014-778791-normaa_tualizada-pe.html >. Acesso em: 16 03 2018.

_____. **Projeto de Lei nº 6.814/2017**: Institui normas para licitações e contratos da administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília, 2017. Disponível em:
< http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4F55AF6D84A6BDC7F047577E9A64FACE.proposicoesWebExterno2?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017 >. Acesso em: 16 03 2018.

CARVALHO, Carlos Henrique Soares. **Os efeitos do sistema de registro de preço nas compras públicas: estudo de caso da Secretaria Municipal de Obras, Serviços Básicos e Habitação da cidade de Manaus**. Biblioteca Digital FGV: Rio de Janeiro, 2008. Disponível em:
< <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3320/csoares.pdf> >. Acesso em: 16 03 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro - RJ: Forense, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. – São Paulo – SP: Dialética, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato administrativo**. 15ª Edição, atualizada por JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, CARLA ROSADO BURLE E LUÍS FERNANDO PEREIRA FRANCHINI. São Paulo – SP: Malheiros Editores LTDA, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo – SP: Malheiros Editores LTDA, 2013.

PAIVA, Juliana Aguiar de Carvalho. **Sistema de registro de preços: como e por que adotá-lo**. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2007. Disponível em: < <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3645> >. Acesso em 16 03 2018.

SANTANA, Jair. **A vigência da Ata de Registro de Preços (ARP) não se confunde com a duração do contrato administrativo que dela deriva.** Minas Gerais, 2017. Disponível em: < <http://www.jairsantana.com.br/a-vigencia-da-ata-de-registro-de-precos-arp-nao-se-confunde-com-a-duracao-do-contrato-administrativo-que-dela-deriva/>>. Acesso em: 16 03 2018.

[1] Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador – UCSal, Advogado, Consultor, Ex-Procurador do Município de Mata de São João-BA, Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo da Universidade Católica do Salvador – UCSal e da Faculdade Batista Brasileira – FBB.

O CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO INSTRUMENTO DE DEFESA NA EXECUÇÃO FISCAL

JORDAANNA MARIA LOPES GUSMÃO:

Procuradora da Fazenda Nacional.

Resumo: A Lei nº 6.830/80 disciplina a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. Na referida norma, como meio de defesa para o executado, o art. 16 estabelece a possibilidade de oposição de embargos à execução, todavia, como requisito, a lei exige a garantia do juízo. Como nem todos possuem condições financeiras para garanti-lo ou querem fazê-lo, passou a ser admitido como instrumento de impugnação a exceção de pré-executividade, de alegações restritas a matéria de ordem pública e exigências mais simples. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar a Exceção de Pré-executividade como instrumento de defesa na execução fiscal.

Palavras Chave: Execução Fiscal, Defesa, Exceção de Pré-Executividade

Abstract: The Law n ° 6.830/80 discipline on the judicial collection of the active debt of the public farm of the Union, of the States, of the Federal district, of the municipalities and their local authorities. In the said Norm, as a means of defense for the executed, art. 16 It establishes the possibility of opposition of embargoes to the execution, however, as a requirement, the law requires the guarantee of judgment. Since not all have financial conditions to guarantee it or want to do so, it has been admitted as an instrument of contesting the

exception of Pré-executividade, of allegations restricted to matters of public order and simpler requirements. In this context, the objective of this work is to analyze the exception of pre-Executividade as a defence instrument in the fiscal execution.

Keywords: Fiscal Execution, Defense, Exception of Pré-executividade

Sumário: Resumo. Palavras Chave. Abstract. .Introdução. 1. Exceção de Pré-Executividade como mecanismo de defesa. 2.Considerações Finais. 3. Referências.

Introdução

A Lei de Execução Fiscal (LEF) traça importantes balizas a serem seguidas na cobrança judicial dos créditos públicos inscritos em Dívida Ativa.

De acordo o art. 2º, a Dívida Ativa compreende a tributária, bem como a não tributária. Além disso, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato (art. 2º, § 2ª, da Lei nº 6.830/80)

Ressalte-se que a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez, bem como tem efeito de prova pré-constituída. Entretanto, tal presunção não é absoluta, podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveita (art. 3º da LEF e art. 204 do Código Tributário Nacional - CTN).

Diante disso, verifica-se que, em virtude da supremacia e indisponibilidade do interesse público, o legislador optou por inverter o ônus da prova. Assim, cabe ao devedor/executado fazer prova robusta de fato modificativo ou extintivo contra o crédito exequendo.

Não é demais lembrar que a arrecadação dos créditos públicos são fundamentais para a concretização das políticas públicas.

Diante dessa relevância, a Certidão de Dívida Ativa representa título executivo extrajudicial apto a instruir o processo de execução fiscal (art. 784, IX,

do Código de Processo Civil de 2015 - CPC/2015), bem como exige-se para discussão do débito a garantia do juízo.

Como nem todos possuem condições financeiras ou querem garanti-lo, como método mais simples de defesa, a doutrina e a jurisprudência criou o que se convencionou a chamar de exceção de pré-executividade.

Feitas essas considerações, passa-se à análise exceção de pré-executividade como instrumento de defesa.

1. Exceção de pré-executividade como instrumento de defesa

No processo de execução fiscal, a Lei nº 6.830/80, no seu art. 16, prevê a figura dos embargos como instrumento de impugnação da execução. De acordo com o § 2º do referido dispositivo, no prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

O prazo para sua oposição e resposta pela Fazenda Pública é de 30 (trinta) dias úteis, conforme artigos 16 e 17 da LEF c/c art. 219 do CPC/2015,

Dessa forma, por meio desse mecanismo, o executado deverá concentrar todas as suas alegações. Esse é o momento adequado para apresentação de fatos modificativos, suspensivos ou extintivos do crédito cobrado.

Como requisito para sua oposição, a LEF estabeleceu a necessidade de garantia do juízo, visto que preceitua expressamente que "não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução" (art. 16, § 1º, da LEF).

Como garantia da execução, o executado poderá efetuar depósito em dinheiro; oferecer fiança bancária ou seguro garantia; nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública (art. 9º da LEF).

Na hipótese de não ocorrer o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º da LEF, a penhora poderá recair sobre qualquer bem do

executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis (art. 10 da LEF). O intuito da norma foi proteger o mínimo existencial, assegurar a dignidade da pessoa humana, pilares do Estado Democrático de Direito.

Destaca-se que a garantia é condição de procedibilidade dos embargos, sem a qual são inadmitidos. Assim, por lhe faltar pressuposto processual válido, os embargos, na ausência de garantia do juízo, deverão ser julgados sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, IV, do CPC.

De mais a mais, a existência de garantia do Juízo deve ser observada no momento do ajuizamento dos embargos, como também há de se fazer presente no decorrer do trâmite de toda a ação. Na hipótese de perda total ou parcial da garantia no curso do processo, o embargante deverá ser intimado para substituí-la ou complementá-la, sob pena de sua inadmissão.

Importante destacar que, embora a Lei de Execução fiscal estabeleça os embargos como meio de defesa, os Juízes e Tribunais vêm admitindo a interposição de exceção de pré-executividade para discussão de matérias conhecíveis de ofício e que não demandem dilação probatória. Inclusive tal posicionamento está previsto na Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Uma das principais diferenças entre os embargos e a exceção é a desnecessidade de garantia do juízo para apresentação.

Além disso, enquanto os embargos possuem natureza jurídica de ação de conhecimento e deve ser distribuída em autos apartados, a exceção é mero incidente processual dentro dos próprios autos da execução.

Outra distinção é que os embargos possuem prazo peremptório para sua oposição, enquanto a exceção poderá ser processada a qualquer tempo.

Por outro lado, não é qualquer matéria que poderá ser alegada na exceção, mas apenas aquelas passíveis de serem conhecidas de ofício pelo magistrado e que não demandem dilação probatória, sob pena de tornar a execução uma ação de conhecimento.

Assim, sua cognição é limitada.

Nesse sentido, o STJ, através do julgamento do REsp 1110925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009, firmou o seguinte entendimento:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL SÓCIO-GERENTE CUJO NOME CONSTA DA CDA. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.

1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução. 3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC. Destaques não constantes do texto original.

Da leitura do referido julgado, depreende-se que o STJ estabeleceu que, para a oposição de exceção de pré-executividade, é necessário que a matéria invocada seja possível de ser reconhecida de ofício pelo juiz e, simultaneamente, que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

Como exemplos de matérias a serem tratadas por meio dela, pode-se citar a ilegitimidade passiva, haja vista ser uma das condições da ação, a qual poderá

ser reconhecida de ofício pelo juiz, bem como os temas relacionados à prescrição e decadência, se puderem ser demonstrados de plano pelo executado.

Da mesma forma dos embargos, o ônus da prova recai sobre o excipiente que deverá provar os fatos alegados, objetivando desconstituir o título executivo que embasa a execução fiscal.

Oposta a exceção, abrir-se-á vista dos autos a parte contrária (excepto) para que se manifeste em face da manifestação da parte executada.

No momento do seu julgamento, a pretensão do excipiente pode ser acolhida de maneira parcial ou total, bem como ser rejeitada integralmente.

2. Considerações Finais

O processo de execução tem por objetivo a satisfação do direito do credor. Como a execução fiscal busca a satisfação de créditos públicos necessários à concretização de políticas públicas, ele é dotado de maiores garantias do que a execução comum, com o intuito de tornar mais efetiva a sua cobrança. Tais garantias são meios necessários para assegurar maior efetividade na prestação judicial e recuperação dos créditos públicos.

A LEF prevê a necessidade da garantia do juízo como condição necessária para oposição dos embargos do devedor e tal requisito é válido pelo princípio da especialidade das normas e confirmado pela jurisprudência.

Todavia, de criação doutrinária e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade vem ganhando espaço, em virtude da simplicidade para sua oposição.

Portanto, a exceção de pré-executividade constitui um importante mecanismo de impugnação à execução à disposição do executado hipossuficiente que queira discutir o débito cobrado.

3. Referências

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 3 ed. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 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: 23 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em: 23 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm> Acesso em: 15 de junho de 2018.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 18 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: Acesso em: 10 de junho de 2018.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. **São Paulo (SP): Saraiva 2013**.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 13ª. Edição. Rio de Janeiro (RJ): Lúmen Júris, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROCHA, Roberval. **Direito Tributário**. 3ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1110925 - SP**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 05 de junho de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Enunciados de Súmulas**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>> Acesso em 05 de junho de 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 47ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2005.

UMA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS JURÍDICOS E POLÍTICOS DA LEI DA FICHA LIMPA

HEBERT HENRIQUE DE OLIVEIRA MELANIAS:

Graduado em Direito pela Faculdade Raimundo Marinho - FRM - Unidade Maceió/AL; Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - LFG; Especialista em Gestão em Segurança Pública pela Faculdade Futura / FAVENI; Especialista em Direito Eleitoral pela Faculdade Futura / FAVENI; Escrivão de Polícia Judiciária do Estado de Alagoas; Assessor Jurídico da Delegacia Geral de Polícia Civil do Estado de Alagoas

RESUMO^[1]: Desde o seu nascedouro a Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa) foi bastante contestada por grandes juristas do ramo eleitoral, por entender ser inconstitucional e ofender o princípio da presunção de inocência. A referida lei é conhecida como “Lei da Ficha Limpa” que, dentre outras medidas, afasta o direito político de eventual candidato se candidatar caso condenado em segunda instância antes da data limite para o registro das candidaturas. Neste sentido, o presente trabalho objetiva fazer uma abordagem sobre os efeitos jurídicos e políticos da Lei da Ficha Limpa que tinha como principal escopo dar ênfase a idoneidade dos candidatos, afastando e combatendo os políticos conhecidos na justiça por diversas condenações de corrupção. A Lei Complementar nº 135/2010 que alterou a Lei Complementar nº 64/1990 ampliou os casos de inelegibilidade visando proteger a probidade administrativa e a moralidade das eleições, tendo grande relevância perante a sociedade brasileira já que é uma Lei de Iniciativa Popular. É um tema que se apresenta relevante, mormente na atual conjuntura política do Brasil e, por isso, a importância da ampliação e discussão sobre a Lei da Ficha Limpa que deu início a uma varredura no processo eleitoral brasileiro.

Palavras-Chave: Lei da Ficha Limpa. Efeitos Jurídicos. Efeitos Políticos. Lei de Iniciativa Popular.

ABSTRACT: Since your inception Complementary Law 135 of June 4, 2010 (Clean Sheet Law) has been contested by major jurists in the electoral branch,

since it is unconstitutional and offends the principle of presumption of innocence. This law is known as the "Clean Sheet Law " which, among other measures, removes the political right of a possible candidate to apply for a convicted case in the second instance before the deadline for registering applications. In this sense, the present work objectives to make an approach on the legal and political effects of the Clean Sheet Law, whose main purpose was to emphasize the suitability of the candidates, removing and fighting the politicians known in court for various condemnations of corruption. Supplementary Law 135/2010, which amended Complementary Law No. 64/1990, extended the cases of ineligibility in order to protect the administrative probity and morality of the elections, having great relevance to Brazilian society since it is a Popular Initiative Law. It is a subject that is relevant, especially in the current political situation in Brazil and, therefore, the importance of the expansion and discussion on the Clean Sheet Law that initiated a sweep in the Brazilian electoral process.

Keywords: Clean Sheet Law. Legal Effects. Political Effects. Popular Initiative Act.

Sumário: Introdução. 1. Dos direitos políticos do cidadão brasileiro. 1.1. Condição de elegibilidade. 1.2. Causas de inelegibilidade. 1.2.1. Inelegibilidade como forma de sanção social e não criminal. 2. Da lei da ficha limpa. 2.1. Efeitos jurídicos da lei da ficha. 2.1.1. Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a lei da ficha limpa. 2.2. Efeito Político da Lei da Ficha Limpa. 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, famigerada Lei da Ficha Limpa, foi sancionada pelo Presidente da República, à época, Luiz Inácio Lula da Silva, e tinha por objetivo estabelecer critérios ainda mais rígidos aos candidatos que já haviam sido condenados pela justiça de segundo grau por crimes ligados à corrupção.

Mediante trabalho construtivo do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral – MCCE, iniciado em 2008, não demorou muito para que a sociedade brasileira determinasse provocar o Congresso Nacional com o fito de criar

projeto (de iniciativa popular) destinado a aumentar para 08 (oito) anos o período de inelegibilidade e de suspender a exigência do trânsito em julgado nos casos em que a representação for julgada procedente pela Justiça Eleitoral.

A Lei da Ficha Limpa rompeu com todos os paradigmas existentes no processo eleitoral. Em que pese terem se passado 08 (oito) anos desde sua sanção e sua aplicação, a referida norma é ainda uma novidade no cenário jurídico, passível ainda a diversas interpretações jurídicas.

No intuito de melhor abordar o tema e transpor o seu sentido amplo, se fez necessária uma intensa pesquisa em inúmeros livros e artigos voltados ao direito aqui em questão. No campo científico metodológico, a pesquisa é do tipo exploratória, com pesquisas (coleta de dados) em fontes bibliográficas através de livros físicos e artigos encontrados na *internet*. O método de abordagem hipotético-dedutivo. Assim, o artigo científico fora dividido em dois capítulos, a saber:

O **primeiro capítulo** traz considerações acerca dos direitos políticos do cidadão brasileiro, trazendo para um melhor entendimento das circunstâncias dispostas na norma constitucional e infraconstitucional acerca das condições de elegibilidade e inelegibilidade, além disso, aponta a inelegibilidade como forma de sanção social e não criminal. Necessariamente, o primeiro capítulo tem por objetivo situar minimamente o processo eleitoral quanto às condições do direito de votar (ativo) e de ser votado (passivo) do cidadão brasileiro, bem como o entendimento de que a Lei da Ficha Limpa tem força de sanção administrativa e/ou moral e não criminal.

O **segundo capítulo** pondera os efeitos jurídicos da Lei da Ficha Limpa, sobretudo do STF, e os efeitos políticos ou o impacto trazido pela referida norma. Neste capítulo, fundamentalmente, fica demonstrada a importância da Lei da Ficha Limpa e o impacto político da norma sobre a sociedade brasileira.

Por derradeiro, ainda no sobredito capítulo, se conclui o presente trabalho com o posicionamento jurisprudencial dos tribunais de segunda instância, em especial o Recurso Extraordinário nº 929.670, onde ratificou indiretamente além da constitucionalidade da norma, a sua aplicação sobre políticos condenados por abuso de poder em campanha, antes de sua vigência.

1. DOS DIREITOS POLÍTICOS DO CIDADÃO BRASILEIRO

Não pairam dúvidas que para se fazer presente na política brasileira é necessária a participação efetiva do cidadão brasileiro no pleito eleitoral. É através do exercício dos direitos políticos que se sobrevoa a plenitude da democracia, ou seja, do poder-direito de votar e ser votado.

Sobre o conceito de direitos políticos temos “o conjunto de normas que disciplinam os meios necessários ao exercício da soberania popular.” (CERQUEIRA, T. e CERQUEIRA, C., 2012, p. 124).

Os direitos políticos compreendem mais do que o direito ao voto e de ser votado (sufrágio eleitoral), mas também envolvem as condições de elegibilidade e inelegibilidade.

1.1 *Condição de elegibilidade*

Devidamente disciplinada na Constituição Federal de 1988, a condição de elegibilidade, isto é, a capacidade passiva de exercer o direito a ser votado encontra-se amparado no § 3º do artigo 14 da *carta magna*:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 3º **São condições de elegibilidade**, na forma da lei:

- I - a nacionalidade brasileira;
- II - o pleno exercício dos direitos políticos;
- III - o alistamento eleitoral;
- IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;
- V - a filiação partidária;
- VI - a idade mínima [...]

esta esteira, temos de forma concisa que para ser considerado passivamente apto a participar do pleito eleitoral como candidato aos cargos eletivos o cidadão brasileiro precisa:

(a) **ter nacionalidade brasileira** (originária ou adquirida), ressaltando as exceções previstas no §3º, do art. 14, CF/88;

(b) **estar em pleno gozo dos direitos políticos** (art. 15, da CF/88), assim, é necessário que o cidadão não tenha: (i) cancelada naturalização por sentença transitada em julgado; (ii) incapacidade civil absoluta; (iii) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; (iv) recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; e (v) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º da CF/1988;

(c) **estar alistado ao órgão competente**, com isso basta que o cidadão providencie junto ao órgão competente sua inscrição como eleitor;

(d) **ter domicílio eleitoral na circunscrição**, para efeito de inscrição o TSE e demais cortes já decidiram que domicílio eleitoral^[2] "é o lugar de residência ou moradia do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas." (parágrafo único, da Lei Federal nº 6.996/1982);

(e) **estar filiado em partido político**, o cidadão não poderá executar o poder democrático de participar do pleito eleitoral se não estiver ligado a um Partido Político e desde que observado o prazo disciplinado em lei. (COSTA, 1998) e;

(f) **possuir idade mínima**, exigência dada pela Constituição Federal, para impor limites de idade para investidura em cargos eletivos. Salienta-se que conforme preleciona a Lei Federal nº 9.504/1997 com alteração dada pela Lei Federal nº 13.165/2015 a idade mínima constitucionalmente estabelecida como condição de elegibilidade "é verificada tendo por referência a data da posse, salvo quando fixada em dezoito anos, hipótese em que será aferida na data-limite para o pedido de registro".

Enfim, ausente de aptidão para postular mandato eletivo e, sendo assim, não possuindo os requisitos mínimos de elegibilidade:

[...] não havendo o fato jurídico que origine este direito público subjetivo – pois só de fatos jurídicos

dimanam efeitos jurídicos –, há ausência, para todos, da capacidade passiva eleitoral, é dizer, da possibilidade de candidatar-se o nacional a um cargo político eletivo. (COSTA, 1998, p. 57)

1.2 Causas de inelegibilidade

Como parcialmente já visto no tópico em epígrafe, a inelegibilidade é o oposto de elegibilidade, assim a inelegibilidade é o estado jurídico negativo de quem não possui os requisitos mínimos para se candidatar.

Assim, se o cidadão não satisfizer os requisitos mínimos impostos pela Constituição Federal de 1988 ou não se enquadrar nas situações impostas na Lei Complementar nº 64/90, alterado pela Lei Complementar nº 135/2010, encontrar-se-á inelegível.

A Constituição Federal de 1988 no § 4º e seguintes, do art. 14 dispõe que:

§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

[...]

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Não se atendo a detalhes é necessário expor ainda que, conforme já exposto, existem outras condições que permitem o enquadramento de cidadão

e candidato como inelegível, situações estas dispostas na Lei Complementar nº 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010, que trataremos laconicamente no segundo capítulo.

1.2.1 Inelegibilidade como forma de sanção social e não criminal

A inelegibilidade não é causa, mas consequência de um ato praticado pelo cidadão, seja omissiva ou comissivamente. Assim, afirmar que a inelegibilidade possui critério punitivo-criminal é contrariar os princípios básicos do direito. Tornar-se-á inelegível aquele que contrariar norma estabelecida previamente, em que o Estado, a fim de coibir bens jurídicos preponderantes como o princípio da probidade e da moralidade, aplica como sanção a inelegibilidade. O instituto sancionador resulta no “impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo.” (GOMES, 2010, p. 145).

A restrição imposta como sanção tem por base a responsabilidade administrativa sob a ótica do risco social e não da responsabilidade criminal.

[...] não se está a aferir a responsabilidade criminal do indivíduo ao aplicar-lhe a inelegibilidade. Esta se baseia no princípio da moralidade. Aquela, na presunção de inocência. Com efeito, busca-se, com a inelegibilidade, limitar o acesso ao cargo público eletivo de pessoas que apresentem dados abstratos que indiquem potencial risco social na hipótese de serem conduzidas ao mandato. (LIMA, 2011)

Ainda sobre isso Reis (2010, p. 39) expõe que:

A tutela jurídica é dirigida a fins diametralmente opostos numa e noutra matérias. O Direito Penal apresenta restrições ao poder do Estado em benefício do acusado; as inelegibilidades limitam o exercício de direitos por parte do indivíduo para proteger bens jurídicos socialmente preponderantes.

Outro não é o entendimento dos Tribunais Eleitorais:

RECURSOS ELEITORAIS: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO. [...] há de se reconhecer a potencialidade para interferir na legitimidade do pleito, configurando o abuso de poder econômico sancionado pelo artigo 22 da Lei Complementar 64/1990. Decretação da inelegibilidade do prefeito, responsável pelo abuso. IV. **A inelegibilidade prevista no artigo 22, XV da LC 64/1990, a ser sancionada em AIJE, não se confunde com as inelegibilidades elencadas no art. 1º, I da mesma Lei, devendo ser vista como sanção, prevalecendo, no caso, a pena prevista no momento do cometimento do ilícito.** (TRE-PB - RE: 520283 PB, Relator: NEWTON NOBEL SOBREIRA VITA, Data de Julgamento: 10/05/2011, Data de Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, grifo nosso)

2. DA LEI DA FICHA LIMPA

A Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010 instituiu novos casos de inexigibilidade e ampliou a inelegibilidade de 03 (três) para 08 (oito) anos. Os motivos da iniciativa popular que culminou com a aprovação e a sanção da LC nº 135/2010, apresenta certa obviedade já que se deu início à insatisfação do findo governo Lula em transição ao Governo Dilma Rousseff, onde os casos de corrupção publicizados pela mídia estavam em evidência.

2.1 *Efeitos Jurídicos da Lei da Ficha Limpa*

A Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”:

Em linhas gerais, alterou todos os prazos de cessação da inelegibilidade para oito anos e acrescentou às alíneas que tratam de casos de inelegibilidade dependentes de decisão transitada em julgado o trecho “ou proferida por órgão colegiado”. Ou seja, não é mais necessário que transite em julgado, que não caiba mais recurso, basta uma decisão proferida por órgão colegiado para tornar o

indivíduo inelegível. Também, segundo consta, os efeitos da LC 135 alcançam os atos praticados antes de sua vigência, ou seja, tem efeito retroativo. (SCHLICKMANN, 2012)

As mudanças foram bem significativas, incluindo a possibilidade de inelegibilidade para os políticos condenados por decisão de órgão judicial colegiado, independentemente de sentença condenatória transitada em julgado. Por outro lado, a decisão deverá ser realizada/manifestada em plenária, afastando-se assim decisões proferidas por Juízo de Primeiro Grau e decisões monocráticas manifestadas por relator de processo de segundo grau.

Os efeitos jurídicos trazidos pela norma teve forte incidência não apenas no mundo jurídico, mas nos efeitos políticos causados. Parece-nos que o tema jamais será exaurido. Tratar das diferentes maneiras de combate à corrupção nos parece uma verdadeira utopia necessária, cujo principal foco é continuarmos a acreditar que a democracia um dia será efetivada com direitos ampliados, indistintos, imparciais e voltada para o bem comum. Sobre a difícil tarefa de conceituar democracia Streck e Bolzan de Moraes (2012, p. 109-110):

[...] **desnecessário dizer que a conceituação de democracia é uma tarefa quase impossível**, mormente porque o termo “democracia”, com o passar do tempo, foi transformado em um estereótipo, contaminado por uma anemia significativa (Warat). Daí que parece acertado dizer que a razão está com Claude Lefort, para quem a democracia é uma constante invenção, isto é, deve ser inventada cotidianamente. [...] **As lutas históricas em prol da democracia nos mostram quão duro é alcançá-la e, muito mais do que isto, conservá-la.** (grifo nosso)

Discutir a LC nº 135/2010, trouxe um verdadeiro debate jurídico inovador ou contraditório em alguns momentos, sobretudo nos tribunais eleitorais e na mais alta corte do país – Supremo Tribunal Federal – tanto acerca da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa sobre a aplicação ou não do princípio da presunção de inocência e os seus efeitos jurídicos eleição de 2012.

2.1.1 Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei da Ficha Limpa

Com a sanção da Lei Complementar nº 135/2010, precisamente 02 (dois) anos após, houve manifestação do Supremo Tribunal Federal – STF que numa análise conjunta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 29 e 30) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578), por maioria do Colegiado, decidiu pela constitucionalidade da lei, inclusive com entendimento pela aplicação da lei nas eleições de 2012, alcançando atos e fatos ocorridos antes de sua vigência.

Em seguida, 05 (cinco) anos após a primeira manifestação do STF, a alta corte do país, no Recurso Extraordinário nº 929.670, reconheceu a possibilidade jurídica da aplicação da Lei da Ficha Limpa para políticos condenados por abuso de poder em campanha antes de 2010, quando a lei passou a vigor, por isso, a escolha do tema se tornou imperiosa e reflete a verdadeira intenção do Poder Judiciário em afastar ou minimizar a inserção de políticos considerados ilegítimos para representar o povo.

2.2. Efeitos Políticos da Lei da Ficha Limpa

Os efeitos políticos da Lei da Ficha Limpa sem dúvidas se mostram evidentes quando, após levantamento editorial da Redação Pragmatismo Político em 2014^[3], 252 candidatos a cargos eletivos em todo o Brasil foram barrados pela Lei da Ficha Limpa em 2014, ou seja, tal efeito enfraqueceu politicamente as bases políticas voltadas para a corrupção e destruição do país.^[4]

Um dos efeitos políticos da Lei da Ficha Limpa é a desistência *in loco* de políticos que de maneira proposital, como forma de “driblar” a norma, indicam ou apontam nomes de pessoas que convivem próximas a eles, como por exemplo, o cônjuge, o(a) filho(a) ou o amigo(a) para concorrer em seu lugar. É natural que a lei se encontra ainda em adequação, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, mas são visíveis os efeitos da lei que trabalha silenciosamente nos casos citados acima, como de forma escancarada nas diversas decisões do TRE/TSE.

Num levantamento feito no sítio eletrônico do G1 em setembro de 2012, foram impedidos pela Ficha Limpa pelo menos 868 (oitocentos e sessenta e oito) candidatos em todo país entre os cargos de vereador, prefeito e vice-

prefeito.^[5] Esse número é ainda maior, pois alguns Tribunais Regionais Eleitores deixaram de apresentar a informação de quantos políticos haviam tido a sua candidatura indeferida por força da Lei da Ficha Limpa. Já em 2014, o Ministério Público Federal impugnou 4.115 (quatro mil cento e quinze) candidaturas por irregularidades nos pedidos de registros. Desses, foram 497 (quatrocentos e noventa e sete) ações se deram em razão da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).^[6]

As alterações trazidas na Lei de Inelegibilidade que foram inseridas pela Lei Complementar nº 135/2010, favoreceu o endurecimento das sanções aos políticos e demais agentes públicos por parte do Poder Judiciário que, pela força da sociedade civil organizada, tiveram que se apresentar de forma mais enérgica e com penas mais duras em desfavor dos famosos criminosos do colarinho branco.

CONCLUSÃO

O exercício da democracia se dá com o exercício do sufrágio eleitoral (direito de votar e de ser votado). É o direito de participação da sociedade brasileira no poder de escolher e determinar seus representantes. É nessa linha de raciocínio que o presente artigo como recomendado proporcionou a real ideia de que da mesma forma que escolhemos nossos representantes, também temos a força de extrair os corruptos do cenário político/jurídico, por meio de uma das ferramentas de grande valia, *in casu*, a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Para fazer uso desse mecanismo jurídico é de extrema importância que a sociedade se apresente com posturas voltadas ao coletivismo, a ética e ao bem social, dando exemplo e mostrando que é com práticas direcionadas ao bem do próximo que podemos mobilizar todos contra a corrupção.

Desta forma, buscando melhor apresentar uma análise sobre os efeitos jurídicos e políticos da Lei da Ficha Limpa, o **primeiro capítulo** do artigo científico bem definiu os direitos políticos do cidadão brasileiro. Foram discutidas ainda as definições, condições e causas de elegibilidade e inelegibilidade e, por fim, a aplicação da Lei Complementar que trata sobre inelegibilidade como sanção administrativa prévia e não como sanção criminal. Já o **segundo capítulo** se propôs a demonstrar o elemento cerne do trabalho que foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da

constitucionalidade, bem como os efeitos jurídicos, através dos números de candidatos barrados pela Ficha Limpa e os efeitos políticos da Lei da Ficha Limpa.

Diante do exposto, com base no entendimento jurisprudencial e doutrinário, se conclui que, independentemente das divergências existentes na Lei da Ficha Limpa, trata-se de um dispositivo eficaz e ferramenta indispensável para combater a corrupção, favorecendo a realização de eleições mais democráticas, e ao mesmo tempo afastam os poderosos e famosos políticos pela prática de desvio e malversação de verbas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF impugna mais de 4 mil candidatos, sendo 497 pela Lei da Ficha Limpa**. Publicado em: 20 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/eleitoral/mpf-impugna-mais-de-4-mil-candidatos-sendo-497-pela-lei-da-ficha-limpa>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. **Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Estabelece normas para as eleições**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. **Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. **Direito Eleitoral Esquematizado**. Coord. Pedro Lenza. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Adriano Soares. **Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Lei da Ficha Limpa barra ao menos 868 candidatos no país**. G1, São Paulo em 16 set. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2012/noticia/2012/09/lei-da-ficha-limpa-barra-ao-menos-868-candidatos-no-pais.html>>. Acesso em: 21 fev. 2018

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LIMA, Jair Antônio Silva de. **Natureza Jurídica da Inelegibilidade**. Conteúdo Jurídico, publicado: 21 dez. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,natureza-juridica-da-inelegibilidade,35406.html#_ftn14>. Acesso em: 15 fev. 2018.

PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. **Breves apontamentos sobre condições de elegibilidade, Inelegibilidades, registro de candidatura e ação de impugnação de pedido de registro de candidatura**. Resenha Eleitoral [do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina], Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 13-33, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/806/>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

PRAGMATISMO POLÍTICO. **Os 252 candidatos da Ficha Suja nas eleições**. Eleições 2014, publicado em 19 set. 2014. Disponível em:

<<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/09/os-253-candidatos-ficha-suja-nas-eleicoes-2014.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

SCHLICKMANN, David. **Ficha Limpa: Um instrumento da democracia.** Conteúdo Jurídico, Publicado: 13 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ficha-limpa-um-instrumento-da-democracia,38262.html>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NOTAS:

[1] Artigo científico exigido pela Faculdade Futura de Ensino / FAVENI, para obtenção de Especialista em Direito Eleitoral. Texto aprovado com nota 9.00 e elaborado no mês de junho/2018.

[2] Ac.-TSE, de 8.4.2014, no REspe nº 8551; de 5.2.2013, no AgR-AI nº 7286 e, de 16.11.2000, no ARESP nº 18124: conceito de domicílio eleitoral em que basta a demonstração de vínculos políticos, sociais, afetivos, patrimoniais ou de negócios.

[3] Primeira eleição sob os efeitos da LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) no âmbito Estadual e Federal.

[4] PRAGMATISMO POLÍTICO. **Os 252 candidatos da Ficha Suja nas eleições.** Eleições 2014, publicado em 19 set. 2014. Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/09/os-253-candidatos-ficha-suja-nas-eleicoes-2014.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

[5] D'AGOSTINO, Rosanne. **Lei da Ficha Limpa barra ao menos 868 candidatos no país.** G1, São Paulo em 16 set. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2012/noticia/2012/09/lei-da-ficha-limpa-barra-ao-menos-868-candidatos-no-pais.html>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

[6] BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF impugna mais de 4 mil candidatos, sendo 497 pela Lei da Ficha Limpa.** Publicado em: 20 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/eleitoral/mpf-impugna-mais-de-4-mil-candidatos-sendo-497-pela-lei-da-ficha-limpa>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

ANÁLISE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

FELIPE TEIXEIRA DIAS: Graduando no curso de Direito pelo Centro Universitário FG (UniFG) e membro da Comissão Própria de Avaliação (CPA). É Pesquisador discente do corpo Técnico-científico do Observatório UniFG do Semiárido Nordestino (Iniciação Científica - IC), também integra o Núcleo de Pesquisa de Direito à Cidade no Semiárido (DGP/CNPq); Participa como discente pesquisador do SerTão - Núcleo Baiano de Direito & Literatura (DGP/CNPq) ambos no âmbito da (UniFG). Pertence à Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL).

COAUTORES:

DEBORAH MARQUES PEREIRA[1]

BRUNA ANGÉLICA DE JESUS LIMA[2]

MURILLO BEZERRA DE CARVALHO[3]

RESUMO: Ao tratar de assuntos contemporâneos sobre o Direito Civil, o presente trabalho traz uma discussão sobre uma temática diferenciada, a problemática a ser apresentada versará sobre os casos em que se tem a análise da Teoria do Adimplemento Substancial (embasada por muitos pelo art. 475 do Código Civil de 2002 observando a teoria geral dos contratos), a qual aponta soluções em contratos de compra e venda no âmbito do Direito Civil Brasileiro. Nesse sentido, observa-se que a referida teoria baseia-se em reflexões doutrinárias (vez que a legislação é vaga com relação a presente temática). Diante disso, a presente pesquisa foi desenvolvida a partir de análise científica, utilizando-se para tanto, doutrinas, legislações e jurisprudências, com posterior compatibilização, e tem como objetivo demonstrar quais os fatores; e quais os procedimentos necessários adotados para analisar/adotar a referida teoria em resoluções de conflitos e conseqüentemente a não extinção dos contratos, analisando por sua vez a devida aplicação ao caso concreto, observando o linear jurídico em volto a essa teoria.

Palavras-Chave: Teoria geral dos contratos. Resolução de conflitos. Função social dos contratos. Princípio da função social. Adimplemento Contratual.

ABSTRACT: In dealing with contemporary issues on Civil Law, the present work brings a discussion on a different theme, the problematic to be presented will deal with the cases in which we have the analysis of Substantial Performance Theory (supported by many by art. 75 Civil Code of 2002 observing the general theory of contracts), which points out solutions in contracts of purchase and sale within the scope of Brazilian Civil Law. In this sense, it is observed that this theory is based on doctrinal reflections (since the legislation is vague in relation to the present theme). Therefore, the present research was developed based on scientific analysis, using doctrines, laws and jurisprudence, with subsequent compatibilization, and aims to demonstrate what factors; and what necessary procedures were adopted to analyze / adopt this theory in conflict resolutions and consequently the non-extinction of the contracts, analyzing in turn the proper application to the concrete case, observing the legal linear back to this theory.

Keywords: General theory of contracts. Conflict resolution. Social function of contracts. Principle of the social function. Contract fulfillment.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade as fontes do direito oferecem cada vez mais uma maior garantia aos cidadãos em prol de seus anseios. Isso ocorre pelo fato de as legislações utilizarem de um único padrão pra resolução de conflitos dispersos. É nessa perspectiva que incide a criação de diversas teorias nos vários campos do direito.

Nesse sentido, o Direito Civil Brasileiro, analisa concretamente os casos submetidos a sua tutela, de modo que o fator condição, é o peso que responde ao lado que busca por uma certa igualdade na ponderação do direito, ou seja, acesso *versus* possibilidade. Desse modo, o que se torna justo para uma das partes, vem a ser a análise da possibilidade de uma das partes em cumprir com determinada prestação.

Não obstante o direito como ciência social aplicada, e, ainda como pacificador social (SOUZA, 2012), entre análises, mudanças e reformulações de diversas matérias, possui em si temáticas que ainda são pouco exploradas e que são de grande importância e debate para os civilistas, um exemplo disso é

a questão da função social dos contratos que deve responder a teoria geral dos contratos (BRASIL, 2002).

Dessa perspectiva, a pesquisa em comento, objetiva analisar a teoria do Adimplemento Substancial, e conseqüentemente se há possibilidade de extinção do contrato de compra e venda por intermédio da invocação da referida teoria, que encontra-se respaldada a partir do art. 475 do Código Civil de 2002. Pretende-se ainda analisar, a origem dessa teoria; a tipologia dos casos em que se tem a possibilidade de invocação; e a análise jurisdicional acerca desta temática.

Desse modo, para realização do presente trabalho, utilizou-se do método indutivo e monográfico que consiste na observação de determinadas condições, instituições, grupos ou comunidades com a finalidade de obter generalizações (ANDRADE, 2004). Para tanto, o percurso metodológico consistiu-se em análises de doutrinas, artigos científicos, e julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Dessa forma, como aporte teórico utilizou-se de autores que discutem a temática de forma aprofundada, a exemplo: Martins-Costa (2003), Galli (2017), e Tartuce (2014), observando-se para tanto, os principais e relevantes pontos abordados pelos doutrinadores acerca da temática.

Para reforçar a pesquisa, utilizou-se de buscas em revistas/periódicos eletrônicos indexados na Plataforma Sucupira, utilizando-se para tanto, o mecanismo de pesquisa por área do conhecimento, nos periódicos eletrônicos/revistas utilizou-se o método de busca por palavras chave: "Contratos", "Adimplemento Substancial", "Extinção Contratual" e "Teoria geral dos contratos".

Posteriormente, buscou-se também, análise de julgados, priorizando o Recurso Especial Nº 1.581.505 - SC (2015/0288713-7), disponível no site do Superior Tribunal de Justiça – STJ^[4], sendo este, elemento essencial para realizar a compatibilização de dados entre teoria e aplicação ao caso concreto. A partir destas análises utilizou-se da forma comparativa e interpretativa entre os artigos científicos, a doutrina e o caso concreto, para que fosse possível obter um resultado compatibilizado.

Desse modo, o presente trabalho terá como discussão 2 (duas) divisões e 1 (um) quadro de decisões, em um primeiro momento a Teoria do Adimplemento Substancial será abordada de forma reflexiva no contexto do Direito Civil Brasileiro para esclarecer sua origem e função. Em um segundo momento, a Teoria do Adimplemento Substancial será analisada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, corte superior, responsável por julgados da área Civil que irá ilustrar através de um quadro de decisões, a frequência com que essa temática é tratada e sua relevância para resolução da lide no caso concreto.

Diante disso, a presente pesquisa tem em seu viés de justificativa a primordial necessidade analisar criticamente à Teoria do Adimplemento Substancial, enfocando o Direito Civil Brasileiro, verificando em quais casos a aplicação ou mesmo invocação torna-se necessário.

2 A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Inicialmente, e com o propósito de introduzir a problemática aqui abordada, ou seja, a Teoria do Adimplemento Substancial (substancial performance), torna-se necessário expor seu conceito e origem. Pode-se inferir com Galli (2017, p.1) que esta teoria “surgiu na Inglaterra do século XVIII” e de acordo com suas palavras, ela nasceu a partir da observação, pelas Cortes de *Equity*^[5], da “desproporcionalidade que poderia resultar da resolução contratual incondicionalmente aplicada em determinadas situações, em especial aquelas nas quais a obrigação havia sido cumprida pelo devedor de modo praticamente integral”. Dessa forma, Lima (2007, p. 75) destaca que devido ao advento do princípio da boa-fé objetiva, tornou-se limitado o direito do credor quando o “inadimplemento da obrigação contratual se mostrava insignificante, a ponto de não interferir nos efeitos do contrato”.

Inferi-se com Galli (2017, p.1) acerca do Adimplemento Substancial que, “a introdução da teoria no Direito Civil brasileiro é atribuída ao professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul”.

Diante disso, instala-se o paradigma de que o Adimplemento Substancial é aquele “tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das

partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 264). “Antonio Carlos Ferreira, Ministro do STJ”, em um julgamento que tornou-se pioneiro acerca desse tema, destaca que a aplicação dessa teoria exige o preenchimento dos seguintes requisitos “existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; o valor do inadimplemento deve ser ínfimo em relação ao total do negócio; e, ainda, deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários” (GALLI, 2017 p. 3).

Noutra perspectiva, ao analisar o processo de (in)adimplemento da obrigação, ou mesmo a extinção do contrato por fatos posteriores a celebração, cabe destacar que a Teoria do Adimplemento Substancial é um mecanismo utilizado na resolução destes conflitos no que se refere ao cumprimento da prestação. Nesse sentido, Tartuce (2014, p. 190) salienta que, existem duas formas de rescisão contratual (fim do contrato) “resolução (extinção do contrato por descumprimento) e rescisão (dissolução por vontade bilateral ou unilateral, quando admissível por lei, de forma expressa ou implícita, pelo reconhecimento de um direito potestativo)”.

Desse modo, no tocante ao inadimplemento contratual, o art. 475 do Código Civil de 2002, enuncia que a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato. Contudo, Tartuce (2014, p. 190 – 191), destaca que:

[...] conforme as regras que constam dos arts. 389 e 390 do Código Civil, a inexecução culposa sujeitará a parte inadimplente ao ressarcimento pelas perdas e danos sofridos – danos emergentes, lucros cessantes, danos morais, estéticos e outros danos imateriais –, de acordo com aquilo que pode ser interpretado à luz dos arts. 402 a 404 da codificação emergente, da Constituição Federal e da atual jurisprudência.

Dessa perspectiva, Tartuce (2014, p. 191) destaca que no tocante ao artigo 475 do Código Civil de 2002, e a Teoria do Adimplemento Substancial, foi aprovado “na IV Jornada de Direito Civil, o Enunciado n. 361 CJF/STJ, estabelecendo que “O inadimplemento substancial decorre dos princípios gerais

contratuais, de modo a fazer preponderar à função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”.

Todavia, para melhor ilustrar o conceito da Teoria do Adimplemento Substancial, compreende-se de acordo com Tartuce (2014, p. 191) que pela teoria do adimplemento substancial ou “*substantial performance*”, em hipóteses em que o contrato tiver sido quase todo cumprido, não caberá a sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, visando sempre a manutenção da avença. Diante disso, entende-se que a relação da teoria se dá mais com o princípio da função social dos contratos, diante da “conservação do negócio jurídico (Enunciado n. 22 CJF/STJ). Aliás, trata-se de mais um exemplo de eficácia interna da função social dos contratos entre as partes contratantes (Enunciado n. 360 CJF/STJ)” (TARTUCE, 2014 p. 191).

Vale ressaltar também que o Adimplemento Substancial também está inserido no âmbito dos direitos do consumidor, e devido isso, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) garante ao devedor a posse do bem, a continuação da prestação do serviço e a manutenção do vínculo contratual mesmo que inadimplente, desde tenha quitado quantia considerável das prestações, e, por fator superveniente, alheio a sua vontade, se vê incapaz de continuar cumprindo com suas obrigações, porém não se exime de procurar meios alternativos para a efetivação do adimplemento integral, atingindo assim a perfeita conclusão do pacto (MARTINS-COSTA, 2003).

Desse modo, o CDC, protege o devedor enquanto consumidor, de arbítrios que podem ser praticados no decorrer do contrato, tendo em vista que o consumidor se encontra como parte vulnerável nessa relação, e, como garantia desse tratamento diferenciado em face do consumidor nas relações de consumo, o art. 4º, I, do CDC, reconhece a vulnerabilidade deste, quando o tema é mercado de consumo, já o inciso III do mesmo artigo supracitado, coroa o princípio da boa fé objetiva que deve ser guardado durante todo tempo de execução do contrato:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo

170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (BRASIL,1990).

Diante disso destaca-se que muitos elementos que são utilizados no âmbito do Direito Civil Brasileiro, possuem condão interdisciplinar, perpassando sua utilização entre Direito Civil e Direito do Consumidor, uma vez que as relações travadas tanto num quanto no outro possuem certas semelhanças, ao passo que em muitos casos torna-se necessário a utilização do CDC no âmbito do STJ para resolução de lides oriundas do Direito Civil, e neste caso também não se dissocia (BRASIL, 2015 s.p).

3 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO (STJ)

Na atualidade é comum que a suprema corte do âmbito civil (Superior Tribunal de Justiça) seja acionada na tentativa de resolver demandas que perpassam as instancias anteriores em busca de solução da lide. Dessa perspectiva é válido destacar a pouca abordagem nos tribunais acerca da teoria do Adimplemento Substancial, como pode ser visto na tabela abaixo, elaborada a partir da busca por decisões no STJ.

Tabela 01 – Decisões que envolvem a Teoria do Adimplemento Substancial

TOTAL DE DECISÕES	
Acórdãos de Repetitivos	Nenhum
Súmulas	Nenhum
Acórdãos	35
Decisões Monocráticas	4492
Informativos de Jurisprudência	4

Fonte: Superior Tribunal de Justiça (STJ), 2018.

Org.: DIAS, Felipe Teixeira, 2018.

De acordo com a tabela 01, como pode ser analisado acima, não existem acórdãos repetitivos, o que demonstra que o Adimplemento Substancial, por ser um instituto extremamente cauteloso, possui casos diferenciados, e que, o resultado de nenhuma Súmula responde a este pensamento, haja visto, que não há todavia uma pacificação de decisões em um único documento (Súmula).

Já no tocante aos Acórdãos sobre a presente temática, estes, vem sendo confeccionados desde o ano de 1999, sendo em suma são controversos, hora possibilitando o Adimplemento Substancial, hora requerendo outras situações para que possa ser apreciado o caso concreto que esteja invocando a referida teoria, vale destacar que dos casos analisados nos acórdãos dos 35 (trinta e cinco), 26 (vinte e seis) foram favoráveis a utilização da referida teoria, enquanto que 9 (nove) foram desfavoráveis (BRASIL, 2018).

Noutra perspectiva o Adimplemento Substancial tem sido invocado em decisões monocráticas desde o ano de 2000 e tendo estas últimas decisões aumentadas nos últimos anos, até o ano 2018, contudo, ainda sim é baixo o percentual dos casos que desembocam no STJ o que demonstra a seriedade deste instituto no que se refere à utilização devida, haja vista que o número: 4492 (quatro mil quatrocentos e noventa e dois) de decisões ao longo de 18 anos corresponde a um baixo percentual, sendo 249 decisões desse tipo por não, se considerada a quantidade de lides em tribunais de 1º instância no território brasileiro (BRASIL, 2018).

E por último, no âmbito jurisprudencial, a primeira vez que o Adimplemento Substancial tornou-se tema de jurisprudência no âmbito do STJ foi em 2011, e a última vez em 2017, o que demonstra que as decisões correspondentes a utilização deste instituto são pouco mutáveis, prova disso é a quantidade ínfima de jurisprudência ao longo de 7 anos totalizando somente 4 (quatro) jurisprudências (BRASIL, 2018).

Dessa perspectiva, com relação à teoria do adimplemento substancial, Galli (2017, p.1) destaca que no caso concreto no âmbito do STJ, as decisões são tomadas de forma linear ao caso concreto, nesse sentido ele discorre que, “no caso concreto, [...] a teoria não pode inverter a ordem lógico-jurídica do contrato, que prevê o integral e regular cumprimento de seus termos como meio esperado de extinção das obrigações”.

Desse modo, compreende-se que o STJ, adota a utilização/aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, muito embora as estatísticas contidas na tabela anterior demonstrem em números a pouca utilização desta teoria. Coaduna-se com essa ideia, Ashton (2009) tendo como fundamento um estudo realizado, ou seja, um dos fundamentos da referida suprema corte. Ashton (2009, p. 10) destaca que,

Considerando que normas legais da common Law não podem ser formuladas com tal precisão que resolvam adequadamente toda e qualquer contingência ou hipótese legal possível, pode acontecer que ocorram injustiças pela aplicação inadequada da norma da common law. Para resolver e remediar tais injustiças da common law, é que se desenvolveu o direito de equidade (equity).

Dessa perspectiva, Catusso (2008, p. 192) destaca que, embora atualmente, a partir da ampla aceitação do "caráter complexo da relação obrigacional", entende-se que houve uma "ampliação no conceito de adimplemento, no sentido de que além do cumprimento da obrigação principal é necessária a observância dos deveres laterais", desse modo, "se tem admitido uma especial eficácia do cumprimento mediante prestação parcial, o que decorre do princípio da boa-fé em sua finalidade limitativa do direito do credor, para se obstar certos efeitos, quais sejam, a resolução por inadimplemento ou o desapossamento do bem" (MARTINS-COSTA 2003, p. 267).

Dessa forma, em um julgado do Superior Tribunal de Justiça (corte superior no âmbito de matérias infra-constitucionais), é possível perceber a ponderação dessa aplicação, como no exemplo que segue:

1. O uso do instituto da substantial performance não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações. 2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada "Teoria do Adimplemento Substancial" não se prende ao exclusivo exame do critério

quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descuidar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. 3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917). 4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais. 5. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2015 s.p)[6].

No caso narrado acima, solicitou-se a invocação da Teoria do Adimplemento Substancial, para desapropriar o devedor, por este não haver cumprido de forma integral com o pacto, contudo, a decisão foi tomada de forma contrária, favorecendo a parte hipossuficiente da ação, ou seja, o réu. Diante disso, evidencia-se por tanto, que existem critérios rigorosos na aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, que, abrangem mais do que meramente a análise dos valores que constituem o cerne de determinados conflitos em contratos de compra e venda, observando-se os princípios da boa-fé, e o caso fático narrado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À título de palavras finais, observou-se que o Direito Civil Brasileiro perpassa pela concretização do acesso à justiça por todos os cidadãos, em que a consubstanciação de um acesso à justiça e ponderação da equidade tornam-se necessário ao analisar o caso concreto.

Tendo como fundamento os ditames da Teoria Geral dos Contratos, constitui-se a chamada “Teoria do Adimplemento Substancial”, que além de almejar a concessão de uma análise necessária do caso em que esta é invocada, propõe atender às funções sociais do contrato. No contexto apresentado, observou-se que a invocação da referida teoria, e neste caso, ponderou favoravelmente a parte menos favorecida (hipossuficiente), ou desprovida de recursos monetários.

Percebeu-se também que a referida teoria, é um instituto antigo e sério, que não é meramente utilizado a mercê de quem quer que o invoque, mas sim daqueles que realmente possui instrumentos legais (provas) de que não possui condições para prosseguir com o adimplemento da prestação, ademais nota-se nestes casos que o inadimplemento não fere o princípio da boa-fé objetiva.

Diante disso, no caso estudado e comentado no presente trabalho a Teoria do Adimplemento Substancial oportunizou o direito à propriedade por parte do devedor. Diante do exposto, finaliza-se o presente trabalho asseverando a relevância da Teoria do Adimplemento Substancial, principalmente em casos ocorridos na esfera civilista brasileira, mas também alertando que para a efetivação, sua análise é feita utilizando-se de critérios minuciosos, não restringindo-se a tão somente análise de percentuais pagos em determinados contratos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. M. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ASHTON. Peter Walter. A Common Law e a Equity do Direito Anglo-Saxônico. **Revista do Ministério Público do RS**. 2009. Disponível em: . Acesso em: 22 Mar. 2018.

BRASIL, **Código Civil - Lei 10.40, 10 De Janeiro De 2002**. Disponível Em: Acesso Em: 16 Mar. 2018.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078, 11 De Setembro De 1990. Disponível Em: Acesso Em: 03 Abr. 2018.

BRASIL, **Superior Tribunal De Justiça**. Disponível em: Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal De Justiça Do Distrito Federal E Dos Territórios. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/principio-do-adimplemento-substancial>. Acesso em: 03 de Abr. 2018.

CATUSSO, Joseane. **A boa-fé como instrumento da função social do contrato [digital]**. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2008.

GALLI, Marcelo. Voto explica surgimento e evolução da teoria do adimplemento substancial. **Consultor Jurídico**. 2017. Disponível Em: Acesso em: 22 Mar. 2018.

LIMA, Aliciene Bueno Antochaves. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé objetiva. **Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 2, n. 2, 2007. Disponível em: Acesso em: 16 Mar. 2018.

MARTINS-COSTA, JUDITH. **A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações**. In. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO COMPARADO. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003, (p. 229 – 281).

SOUZA FILHO, Luiz Fernando Ferreira de. Pacificação/administração de conflitos sociais e a realização da justiça. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 24-35, 2012. Disponível em: acessado em: 16 mar. 2018.

TARTUCE, F. **Teoria Geral Dos Contratos Em Espécie**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

NOTAS:

[1] Doutoranda em Direito Civil pela Universidad Buenos Aires (UBA), Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES), Coordenadora e pesquisadora do Observatório UniFG do Semiárido Nordeste; Coordenadora de pós-graduação Lato Sensu em Direito e docente do curso de Direito do Centro Universitário FG – UniFG. E-mail: deborah.mp.fg@gmail.com.

[2] Graduanda do curso de bacharelado em Direito. Centro Universitário FG – UniFG. limab099@gmail.com;

[3] Graduando do curso de bacharelado em Direito. Centro Universitário FG – UniFG. E-mail: murillocarvalhogbi@hotmail.com.

[4] RECURSO ESPECIAL Nº 1.581.505 - SC (2015/0288713-7) Ministro Antonio Carlos Ferreira do Superior Tribunal De Justiça, Que Discorre Sobre A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, Disponível em: .

[5] As Cortes de Equity ou Cortes da Equidade, originalmente da Inglaterra entre os séculos XVII e XVIII, buscava tratar dos temas utilizando-se da Equidade, como é o caso da Substantial Performance (Adimplemento Substancial). Disponível em: .

[6] RECURSO ESPECIAL Nº 1.581.505 - SC (2015/0288713-7) Ministro Antonio Carlos Ferreira. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: Disponível em: .

A URGENTE E NECESSÁRIA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

FILIFE EWERTON RIBEIRO TELES:
Acadêmico do Curso de Graduação em Direito. Universidade Regional Do Cariri - URCA (CE).

Resumo: O presente trabalho buscou discorrer acerca da urgente e necessária constitucionalização do Direito Ambiental. Para tanto analisou-se a conjuntura histórica do Direito Ambiental nas constituições brasileiras assim como a análise da preservação ambiental como um direito fundamental, constitucionalmente reconhecido. Analisou-se em cotejo com a doutrina especializada um delineamento normativo sobre o Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito Ambiental; Constitucionalização; Direito Fundamental; Constituição;

Abstract: The present work sought to discuss the urgent and necessary constitutionalisation of Environmental Law. For this, the historical conjuncture of Environmental Law in the Brazilian constitutions was analyzed, as well as the analysis of environmental preservation as a fundamental right, constitutionally recognized. A normative outline of Environmental Law in the Federal Constitution of 1988 was analyzed in conjunction with the specialized doctrine.

Keywords: Environmental Law; Constitutionalisation; Fundamental right; Constitution.

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução do Direito Ambiental nas constituições brasileiras; 3. A tutela constitucional do meio ambiente; 4. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Até pouco tempo tínhamos a concepção de que os recursos naturais eram ilimitados, existiam em abundância, motivo pelo qual todos nós, seres humanos, em qualquer parte do Planeta Terra não nos preocupávamos com a

questão ambiental, ao contrário, a degradação do meio ambiente era sinônimo na maioria das vezes de progresso. A verdade é que usamos os recursos de maneira irracional sem pensarmos na coletividade e no futuro dos nossos semelhantes.

A natureza era tida pelo Homem como um depósito, onde se retirava tudo que lhe parecia interessante, deixando no lugar o lixo e os resíduos dos diversos processos de produção. O processo de evolução da humanidade era subordinado à degradação ambiental (MASCARENHAS, 2004).

O grande número de catástrofes ambientais (que se fôssemos elencar neste momento seria infindável) serviu para demonstrar a importância do meio ambiente para a humanidade e de nada adianta atingir o máximo em desenvolvimento e progresso econômico se a vida em nosso planeta corre perigo. Felizmente, o homem começou a perceber que o planeta Terra possui recursos finitos e se não mudarmos a concepção que ainda vigora, nossa sobrevivência estará ameaçada. Neste sentido, desde a década de 1970, impulsionada principalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, na Suécia, em 1972, o homem começou a se preocupar efetivamente com o meio ambiente e com o destino da humanidade, caso a degradação ambiental continuasse de forma devastadora.

A legislação pátria em matéria ambiental também tem sofrido os impactos dessa mudança de concepção, visto que esta tinha uma visão apenas utilitarista e agora, influenciada principalmente pela nova visão existente na Constituição Federal de 1988, em especial com relação a seu cunho protetivo, começa a haver uma preocupação real com o meio ambiente. Sem dúvida, o aspecto mais importante quando se refere a meio ambiente é a proteção à vida, lembrando que a expressão meio ambiente inclui ainda a relação dos seres vivos, bem como "urbanismo, aspectos históricos paisagísticos e outros tantos essenciais, atualmente, à sobrevivência sadia do homem na Terra" (FREITAS, 2002, p. 17).

A Constituição Federal trouxe a preocupação de caráter eminentemente social e humano. Ficou clara a inter-relação existente entre o direito

fundamental à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana e o meio ambiente. Todos eles são fundamentais e necessários à preservação da vida.

O que é importante, tomando palavras de LUCIANA MARTINS DE ARAÚJO MASCARENHAS (2004) é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as considerações de desenvolvimento, de respeito ao direito de propriedade ou as considerações da iniciativa privada. Embora todas estas considerações sejam garantidas no texto constitucional, é evidente que não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade de vida.

É verdade que o Brasil possui uma das políticas ambientais mais desenvolvidas e severas do mundo, mas não apresenta fidelidade quanto ao cumprimento destas leis (SANTOS, 2000). Felizmente a falta de uma disciplina que desse ao tema uma visão unificada vem sendo superada com o movimento de constitucionalização do Direito Ambiental. O artigo 225 da CF de 1988 define que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O inciso primeiro do artigo 2º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece como um de seus princípios a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

A ação do Poder público sempre é apontada como mediadora entre o povo e seu estado de bem-estar. Lembremos de pronto que nos direitos de 3ª geração estão aqueles direitos transindividuais e difusos que pertencem às matérias do Direito Ambiental e Direito do Consumidor. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e direito a alimentos de qualidade são exemplos de direitos da 3ª geração.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Em termos de evolução do Direito ambiental nas Constituições Brasileiras, a Constituição brasileira, de 1824, não fez menção a qualquer matéria na esfera ambiental. Vale lembrar que nosso país naquela época era exportador de produtos agrícolas e minerais, no entanto, a visão existente com relação àqueles produtos era apenas econômica, não existindo nenhuma conotação de proteção ambiental.

O Texto republicano de 1891 abordou apenas a competência da União para legislar sobre minas e terras. Tal dispositivo tinha por objetivo proteger os interesses da burguesia e institucionalizar a exploração do solo, não tendo nenhum cunho preservacionista. Apesar disto, foi a primeira Constituição a demonstrar uma preocupação com a normatização de alguns dos elementos da natureza (BELTRÃO, 2011). A Constituição, de 1934, trouxe dispositivo de proteção às belezas naturais, patrimônio histórico, artístico e cultural e competência da União em matéria de riquezas do subsolo, mineração, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração. A Carta Constitucional de 1937, por sua vez, trouxe preocupação com relação aos monumentos históricos, artísticos e naturais. Atribuiu competência para União legislar sobre minas, águas, florestas, caça, pesca, subsolo e proteção das plantas e rebanhos. A Carta Magna de 1946, além de manter a defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, conservou a competência legislativa da União sobre saúde, subsolo, florestas, caça, pesca e águas. Dispositivos semelhantes estavam presentes tanto na Constituição de 1967, quanto na Emenda Constitucional nº 1/69. Neste último texto constitucional, nota-se pela primeira vez a utilização do vocábulo “ecológico”. Os dispositivos constantes nestas Constituições tinham por escopo a racionalização econômica das atividades de exploração dos recursos naturais, sem nenhuma conotação protetiva do meio ambiente.

De qualquer sorte, apesar de não possuírem uma visão holística do ambiente e nem uma conscientização de preservacionismo, por intermédio de um desenvolvimento técnico-industrial sustentável, essa Cartas tiveram o mérito de ampliar, de forma significativa, as regulamentações referentes ao subsolo, à mineração, à flora, à fauna, às águas, dentre outros itens de igual relevância (MEDEIROS, 2004, p. 62). Enfim chegamos à CF de 1988! Conhecida

como constituição cidadã que trouxe grandes inovações na esfera ambiental, também é tratada por alguns como “Constituição Verde”. Diferentemente da forma trazida pelas constituições anteriores, os constituintes de 1988 procuraram dar efetiva tutela ao meio ambiente, trazendo mecanismos para sua proteção e controle. Cumpre-nos observar que esta Constituição alçou a fruição do meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Como bem coloca o mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA (2003, p. 43):

“O ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mais recentes. Entre elas deliberadamente como direito fundamental da pessoa humana, não como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como ocorria em Constituições mais antigas. ”

E ainda, salienta o mesmo autor, na mesma obra à página 46 que a “Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista”. Destarte, o grande marco e impulso na mudança de concepção foi, sem dúvida, as disposições da Carta Magna de 1988, trazendo um arcabouço legislativo superior ao das legislações do primeiro mundo. Nossa Constituição traz a preocupação com as questões ambientais como fundamentais para continuidade da vida em nosso Planeta, eis que esta preocupação é de cunho global. Deve haver além de um bom aparato jurídico sobre o assunto, um envolvimento de toda sociedade. No entanto, como diz ÉDIS MILARÉ (2001, p. 232):

“Não basta apenas legislar. É fundamental que todas as pessoas e autoridades responsáveis se lancem ao trabalho de tirar essas regras do limbo da teoria para a existência efetiva da vida real, pois, na verdade, o maior dos problemas ambientais brasileiros é o desrespeito generalizado, impunido ou impunível, à legislação vigente. É preciso, numa palavra, ultrapassar-se a ineficaz retórica ecológica – tão inócua, quanto aborrecida – por ações concretas em favor do ambiente e da vida. Do contrário, em breve, nova modalidade de poluição – a poluição regulamentar – ocupará o centro de nossas atenções. ”

Nos diversos artigos que se referem ao meio ambiente na ordem constitucional, nota-se claro o caráter interdisciplinar desta questão, eis que se referem a aspectos econômicos, sociais, procedimentais, abrangendo ainda natureza penal, sanitária, administrativa, entre outras. Vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meioambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função

ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Observe-se que o disposto nos parágrafos do artigo 225 visam justamente dar efetividade ao disposto no *caput*, qual seja, que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Destarte, tendo em vista a extensão da matéria nele abordada, vamos nos ater à essência dessa mudança na visão sobre o meio ambiente, constante no *caput* do artigo.

Primeiramente, podemos inferir que o meio ambiente sadio e equilibrado é direito e dever de todos, tido como “bem de uso comum”, definido por HELY LOPES MEIRELLES (1991, p. 426), como aquele “que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição”.

Cumpramos observar ainda, que por “bens de uso comum” não se pode entender somente os bens públicos, mas também os bens de domínio privado, eis que podem ser fixadas obrigações a serem cumpridas por seus proprietários. Estes têm o dever de envidar esforços visando a proteção do meio ambiente. Assim, nenhum de nós tem o direito de causar dano ao meio ambiente, pois estaríamos agredindo a um bem de todos causando, portanto, dano não só a nós mesmos, mas aos nossos semelhantes. O Poder Público tem um papel relevante nesse processo e dele devemos cobrar atitudes condizentes com esse dispositivo constitucional. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito indisponível e tem a natureza de direito público subjetivo, ou seja, pode ser exercitável em face do próprio poder público, eis que a ele também incumbe a tarefa de protegê-lo: “cria-se para o Poder Público um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, vale dizer, de zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente” (MILARÉ, 2001, p. 235).

Não se pode olvidar ainda, que esse mesmo dever imposto ao Poder Público se estende também a todos os cidadãos. São titulares deste direito a geração atual e ainda as futuras gerações. Assim, o homem, na condição de cidadão, torna-se detentor do direito a um meio ambiente saudável e equilibrado e também sujeito ativo do Dever Fundamental de proteção do meio ambiente, de tal sorte que propomos a possibilidade de se instituir, no espaço participativo e na ética, uma caminhada rumo a um ordenamento jurídico fraterno e solidário.

3 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

Embora Constituições anteriores tenham trazido dispositivos de interesse ambiental, a CF de 1988 é a primeira a trazer um capítulo específico destinado ao meio ambiente, consubstanciado no artigo 225 e seus seis parágrafos. Ele é o Capítulo VI do Título VIII, que dispõe sobre a Ordem Social. Procedendo a

uma hermenêutica sistemática, poderemos ver também que o meio ambiente, como disposto na Constituição brasileira, deve-se voltar para garantia também do bem-estar e da justiça social, tendo como primazia o trabalho. Tem, por isso, natureza econômica, em que não se descarta, obviamente, que esta peculiaridade está destinada a garantir a todos uma vida digna, em condições de satisfazer plenamente as necessidades do gênero humano, garantindo-lhe o piso vital mínimo. Mas, apesar de ter um capítulo inteiramente dedicado ao meio ambiente, podemos visualizar em todo o seu texto dispositivos de interesse implicitamente ou explicitamente ambiental. Como bem afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA (2004), corroborando com outros doutrinadores, a Constituição de 1988 tratou a matéria em seus termos mais amplos e modernos, com a questão do meio ambiente permeando todo o texto, sempre correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional.

4 CONCLUSÃO

Sem pretensão de esgotamento da matéria, ancora-se a análise da preservação ambiental como um direito fundamental, constitucionalmente reconhecido. Porém, esta não é a única questão suscitada: a proteção ambiental constitui-se em responsabilidade tanto do indivíduo quanto da sociedade, admitindo suas posições no processo de preservação, reparação e promoção, assim, reveladas como um dever fundamental. Como inerente do direito, pressupomos a exploração dos conceitos de eficácia e de efetividade da norma em relação à aplicação de princípios jurídicos à proteção do meio ambiente (MEDEIROS, 2004, p. 62).

É necessária e fundamental, a participação da comunidade, eis que muitas vezes ela é que constata a ocorrência de dano ambiental. Enfim, concordamos plenamente com o pensamento de CARLOS GOMES DE CARVALHO (2003, p. 152): o Direito Ambiental abriu amplamente as portas para a participação da comunidade e de outros aparelhos do poder estatal na proteção da nossa grande casa. O cidadão e o Poder Judiciário entram com força decisiva nesse magno combate do milênio: salvar o planeta.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Antônio F. G. **Direito Ambiental**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

CARVALHO, Carlos Gomes de. **O que é Direito Ambiental. Dos descaminhos da casa à harmonia da nave.** Florianópolis: Habitus. 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. **A tutela constitucional do meio ambiente (2004).** Revista dos Juizados Especiais. Disponível em: www.mppe.mp.br

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio ambiente. **Direito e dever fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 33 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1990, 1991, 1996, 2003, 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 2004.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. **Educação Ambiental e o Poder Público.** Revista Jurídica, Salvador-BA: junho/2000.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1998, 2004.

FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 375 DO STJ

JORDAANNA MARIA LOPES GUSMÃO:
Procuradora da Fazenda Nacional.

Resumo: O Código Tributário Nacional (CTN) no seu art. 185 disciplina a fraude à execução nas situações de alienação ou oneração de bens pelo sujeito passivo, após a inscrição em dívida ativa, sem deixar bens reservados suficientes para pagamento do crédito público. Por outro lado, a Súmula 375 do Superior Tribunal Justiça impõe como requisitos para reconhecimento da fraude o registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. Todavia, em face das garantias e privilégios do qual estão revestidos os créditos tributários, a doutrina e a jurisprudência entende pela inaplicabilidade da referida súmula para caracterização da ineficácia da alienação na execução fiscal que tem por objetivo a cobrança de dívida dessa natureza. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar o tema proposto sob o aspecto legal e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Execução Fiscal, Fraude à Execução, Dívida Tributária

Abstract: The National Tax Code (CTN) in your art. 185 disciplines fraud to the execution in situations of alienation or encumbrance of goods by the taxable person, after the entry into active debt, without leaving sufficient reserved goods for the payment of the public credit. On the other hand, docket 375 of the Superior Court of Justice imposes as requirements for the recognition of fraud the registration of the attachment of the alienated good or the proof of bad faith of the third acquirer. However, in the face of the guarantees and privileges of which tax credits are covered, the doctrine and jurisprudence shall be understood by the inapplicability of the said docket to characterize the ineffectiveness of the alienation in the fiscal execution which aims to Debt collection of that nature. In this context, the objective of the present work is to analyze the proposed theme under the legal and judicial aspect.

Keywords: Fiscal Execution, Fraud to the execution, Tax debt

Sumário: Resumo. Palavras Chave. Abstract. Introdução - Breve exposição acerca da execução fiscal. 1. Fraude à execução fiscal e Inaplicabilidade da Súmula 375 do STJ. 2. Considerações Finais. 3. Referências.

1. Introdução – Breve exposição acerca da execução fiscal.

A Lei nº 6.830/1980 apresenta importantes regramentos a serem seguidos na cobrança judicial dos créditos públicos inscritos em Dívida Ativa.

De acordo com o referido diploma legal, a Dívida Ativa compreende a tributária, bem como a não tributária.

O art. 39 da Lei nº 4.320/1964 define cada uma delas da seguinte forma:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979)

§ 1º - Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979)

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações,

reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. [\(Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979\)](#)

§ 3º - O valor do crédito da Fazenda Nacional em moeda estrangeira será convertido ao correspondente valor na moeda nacional à taxa cambial oficial, para compra, na data da notificação ou intimação do devedor, pela autoridade administrativa, ou, à sua falta, na data da inscrição da Dívida Ativa, incidindo, a partir da conversão, a atualização monetária e os juros de mora, de acordo com preceitos legais pertinentes aos débitos tributários. [\(Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979\)](#)

§ 4º - A receita da Dívida Ativa abrange os créditos mencionados nos parágrafos anteriores, bem como os valores correspondentes à respectiva atualização monetária, à multa e juros de mora e ao encargo de que tratam o [art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969](#), e o [art. 3º do Decreto-lei nº 1.645, de 11 de dezembro de 1978](#). [\(Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979\)](#)

§ 5º - A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional. [\(Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979\)](#)

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), são espécies tributárias: impostos (art. 146,I), taxas (146,II), contribuição de melhoria (146,III), empréstimos compulsórios (art. 148) e contribuições (art. 149).

Assim, a dívida tributária decorre da cobrança dos diversas espécies citadas acima e os seus acréscimos. Lado outro, a não tributária, de forma residual, é aquela proveniente dos demais créditos públicos, como, por exemplo, as multas decorrentes do exercício do poder de polícia, contratos não cumpridos, multa penal, dentre outras.

Da análise dos dispositivos supracitados, verifica-se que o art. 39 da Lei nº 4320/64 não pode ser interpretado isoladamente. Deve ser realizada uma interpretação sistemática com a Constituição de 1988. Isso porque atualmente os empréstimos compulsórios, bem como diversas contribuições estabelecidas constitucionalmente são considerados espécies tributárias.

Quanto à dívida tributária, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Importante destacar que nem sempre a dívida de natureza não tributária terá o mesmo tratamento da tributária, pois alguns artigos do CTN se aplicam exclusivamente no âmbito desta, como é o caso do art. 185.

2. Fraude à Execução Fiscal – Inaplicabilidade da Súmula 375 do STJ

Inicialmente, para análise da fraude à execução, é importante verificar a data em que foi operada a alienação ou oneração de bens pelo sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública. Isso porque se a alienação ocorreu antes de 09/06/2005 aplica-se a redação antiga do CTN que exigia a citação do devedor na execução para configuração da fraude. Por outro lado, se a alienação ocorreu após 09/06/2005, aplica-se a nova redação do dispositivo, dada pela Lei Complementar 118/2005, no qual o marco foi antecipado para a inscrição do débito em dívida.

Neste sentido, segue abaixo a antiga redação do artigo 185 do CTN e a atual que está em vigor, respectivamente:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Assim, com a nova redação do disposto retromencionado, para a caracterização da fraude à execução, basta alienação do bem depois da inscrição da dívida, não sendo mais necessário que seja iniciada a execução fiscal, como antes previsto.

Além disso, merece destacar que a doutrina entende que, a alienação após a inscrição em dívida ativa, trata-se de presunção absoluta de fraude, não admitindo prova em contrário. Assim, no curso da execução, não se discute a boa-fé ou a má-fé do adquirente, mas tão somente se busca a declaração da ineficácia da alienação, já que com a venda trouxe prejuízos à satisfação do crédito público.

Quanto ao enunciado da Súmula 375 do STJ que preceitua que para “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente” entende-se que esta não se aplica às execuções fiscais.

Registre-se que o CTN, norma especial que disciplina o sistema tributário nacional, não trouxe qualquer exigência nesse sentido.

Dessa forma, a transferência de bens do devedor ocorrida após a inscrição do débito tributário em dívida ativa configura fraude contra a execução fiscal, independentemente de haver qualquer registro de penhora e de ser provada a má-fé do adquirente.

Nesse sentido, confira, *in verbis*, o entendimento do STJ:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À

CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO APÓS A CITAÇÃO. ART. 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO ANTERIOR À LC N. 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. SUCESSIVAS ALIENAÇÕES.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, de Relatoria do Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual não se aplica à execução fiscal a Súmula 375/STJ: "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".

2. **A caracterização da má-fé do terceiro adquirente ou mesmo a prova do conluio não é necessária para caracterização da fraude à execução. A natureza jurídica do crédito tributário conduz a que a simples alienação de bens pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo no caso da existência de sucessivas alienações.**

3. Hipótese em que muito embora tenha ocorrido duas alienações do imóvel penhorado, a citação do executado se deu em momento anterior a transferência do bem para o primeiro adquirente e deste para ora agravante, o que, de acordo com a jurisprudência colacionada, se caracteriza como fraude à execução fiscal. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no AREsp: 135539 SP 2012/0003674-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 10/12/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/06/2014) (Destacou-se)

Destaca-se que o mesmo não ocorre com a fraude civil, visto que para sua configuração é necessário a prova dos requisitos previstos na súmula 375 do STJ.

A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, visto que o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

Importante destacar, ainda, que na fraude à execução o ato não é nulo, inválido, mas sim ineficaz em relação ao credor/exequente.(RESP n.º 3.771-GO – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 05/11/1990, p.12432).

De mais a mais, as alienações ou onerações devem ser de tal modo que tenha reduzido o devedor a insolvência. Se houver reserva de bens suficientes, não há que se falar em ocorrência de fraude.

Portanto, a fraude à execução fiscal presume-se de forma absoluta, nos termos do art. 185 do CTN, independentemente do adquirente estar de boa-fé ou não e haver o registro da penhora

4. Considerações Finais

A fraude à execução é um importante instituto que visa proteger o credor das alienações ou onerações fraudulentas realizadas pelos devedores, com o intuito de promover o esvaziamento patrimonial e se esquivar do pagamento da dívida.

Com a sua declaração, não se torna o negócio nulo, mas ineficaz contra o credor/exequente.

Tudo isso, com o objetivo de assegurar a satisfação do crédito cobrado em juízo e promover a efetividade da execução.

Embora a Súmula 375 do STJ disponha que é necessário o registro da penhora ou prova da má-fé do adquirente para configuração da fraude, entende que tal disposição não se aplica nas hipóteses de declaração de

ineficácia de dívidas tributárias, haja vista que o CTN, regra especial, não trouxe tal exigência.

Portanto, o tema em estudo é fundamental para garantir maior efetividade na prestação judicial e recuperação dos créditos tributários aos cofres públicos, tudo isso para assegurar a efetivação das políticas públicas de interesse coletivo.

Referências

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 3 ed. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 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: 23 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em: 23 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm> Acesso em: 15 de junho de 2018.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 18 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: Acesso em: 10 de junho de 2018.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. **São Paulo (SP): Saraiva 2013.**

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil.** 13ª. Edição. Rio de Janeiro (RJ): Lúmen Júris, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário.** 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROCHA, Roberval. **Direito Tributário.** 3ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Recurso Especial 135539 SP 2012/0003674-7.** Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 08 de junho de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n.º 3.771-GO.** Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 10 de junho de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Enunciados de Súmulas.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>> Acesso em 12 de junho de 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. I. 47ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2005.

TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

FILIFE EWERTON RIBEIRO TELES:

Acadêmico do Curso de Graduação em Direito. Universidade Regional Do Cariri - URCA (CE).

Resumo: O presente artigo tem como escopo de estudo as tendências contemporâneas do sistema prisional brasileiro. O seu objetivo é demonstrar os sistemas prisionais público e privado no Brasil, assim como os tipos estabelecimentos prisionais e sua inserção com os direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Sistema Prisional Brasileiro. Estabelecimentos prisionais. Direitos Fundamentais.

Abstract: The present article has as a study scope the contemporary trends of the Brazilian prison system. Its objective is to demonstrate the public and private prison systems in Brazil, as well as the types of prisons and their insertion with fundamental rights and guarantees.

Keywords: Brazilian Prison System. Prison establishments. Fundamental Rights.

Sumário: Introdução. 1 Sistema Prisional Brasileiro. 1.1 Sistema Prisional Público. 1.2 Sistema Prisional Privado. 2. Estabelecimentos do Sistema Prisional Brasileiro. Conclusão.

1 Introdução

A gestão do sistema penitenciário brasileiro, até a década de noventa, foi exclusividade da administração pública. Mas, nos últimos anos, o Sistema Penitenciário Público enfrenta graves problemas, que refletem direta e indiretamente na administração pública do país, incluindo o Poder Executivo, o Judiciário e o Legislativo, atingidos pelo aumento da criminalidade e pelo crescimento da população carcerária que se revela sem ressocialização. Mesmo com a criação de todos os órgãos de execução penal, o sistema prisional brasileiro é falho, moroso e permite tratamento desumano aos segregados e

não há como negar, pois, tais ações são cotidianamente veiculadas pela mídia. A superlotação do sistema prisional, cumulados com a falta de recursos e de investimentos humanos escassos, permitem o crescimento da criminalidade e da violência, causando repúdio ao sistema prisional, por convivência. De acordo com o Ministério da Justiça, o Brasil possuía, em 2008, 1.095 estabelecimentos prisionais ativos, que compreendem todos os Estados brasileiros e abrigam 422.590 presos (dados de maio de 2008 fornecidos pelo Ministério da Justiça). A superlotação das unidades do sistema prisional e o descumprimento das regras mínimas atribuídas para preservar os direitos da dignidade dos apenados segregados, são de conhecimento público.

2 Sistema Prisional Brasileiro

2.1 Sistema Prisional Público

Segundo Cordeiro (2006, p. 49), no Brasil, a execução da pena de prisão vem se caracterizando pela constante violação aos direitos mais elementares dos presos na condição de seres humanos. Essa afirmativa pode ser facilmente comprovada, pois chega ao conhecimento de toda a sociedade através dos jornais e noticiários de televisão, a superlotação carcerária nas delegacias de polícia, cadeias públicas e penitenciárias, as celas insalubres, os esgotos a céu aberto nos cárceres, a péssima alimentação fornecida aos presos, dentre tantas outras mazelas encontradas nos diversos estabelecimentos prisionais brasileiros. Estes fatores contribuíram para a crise do sistema prisional, levando ineficiência da pena de prisão por desvio de finalidade. Os fatos vivenciados pelos apenados, enquanto segregados, em situação de horror e brutalidade, provocam descrédito ao sistema. Shecaira e Corrêa Junior, em 1995, já afirmavam que começando pelas condições materiais das penitenciárias, os efeitos causados sobre os condenados são desastrosos. Muitos desenvolvem doenças como tuberculose, enfermidade por excelência das prisões e outras complicações fisiológicas resultantes das más condições de higiene, alojamentos e alimentação.

O problema da superlotação da população carcerária brasileira saiu das barras internas, foi alvo de investigação pela Humans Rights Watch, que relatou à Organização das Nações Unidas as condições subumanas, violência e a superlotação vivenciada, que historicamente caracterizaram as prisões

brasileiras. Com o aumento da criminalidade e o conseqüente crescimento da população carcerária, que reincide em 70%, o Estado percebeu a necessidade de abrir sua gestão administrativa prisional à iniciativa privada. Como forma de concessão e contratação de empresas, cuja responsabilidade é subsidiária ao Estado, com o intuito de suprir emergentemente a demanda. Em busca de uma urgente reformulação da reprimenda, especialmente com relação à execução nos atuais moldes do sistema punitivo e carcerário executados no país, surgem, em alguns Estados brasileiros, as administrações dos presídios por instituições privadas.

O Estado, mesmo dispondo de todos os órgãos da execução, criados pela Lei de Execução Penal, está perdendo o controle dos objetivos primários da execução da pena. Inquestionavelmente, há obrigação da intervenção do Estado no tratamento socializador do apenado. Mas, verifica-se que esta ingerência é falha, necessitando de mecanismos eficientes para reassumir a função punitiva. Para Rodrigues (2000), o sistema carcerário brasileiro é ultrapassado, pois definitivamente a socialização não é um sistema de correção moral do indivíduo que delinuiu, por isso, afirma que [...] o sistema oferecido não visa modificar a personalidade do recluso, mas unicamente 'promover um processo' em que cabe ao recluso, e só a ele, a possibilidade de retirar das 'intervencões' oferecidas as vantagens que quiser. Inquestionavelmente, conclui-se que a forma como se pune um delito vincula-se ao prestígio social administrativo que se deseja alcançar.

A execução da pena no sistema prisional brasileiro não é a mesma seguida por alguns países de primeiro mundo, onde se diferencia a punição do tratamento. Na Espanha se faz do tratamento o alicerce fundamental da execução da pena. Na Itália, o tratamento é (re)educativo, independentemente do regime (RODRIGUES, 2000, p. 170). A administração pública do sistema prisional brasileiro não dá continuidade do tratamento, ou seja, não se faz com que o Estado siga os passos do apenado, quando posto em liberdade, beneficiando-o a cada real interesse em se socializar. A obrigatoriedade do apenado de se apresentar em juízo para justificar suas atividades, é apenas uma formalidade legal, sem qualquer cunho socializador. As saídas temporárias, por exemplo, deveriam ser acompanhadas e orientadas, utilizando-se de todos os meios educacionais que dispõe o juízo da execução penal, evitando-se,

contudo, o cometimento de novos delitos. Vislumbra-se a exclusão estratégica com relação à administração prisional, que resultou na perda de controle de seus efeitos, que, aliás, são desastrosos, a exemplo das recentes reações praticadas nos presídios e penitenciárias, bem como fora delas, por facções criminosas e o crime organizado, em praticamente todos os Estados brasileiros. Os mecanismos que possibilitaram o sucesso do aparelho disciplinar, segundo Foucault, são: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. Sinteticamente, a vigilância hierárquica é um dispositivo disciplinar exercido pelo jogo permanente de “olhares calculados”, ao qual nada escapa, produzindo efeitos de um poder múltiplo; automático e anônimo.

Para Baratta (2002), a prisão jamais reabilitou pessoas na prática, exceto se por vontade própria ou por princípios individuais do paciente. Efetivou-se o contrário, a “prisionalização” dos internos, encorajando-os a absorver e adotar comportamentos típicos do ambiente penitenciário, que por si só caracteriza no aumento da criminalidade. Segundo Foucault (2004, p. 132), “a prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político”.

Atualmente, o Sistema Penitenciário Público está agonizando, especialmente com relação aos tratamentos dispensados ao apenado quando da administração executória da pena. É eminente a busca de soluções concretas para que se possa ter uma execução penal próxima à desejada pela lei e pelo clamor social. Para que a pena sirva como instrumento de restituir a dignidade do ser humano, evitando a permanência na atividade criminosa, o Estado deve rever sua política penitenciária (KLOCH; MOTTA, 2008).

Enfim, a população carcerária brasileira que era aproximadamente de 89 mil presos em meados de 1988, cresceu assustadoramente para 422 mil presos em 2008. Sem investimentos suficientes para acompanhar o crescimento populacional carcerário, gerou-se a ineficiência do serviço prestado, abrindo caminho para a privatização. Segundo o Ministério da Justiça, “1.048 presos morreram dentro das cadeias e presídios brasileiros no ano de 2007”. Mas, de acordo com o relatório da CPI do Sistema Carcerário, a quantidade de presos mortos no ano de 2007, chegou a 1.250. Como exemplos temos a superlotação nas prisões que afronta todos os direitos do preso. Na Cadeia Pública de Minas Gerais as celas estão abarrotadas. No Distrito Policial de Contagem, numa cela

que deveria abrigar no máximo 15 pessoas, enclausura-se 34 presos. O Presídio Central de Porto Alegre é um retrato da afronta ao direito da personalidade do apenado, é o que há de pior no sistema prisional brasileiro. Entre todas as unidades prisionais do sistema penitenciário do país, o Presídio Central de Porto Alegre é a que abriga o maior número de presos, quase 4.300, aproximadamente o triplo da capacidade permitida por lei. Na penitenciária de Florianópolis, no Estado de Santa Catarina, a saída absurda para a superlotação foi colocar os presos em contêineres com vigilância reforçada por cães. No Presídio de Fortaleza a comida para os presos é servida em sacos plásticos (KLOCH; MATTOS, 2008).

2.2 Sistema Prisional Privado

O conceito de se privatizar parte das atribuições do sistema prisional de uma nação surgiu do modelo político neoliberal, o mesmo adotado pelos Estados Unidos a partir da década de oitenta. A política neoliberal defende a liberdade de mercado e restringe a intervenção estatal sobre a economia, só permitindo ocorrer em setores imprescindíveis. Trata-se de um tipo novo de liberalismo, que admite uma certa intervenção estatal na vida econômica, mas sem sacrificar as liberdades individuais clássicas (SOIBELMANN, 1996). Novamente lembramos que a ideia da privatização surgiu em 1761, quando Jeremy Betham sustentava que as prisões poderiam ser transformadas em fábricas administradas por particulares.

Segundo Cordeiro (2006, p. 01), "o modelo norte-americano de privatização dos presídios foi exportado para diversos outros países, entre eles a Inglaterra, França, Austrália, África do Sul e Brasil". Muito além de grau de abstenção na política econômica, o eixo central desse modelo pretendia delegar à iniciativa privada parte da administração de alguns serviços de jurisdição estatal, que se tornaram ineficientes e onerosos, diante da crescente população carcerária. Os EUA foram pioneiro em implantar o modelo de "prisões privadas". Posteriormente, esse instituto se estendeu há vários países da Europa.

Os problemas advindos da administração pública do sistema prisional não são privativos dos países de terceiro mundo. Verifica-se que a superlotação, a falta de condições das unidades prisionais, aliados a poucos

investimentos, também são questões que motivaram os países do chamado “primeiro mundo” a adotarem medidas drásticas para reduzir os gastos do Estado com a manutenção do sistema prisional. No Brasil, até 1992, não se falava em terceirizar presídios ou penitenciárias. A administração do sistema prisional permaneceu obediente à Constituição Federal de 1988 e à Lei de Execução Penal, na qual se determina como dever do Estado administrar a execução da pena.

Em razão do resultado negativo por parte da administração pública, alguns estados membros iniciaram uma versão privada de algumas prestações de serviços ao sistema prisional. Fundamentados na Constituição Federal (artigo 144), ao determinar que a segurança pública é dever do Estado, e por não prever norma impeditiva de serem privatizadas partes da administração do sistema prisional, surgiu a nova gestão terceirizada. Como a Constituição Federal trata apenas da polícia ostensiva e da manutenção da ordem pública, alguns operadores do direito discordam da real possibilidade de privatizar serviços penitenciários.

Outros alegam que a própria Lei de Execução Penal, em seu art. 36, permite que o trabalho do preso seja terceirizado, quando possibilita o labor externo. Inclusive, permite-se aos presos em regime fechado a possibilidade de prestarem serviços em obras públicas, que estão sendo executadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. Neste mesmo sentido regulamenta o art. 34 da Lei nº 7.210/84, quando determina que o trabalho do preso possa ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do apenado.

Os governos federal, estadual e municipal podem firmar convênios com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio aos presídios (parágrafo 2º do art. 34 da LEP). O trabalho do preso é um dever político-social, pois além de fazer parte de seu tratamento, está condicionado aos direitos inerentes à personalidade, como a dignidade da pessoa humana.

Para Noronha (1994, p. 432), institui-se o trabalho como uma obrigatoriedade para o condenado, não somente como uma laborterapia

ocupacional, mas também como um dever social e uma retomada da dignidade atingida pelo crime cometido. O trabalho do aprisionado, além de ter sua teleologia (re)educativa, contribui para profissionalização e sustento próprio e de sua família. Quando o Poder Público justifica a impossibilidade de socializar e reprimir a reincidência delituosa, por força do excesso de população carcerária, pelo contingente da falta de efetivo qualificado e impossibilidade de viabilizar recursos financeiros para reestruturar e construir prisões adequadas, demonstra a falência do atual sistema. Surge então, como solução aparentemente viável, a privatização dos presídios e penitenciárias. Por isso, alguns Estados brasileiros adotaram a privatização, embora ainda como regime experimental, terceirizando alguns serviços penitenciários. No Brasil, vários Estados já terceirizaram alguns dos serviços penitenciários voltados à administração e da execução da pena privativa de liberdade: a) O Estado do Paraná iniciou a privatização com a Penitenciária construída no município de Guarapuava. b) No Estado do Ceará, a Penitenciária Regional do Cariri, Sobral e Fortaleza foram terceirizadas. c) A Penitenciária edificada no município de Valença, no Estado da Bahia, é gerida por empresa privada. d) No Estado do Amazonas também existem penitenciárias terceirizadas. e) No Estado de Santa Catarina há implantação dos serviços penitenciários com parcerias públicas e privadas. f) O governo do Estado de Pernambuco implantou a terceirização com parcerias entre as empresas públicas e privadas para construção e gestão de presídios. g) No Espírito Santo, o governo do Estado também privatizou a administração de um presídio. Todos os segmentos do sistema prisional brasileiro que foram privatizados abrigam as unidades penitenciárias ou presídios, sejam eles industriais ou agrícolas. Foram 16 (dezesesseis) unidades prisionais brasileiras que já adotaram a privatização dos serviços penitenciários, onde aproximadamente 9.000 (nove mil) detentos estão sob a administração de empresas com iniciativa privada. Além das contratações feitas através das parcerias públicas e privadas, elas quais empresas prestam alguns serviços para a unidade prisional, sob a gerência direta da administração pública (KLOCH; MOTTA, 2008).

3 Estabelecimentos do Sistema Prisional Brasileiro

Um espaço comunitário, aberto ou fechado, propicia a execução de algumas penas alternativas. Condenados a isso, trabalhando nas ruas não estão

exatamente presos, gozando de relativa liberdade física. Mantêm algum contato com o mundo exterior, mas, ter de voltar à noite à cela os faz lembrar a extraordinária importância de serem livres e porque não devem delinquir. De certa forma, quem está em liberdade condicional está “preso” ao regulamento da pena e vive no seio da sociedade. Vamos falar um pouco sobre os estabelecimentos penais nos quais, comumente, são cumpridas as penas privativas da liberdade, embora, por exemplo, delegacias de polícia e cadeias públicas não deveriam ser locais de excelência do cumprimento de penas já executadas. O Estado brasileiro ainda não sabe o que fazer com o aumento da criminalidade, e esse não é problema exclusivamente nacional.

Delegacia de polícia: Delegacias de Polícia são divisões administrativas das Secretarias de Segurança dos Estados, geralmente sediadas em bairros das metrópoles. Não são estabelecimentos prisionais nem ambientes adequados às punições. Suas condições arquitetônicas são precárias – sempre superlotadas, as celas são coletivas e as péssimas instalações impróprias para a execução de penas longas. Ali, o homem se torna uma fera, e quem ainda não era vira um delinquente. Entre outros elementos de realce, o descaso administrativo infelizmente está calcado na ideia subconsciente de certas autoridades de que conviver nessas escolas do crime faz parte da pena. Praticamente cada bairro de uma grande cidade tem uma Delegacia de Polícia, devendo-se elogiar a constituição dos distritos especializados, como é o caso das mulheres, dos idosos e de outras minorias. A instalação de delegacias móveis, em portos, aeroportos, estádios desportivos ou locais de grande concentração humana, é também uma medida bastante salutar.

Cadeia pública: A tradicional Cadeia Pública também não é espaço idealizado para as finalidades da LEP, assemelhando-se às delegacias metropolitanas. Sua função é deter quem incidiu em infrações mínimas (implicando em penas de curta duração) ou para quem esteja aguardando julgamento, em cidades pequenas. O exíguo espaço oferecido obsta o exercício dos direitos básicos (LEP, art. 41, IIXVI).

Casa de detenção: Centro ou Casa de Detenção, como o seu nome indica, é o estabelecimento prisional destinado ao réu que espera o julgamento. Ela pressupõe demora no processo penal. Ali deveriam fazer os presos provisórios, e não em cadeias públicas ou delegacias, mas a falta de

condições imateriais obrigou o regime penitenciário nacional a dela se utilizar como se presídio fosse. Como não oferece adequações necessárias, a Casa de Detenção subtrai do presidiário o direito subjetivo à assistência apropriada pelas penitenciárias. Graças ao clamor público paulista da época, infelizmente em razão do massacre ocorrido em 1992, quando faleceram 111 detentos, a Casa de Detenção do Carandiru foi desativada, demolida, e no seu local agora existe um belíssimo parque municipal. Era uma verdadeira masmorra, sem quaisquer meios para receber pessoas que aguardavam julgamento; tornou-se um presídio para presos perigosos.

Presídio e penitenciária: Presídio é locução genérica, designativa de edificação física em que são internados os aprisionados. A LEP não usa a palavra "presídio", mas hoje em dia é comum falar-se em presídio de segurança máxima. A única Casa de Detenção que havia na capital de São Paulo, por exemplo, ao lado da Penitenciária do Estado era chamada de Presídio do Carandiru. O presídio de segurança máxima é uma unidade especial destinada a sentenciados perigosos, cuja estrutura arquitetônica teoricamente tornaria mais difícil uma fuga, os tumultos e as rebeliões. Na determinação do art. 84 da LEP, a penitenciária é um presídio dirigido ao cumprimento de pena de reclusão. Ela é concebida pensando em diversos tipos de presos, inclusive os de alta periculosidade. Costuma-se afirmar que, na penitenciária, o presidiário ocupa uma cela individual, com área mínima de seis metros quadrados (LEP, art. 88). Atendendo à Carta Magna, existem penitenciárias masculinas e femininas. Quando não for possível ter os dois edifícios isolados, as áreas prisionais serão separadas por pavilhões distintos. Na última hipótese, a arquitetura do edifício disporá de área específica para as gestantes, parturientes, e de creche para os filhos das presidiárias. As penitenciárias são construções urbanas, erigidas fora do centro das cidades, ideais para o cumprimento de penas de longa duração, trabalho, recreação e ressocialização. Trata-se de estabelecimento penal de grandes proporções arquitetônicas que ofereceria estrutura adequada às penas de longa duração.

Colônia agrícola: Colônia Agrícola ou Industrial, pela própria natureza de sua instituição, é um tipo de local que oferece a oportunidade de o detento ficar em contato com a natureza, com mais liberdade física e o ensejo de trabalhar na agricultura e na pecuária, vivendo em celas não coletivas. As

colônias agrícolas também têm problemas. A Gazeta do Povo, de 25.03.08, notícia: “Colônia Penal Agrícola vai receber alambrado para restringir o contato de presos. O alambrado seria uma forma de evitar que presos, de graus diferentes de periculosidade, venham a se misturar”.

Casa do albergado: Aos que estão cumprindo pena em regime aberto, é destinada a Casa do Albergado, também conhecida como prisão albergue. Segundo o art. 93 da LEP, este tipo de prisão “destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana”. Os albergues são destinados a pessoas especiais (Lei nº 6.416/77). O local é verdadeiramente um albergue, em que o apenado passa a noite, algo semelhante à prisão domiciliar.

Estabelecimento hospitalar: O Hospital de Custódia – que não deve ser confundido com o hospital comum que recebe presidiários para tratamento médico ou cirurgias – foi idealizado para a internação e para o tratamento psiquiátrico de inimputável e semi-imputável (LEP, art. 99).

Centro de Observação Criminológica é instituição especializada específica, contígua ou não a um estabelecimento penal, onde os presos são examinados para que o resultado pericial seja encaminhado à Comissão Técnica de Classificação (LEP, arts. 96/98).

Celas especiais: Algumas pessoas têm direito de ocupar celas distintas. Portadores de diploma de nível superior, religiosos e cidadãos condecorados com a Ordem Nacional do Mérito ficam em celas separadas dos demais presos (Lei nº 10.258/01). São 134 mil pessoas aguardando julgamento, ou seja, 34% da população carcerária no País (“Projeto restringe benefício da prisão especial”, FSP de 13.3.09, C-3). Projeto de Lei encaminhado, que tramitava em maio de 2009, garantia essa distinção apenas para juízes, delegados, ministros, governadores e prefeitos (LEP, art. 116, § 3º).

Cárcere privado: Considera-se cárcere privado a detenção de uma pessoa num espaço fechado por algum tempo, praticada por pessoa jurídica ou física. O pai manter o filho de castigo, retendo-o em casa, no seu quarto ou não, por certo tempo compatível com a falta por ele cometida, não constitui essa hipótese. Por ocasião do sequestro (ou fora dele), ocorre essa figura do cárcere privado e que é um crime: “privar alguém, de sua liberdade, mediante

sequestro ou cárcere privado” (CP, art. 148, na redação dada pela Lei nº 11.106/05) (MARCÃO, 2005).

Prisão domiciliar: A prisão domiciliar diz respeito a um tipo de pena a que fica sujeita a pessoa, bastante atenuada com o fato de ela permanecer em sua residência, portanto com todo o conforto que tinha antes. O domicílio de um réu ou de um apenado, também é estabelecimento penal, evidentemente com as nuances inerentes a tal habitação. Quem está vivendo em sua casa, ainda que impedido de sair, não é efetivamente um preso nem um presidiário. Ali também, possivelmente, não se ressocializará, se não quiser. Disporá de muitos recursos pessoais e terá muito tempo para pensar no que fez e servir de exemplo para os outros.

Enfim, temos o Sistema Penitenciário Federal que é a materialização da regulamentação do art. 86, § 1º da Lei 7.210 de 11/07/1984 – Lei de Execução Penal. Esse Sistema foi concebido para ser um instrumento contributivo no contexto nacional da segurança pública, a partir do momento que isola os presos considerados mais perigosos do País. Isto significa que tal institucionalização veio ao encontro sócio-político da intenção de combater a violência e o crime organizado por meio de uma execução penal diferenciada. De acordo com o Decreto nº 6.049, de 27 de fevereiro de 2007, que aprovou o Regulamento Penitenciário Federal, os estabelecimentos penais federais têm por finalidade promover a execução administrativa das medidas restritivas de liberdade dos presos, provisórios ou condenados, cuja inclusão se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso e também abrigar presos, provisórios ou condenados, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, previsto no art. 1º da Lei no 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

Conclusão

O Estado, os magistrados, várias organizações não governamentais, órgãos internacionais e a sociedade de uma maneira geral veem constantemente dialogando, refletindo na busca de uma solução para estancar o aumento da criminalidade, evidentemente que sem a pretensão de eliminar sumariamente as penas impostas ao infrator. Nesse sentido surgem discussões referentes ao sistema prisional, cuja etiologia reflete na eficácia ou não da atual gestão.

Para tanto, a execução penal tem por desígnio efetivar os ditames de uma sentença ou decisão criminal condenatória, propiciando condições para a integração social do apenado. Desde a institucionalização da pena privativa de liberdade no Brasil, incumbe ao Estado o *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir e a execução efetiva da pena. Este dever estatal está previsto na Constituição Federal e é regulamentado pela Lei de Execução Penal (LEP), respeitados os direitos e garantias fundamentais.

A finalidade da pena é o bem social, impulsionado pela ordem à tutela jurídica; embora não remedeie o mal material do delito, tem sua função terapêutica de ordem moral. De todo modo, com a evolução na aplicação das penas, surge a necessidade de organizar a forma de cumprimento do castigo imposto em nome da sociedade, sob a ótica mais humana. Sendo a pena um mal necessário, atribuído ao delinquente para que penitencie sua culpa, com o intuito de manter a ordem, é indispensável um sistema penitenciário obediente aos tratados internacionais, respeitando os princípios da dignidade humana, clamados pela sociedade civilizada. A prisão deixa de ser apenas um depósito de seres humanos aguardando execução, passa a ser um sistema em que, no mesmo tempo que é instrumento de segurança, também pune, (re)socializa e (re)educa o condenado.

Referências

BARATTA Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**

(LEP). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Problematização do Sujeito: Psicologia, Psiquiatria e Psicanálise**. (Tradução Vera Lucia Avellar Ribeiro). São Paulo: Forense, 2006.

KLOCH, Henrique; MOTTA, Ivan Dias da. **O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização)**. Maringá (PR): Verbo Jurídico, 2008.

MARCÃO, Renato. **“Lei n. 11.106/05: novas modificações no Código Penal brasileiro”**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6603/lei-no-11-106-2005>.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. Fac Símile da Edição portuguesa, de Coimbra Editora de junho de 2000. São Paulo: RT, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros estudos de ciência**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

SOIBELMANN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**. (atualizado por A. Fontes; M. Delmas; R Reis Friede). Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

ESTADO SOCIOAMBIENTAL E À COOPERAÇÃO DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

RICARDO PINTO DA SILVA:

Tabelião substituto. Especialista em Direito Público e Direito Civil e Empresarial.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é demonstrar a necessidade de refletir sobre os problemas ambientais decorrentes do crescimento e desenvolvimento tecnológico e a sua conformidade com as garantias dos direitos das comunidades tradicionais, investigando a partir da ordem constitucional brasileira como uma democracia participativa compreende um sistema em que os povos e comunidades tradicionais, enquanto membros do Estado, podem contribuir de forma efetiva no universo político-democrático, a fim de adotarem medidas que contribuam para proteção e preservação do meio ambiente.

Palavras-Chave: Democracia. Meio ambiente. Ecologia. Povos e Comunidades Tradicionais. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro é caracterizado pela existência de uma grande diversidade de povos que se reconhecem como grupos culturalmente diferenciados, em sua maioria, não tem acesso as políticas públicas, sofrem discriminação e ameaça a sua existência. A constituição brasileira de 1988 tem como fundamento o pluralismo político, assim, essa possibilidade de reconhecimento da diversidade cultural no Estado brasileiro, traz para o país o dever de reconhecer os direitos dos povos e comunidades tradicionais.

O desenvolvimento tecnológico e o progresso desenfreado têm contribuído de forma significativa para a degradação ambiental, grupos que detém o poder econômico têm desempenhado atividades contrarias a preservação ambiental. Diante da exploração dos recursos naturais de maneira desenfreada, as comunidades tradicionais são as que mais sofrem de forma imediata.

A constituição Federal de 1988, demonstrou a urgente necessidade em relação a conservação do meio ambiente e estabeleceu, não só ao Poder Público mais também a coletividade o dever de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, assim a cooperação entre Estado e comunidades tradicionais retrata o desenvolvimento de uma sociedade democrática, solidaria e participativa.

2 POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

No Brasil existe uma grande diversidade de povos que se reconhecem como grupos culturalmente diferenciados, em sua maioria, não tem acesso as políticas públicas, sofrem discriminação e ameaça a sua existência.

A constituição brasileira de 1988 tem como fundamento o pluralismo político, assim, essa possibilidade de reconhecimento da diversidade cultural no Estado brasileiro, traz para o país o dever de reconhecer os direitos dos povos e comunidades tradicionais.

Assim, a partir da Constituição Federal de 1988 os direitos dos povos e comunidades tradicionais passaram a ser reconhecidos e garantidos no sistema jurídico nacional. Em decorrência da variada formação étnico cultural que se deu a formação do Estado brasileiro, efetivou-se um modelo de um Estado Plural e Multlétnico.

Nos termos do decreto 6.040/2007, Povos e Comunidades Tradicionais podem ser compreendidos como grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (BRASIL, 2007).

Deste modo, verifica-se que a definição pode ser abrangente, mas tem exatamente o objetivo de não fixar certas regras específicas para evitar excluir algumas comunidades. O que se conta como relevante é a noção de

pertencer a um grupo, um coletivo, que em comum possuem um modo de vida diferente da sociedade em geral, uma relação de dependência com territórios que ocupam, e que não tenham a produção econômica como objetivo principal daquilo que produzem.

Entre os que estão sendo considerados povos e comunidades tradicionais no Brasil, estão os povos indígenas, os quilombolas as comunidades de terreiros, os extrativistas, os ribeirinhos, os cablocos, os pescadores artesanais e masriqueiras, os pomeranos, os pantaneiros, as comunidades de fundo e fecho de pasto, quebradeiras de coco babaçu, seringueiros, faxinalenses, ciganos, geraizeiros, vazanteiros, piaçabeiros, dentre outros.

Dessa forma, a conceituação construída através do decreto 6.040/2007, dialoga com as noções que vêm sendo construídas pela teoria antropológica acerca dos grupos étnicos. De fato, a categoria povos e comunidades tradicionais incorpora a diversidade de grupos étnicos e suas fronteiras estabelecidas (ROCHA).

Assim, o decreto 6.040/2007, bem como, a Convenção 169 da OIT trazem uma definição mais ampla da definição povos e comunidades tradicionais de modo a abranger outros povos que não os explicitamente constitucionalizados, uma vez que a Constituição Federal explicitamente reconhece direitos de povos indígenas (art. 231) e quilombolas (art. 68 ADCT).

Entretanto a Constituição Federal, por meio do artigo 215, determina que o Estado proteja as manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, e as de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. No artigo 216, o texto constitucional determina que deve ser promovido e protegido pelo Poder Público o patrimônio cultural brasileiro, considerando tanto os bens de natureza material quanto imaterial, o jeito de se expressar, ser e viver dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira

A Carta Magna de 1988, inaugura um novo paradigma de reconhecimento da pluralidade étnica, cultural e jurídica da sociedade brasileira, uma interpretação sistemática do texto constitucional permite que se entenda que a expressão “sociedade pluralista e sem preconceitos” compreenda também o pluralismo cultural e a igualdade entre todas as culturas existentes no território nacional.

3 ESTADO SOCIOAMBIENTAL E A COOPERAÇÃO DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

O estudo do surgimento de um modelo de Estado Socioambiental de Direito é de relevante interesse da sociedade atual, tendo em vista, a necessidade de refletir sobre os problemas ambientais decorrentes do crescimento e desenvolvimento tecnológico e a sua conformidade com as garantias dos direitos das comunidades tradicionais, estas caracterizadas por utilizar o território e os recursos naturais como condição de sua produção cultural, social, religiosa e econômica, para qual adotam normas próprias de convivência interna.

As comunidades tradicionais têm um papel de elevada importância para a conservação ambiental, pois a história tem demonstrado que esses grupos atuam de forma concreta para preservação do meio ambiente, uma vez que as comunidades tradicionais utilizam os recursos naturais de forma sustentável. Verifica-se que as comunidades tradicionais estão atreladas ao ambiente e por conta disso se apresentam como uma alternativa entre progresso e a preservação ambiental, no entanto, precisam ter sua história, cultura e os recursos preservados, desta maneira o reconhecimento e a autonomia das normas de convivência interna destes grupos são imprescindíveis para a manutenção de um meio ambiente equilibrado.

Diante da exploração dos recursos naturais de forma desenfreada, as comunidades tradicionais são as que mais sofrem de forma imediata. Estes grupos culturalmente diferenciados se apresentam como um importante componente para preservação ambiental, uma vez que eles possuem uma ligação, cultural, filosófica, artística e religiosa com a terra que habitam, assim as alternativas que venham fortalecer e preservar esses grupos, diante das tentações que o mundo moderno oferece, faz-se necessária e urgente.

A constituição Federal de 1988, demonstrou a urgente necessidade em relação a preservação e a conservação do meio ambiente, estabeleceu não só ao Poder Público mais também a coletividade o dever de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, assim a

cooperação entre Estado e comunidades tradicionais retrata o desenvolvimento de uma sociedade democrática, solidaria e participativa.

Em vista disso, a Constituição institui a democratização do acesso aos recursos ambientais e a obrigação de todos de zelarem pela qualidade do meio ambiente, em respeito ao direito universal a um ambiente ecologicamente equilibrado, não ficando só a cargo do Poder Público a responsabilidade por um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Neste sentido, o princípio da informação no Direito Ambiental brasileiro ganhou especial destaque e é considerado um direito fundamental. Conforme disposto constitucionalmente, o princípio da informação significa que ela não deve ser monopólio das autoridades públicas. Os indivíduos devem também ter acesso às informações relativas ao meio ambiente. Afinal, a responsabilidade pela proteção ambiental é de todos. Por esse motivo e por respeito ao princípio democrático, os dados ambientais devem ser publicados (GOME, SIMIONI, 2015).

Assim, argumenta-se que a ausência de informações pode causar danos irreparáveis à sociedade, bem como às futuras gerações, prejudicando o meio ambiente que, além de ser um bem comum, deve ser protegido por todos, inclusive pelo Poder Público, uma vez que o maior objetivo do princípio da informação no direito ambiental é, efetivando o direito à informação, permitir aos indivíduos a participação ativa nas questões relativas ao meio ambiente. (GOMES, SIMIONI, 2015).

O princípio da informação está vinculado ao princípio da participação, pois o cidadão, ao ser informado, tem condições de compreender a importância da questão ambiental. Desta forma, a participação popular é elemento fundamental da democracia participativa.

Ainda, o direito à informação constitui instrumento essencial à implementação e manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao tempo que o surgimento do Estado Democrático de Direito, como modelo para a organização estatal e a ampliação dos direitos políticos se dá através do direito de participação política.

A constituição federal avançou de forma considerável ao colocar, o Poder Público e a coletividade em conjunto como agentes defensores do meio ambiente, na medida em que não compete somente ao Estado cuidar sozinho do meio ambiente, pois essa incumbência não pode ser eficientemente executada sem a cooperação da sociedade. As comunidades tradicionais têm um papel fundamental para preservação do ecossistema, uma vez que são grupos que atuam de forma concreta na criação de um modelo sustentável de desenvolvimento, tendo em vista sua relação de dependência com o ecossistema que se relaciona no dia a dia.

O desenvolvimento, principalmente econômico tem estimulado fortemente à produção e o consumo com vistas apenas à geração de riquezas. Este enfoque exclusivamente econômico do desenvolvimento relegou a importância da natureza para a sobrevivência do homem tendo como consequência a significativa degradação do meio ambiente e o início de uma crise ecológica.

Em vista disso, com o objetivo de ter um justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável apresenta o comprometimento da sociedade mundial em buscar de soluções para que o progresso e o desenvolvimento econômico não esgotem os recursos naturais, deixando as futuras gerações sob degradação ambiental irreversível. Em nossa Carta Magna este comprometimento se faz presente também no inciso VI do art. 170, dentro do capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica (MEDEIROS, ROCHA, 2014).

Do caput do artigo 225 da Constituição Federal nasce o dever jurídico da conduta responsável para com o meio ambiente, que deve ser cumprido e respeitado por todos, eis que surge o princípio da solidariedade intergeracional, este traz à tona o dever do poder público em cooperação com a sociedade em geral de preservar o meio ambiente para as futuras gerações; tendo em vista a flagrante dificuldade de aplicação prática das medidas que visam conter a crise ecológica, acredita-se que uma ética solidária em relação à preservação ambiental garantirá uma vida digna no planeta, tanto para a presente como para as futuras gerações.

Faz-se necessário que o Estado ao exercer o seu dever de preservar o meio ambiente atue em conjunto com as comunidades tradicionais, uma vez que estas se relacionam diretamente como o meio ambiente, até porque dependem de recursos naturais para sua continuação sócio-cultural, com a utilização de atividades que não agridem ou agridem de forma menos degradante o ambiente.

4 CONCLUSÃO

Destarte, uma democracia participativa eficaz compreende um sistema em que os povos e comunidades tradicionais, enquanto membros do Estado, contribuem de forma efetiva no universo político-democrático, a fim de adotarem medidas que fortaleçam a proteção e preservação do meio ambiente.

Contudo, da atuação conjunta entre Estado e sociedade, principalmente entre Estado e povos e comunidades tradicionais na proteção do bem ambiental, sedimentado sob o marco jurídico-constitucional do princípio da participação, caracteriza o modelo de Estado Socioambiental de Direito.

A cooperação dos povos e comunidades tradicionais tem uma relevância enorme para preservação e solução dos problemas ambientais, uma vez que estão atreladas ao ambiente e por conta disso se apresentam como uma alternativa entre progresso e a preservação ambiental. Entretanto, o princípio da informação tem um papel de destaque, sendo considerado um instrumento essencial à implementação e manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Herman Antônio. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Renata Nascimento; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **O princípio ambiental da informação na forma de complexidade, confiança e risco**. Revista de Direito Ambiental, v. 40, p. 59-75, 2015. Disponível em:

<http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/download/3341/2255>

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de / ROCHA, Marcelo Hugo Da, **Como Se Preparar Para o Exame de Ordem – Ambiental**. 6ª Ed. São Paulo: Método, 2014, v. 11.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito, grupos étnicos e etnicidade. Reflexões sobre o conceito normativo de povos e comunidades tradicionais**. In: ROCHA, Julio Cesar de Sá da; SERRA, Ordep (orgs). *Direito ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais*. Salvador, Edufba. Disponível em: <http://www.grupodepesquisapct.ufba.br/?p=1025>

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2016.

PRODUTIVIDADE DO JUDICIÁRIO E ASSERTIVIDADE DAS DECISÕES EMANADAS

DOUGLAS BELANDA: Advogado Corporativo em São Paulo/SP, sendo atualmente Secretário da Comissão de Departamento Jurídico da OAB/SP, Seccional de Pinheiros/SP. Foi Membro da Comissão de Instituições Financeiras e Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SP. Graduado em Direito pela FMU/SP, com especialização em Contratos e Operações Bancárias pela FGV/SP, Pós-graduado em Direito Constitucional pela FMU/SP, com MBA em Administração de Empresas pela mesma Universidade. Ademais, foi Aluno Ouvinte do Mestrado em Direito Civil na PUC/SP, bem como, Aluno Especial do Mestrado em Processo Civil na USP. É autor de artigos jurídicos e corporativos em revistas especializadas.

RESUMO: Quem labora em contencioso judicial (diversas esferas), não raro, é cientificado ou questionado sobre a produtividade do Judiciário (certa demora processual) e, ainda, suas nuances. Fato é que, a primeira impressão nos leva a questionar certa morosidade do Judiciário (em sentido amplo), todavia, realmente existe tal morosidade? O que pode ser introduzido no dia a dia dos magistrados para, ao longo do tempo, trazer uma efetividade e rapidez no contexto judicial? Falaremos no artigo.

PALAVRA CHAVE: processo civil – produtividade – magistrados – duração do processo - judiciário

ABSTRACT: Those who labor in judicial litigation (several spheres), are not rare, are scientific or questioned about the productivity of the judiciary (certain procedural delay) and, still, their nuances. Fact is, the first impression leads us to question certain slowness of the judiciary (in the broad sense), however, is there really such a slowness? What can be introduced in the day to day of the magistrates to, over time, bring an effectiveness and speed in the judicial context? We'll talk in the article.

ANSWER KEY: Civil Procedure – Productivity – magistrates - duration of the judicial process

I – EXPLANAÇÃO INTRODUTÓRIA

É fato incontroverso que grande parcela da população brasileira reclama com certa ênfase quanto a duração razoável do processo e efetividade da justiça (previsto no Artigo 05º - LXXVIII da Constituição Federal), em grande parte relacionando tal efetividade com suposto pouco trabalho (produtividade direta) dos entes do Judiciário, todavia, isso é verdade? De pronto e sem adentrar em qualquer contexto filosófico ou partidário, elencamos que não é verdade a afirmação de que o corpo do judiciário trabalho pouco, mas pelo contrário, a carga de trabalho e produtividade é grande (com dados numéricos fidedignos), com cravado aumento anual de volumetria de decisões judiciais proferidas, queda de número de recursos e atendimento jurisdicional. Ora, tendo em vista a afirmação supra de que a Justiça brasileira produz cada vez mais, por qual razão a duração do processo ainda é longa, levando descrédito a sociedade em sentido amplo? É justamente esse quesito que iremos abordar, isto é, os motivos que possivelmente estão ocasionando a lentidão de finalização do embate judicial, fato que prejudica e muito a sociedade de modo amplo e irrestrito.

De pronto, é possível afirmar que o ótimo trabalho desenvolvido pelo Poder Judiciário e CNJ carecem de maior relacionamento e divulgação junto ao corpo de operadores do direito, sendo esse uma vertente do artigo, ou seja, falta publicidade de todos os atos praticados pelo respeitado poder julgador do país e órgão regulador. Nessa seara, o intuito do referido artigo (em conjunto com visão elencada) é justamente desmistificar algumas crenças equivocadas quanto a ineficiência do judiciário e seus entes, mas sim, trazer para a sociedade certa discussão sobre a baila do Judiciário e meios de ocasionar maior efetividade de todo entorno judicial, o que é dever de todos juristas buscarem em todo o momento.

II – NÚMEROS DA JUSTIÇA

O Brasil, sem dúvidas, possui uma democracia forte e estabelecida, com a plena harmonia dos poderes constituídos, sendo um grande protagonista nesse pilar o estimado Poder Judiciário. É fato incontroverso que a população sente orgulho dos Magistrados, Desembargadores e Ministros, que muito produzem nesse país, estabilizando cenários críticos e trazendo respeito ao nosso povo, ordenamento jurídico e resguardando a Constituição Federal, isto é, nossa carta magna. Por óbvio que alguns conceitos são discutidos, entretanto, esse cerne faz parte de uma forte democracia instituída, o que sempre buscamos defender. Abarcando a estrutura do Judiciário e sua forte transparência, temos o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que atua fortemente na ótima prestação jurisdicional, organizando os contextos de um país muito voltado para o litígio (ainda), algo que precisamos repensar também, no Século XXI. Em suma, tal excelente órgão CNJ[1], é definido por:

“...O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual...”

...

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, nos termos do art. 103-B da Constituição Federal. Trata-se de um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional...”

Como missão principal (dentre outras vertentes) do respeitado CNJ[2], temos:

“...O CNJ desenvolve e coordena vários programas de âmbito nacional que priorizam áreas como Gestão Institucional, Meio Ambiente, Direitos Humanos e Tecnologia. Entre eles estão: Metas do Judiciário, Lei Maria da Penha, Conciliação e Mediação, Justiça Aberta, Justiça em Números, Audiências de Custódia, Processo Judicial eletrônico...”

E dado a ratificação de um sistema judiciário estruturado e assertivo, bem como, órgão ativo na fiscalização dos números e estruturas do Judiciário,

como podemos afirmar que a justiça brasileira funciona efetivamente e desmistificar alguns conceitos equivocados? Esse é o ponto do artigo, trazer os números que comprovam a grande produção do Poder Judiciário e, algumas falhas latentes para maior efetividade, dado que a produção existe. No anuário de estudo do CNJ – ano base 2017[3], com análise do conteúdo histórico, temos:

“...O Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação. Em média, a cada grupo de 100 mil habitantes, 12,907 mil ingressaram com uma ação judicial ao longo do ano de 2016. Ingressaram 29,4 milhões de processos, crescimento de 5,6% em relação a 2015. Foram baixados 29,4 milhões de processos, crescimento de 2,7% em relação a 2015...”

...

“... Em 2016, cada juiz brasileiro solucionou 1,749 mil processos, mais de sete por dia. O número de casos sentenciados registrou a mais alta variação da série histórica. No último ano, o número de sentença e decisões cresceu 11,4%. Em 2016, magistrados e servidores conseguiram a marca de 30,8 milhões de casos julgados...”

Se contra números não existem argumentos, é ponto incontroverso que o Judiciário atingiu o maior índice de produção da história, trabalhando fortemente e como nunca em prol da população brasileira, mas, a sociedade sabe de tais números? Creio que não, como totalidade. Ainda, o volume de recursos também está em queda, vejamos[4]:

“... Cai há quatro anos seguidos o percentual de recursos judiciais apresentados. A tendência, iniciada em 2013, envolve tanto a justiça de 1º grau quanto de 2º grau. Isso ocorre para os índices de recorribilidade interna (taxa de recursos endereçados ao órgão julgador) e externa (taxa de recursos apresentados a instância superior) ...”

Esse ponto supra também é importante ao extremo, dado que demonstra uma assertividade maior nas decisões judiciais proferidas nas Instâncias inferiores, demonstrando maior interação entre as Instâncias do Judiciário, sendo benéfico ao país tal ligação, justamente para ser alvo de

recurso somente temas muito controversos e que carecem de decisão de um ou mais órgãos colegiados, ao sendo determinado processo galgado para mais de uma Instância do estimado Poder Judiciário. Penso que, o Poder Judiciário deve estar cada vez mais interligado com a sociedade em geral, justamente para cravar o conceito de justiça, dar maior publicidade dos seus atos e, ainda, cientificar a população sobre seus direitos e deveres, atuando em pré contencioso, e não somente na solução rápida do conflito. O custo do referido órgão não é baixo, razão pela qual atuar de modo preventivo é necessário doravante e com grande ênfase.

Por oportuno, é necessário repensar a cadeia de produção do Judiciário, com fito de estabelecer métricas mais efetivas de decisões judiciais na largada ou instrução processual, já em paralelo com o pensamento e tendência dos Tribunais Superiores, para que seja distribuída uma ação com liame de percentual de êxito por categoria, o que é possível com avanço da tecnologia. Em tal aspecto, é importante certa previsibilidade para as partes do entorno processual. Outro ponto importante, ao meu ver, é categorizar eventuais varas judiciais por matérias levadas ao âmbito judicial, justamente para otimizar a produção (que repito, é alta). Veja que, se um magistrado detém o conhecimento técnico de certo tema (cito, por exemplo, telefonia) e, tal ramo é voltado a grande volume de embates judiciais, certamente teremos mais métricas para análise e produção, dado que a esteira de produção do Poder Judiciário fica mais calibrada e assertiva, incluindo, mais técnica apurada nas decisões emanadas do respeitado poder. Tal pensamento deve seguir a lógica em demais Instâncias, como vem acontecendo em alguns Estados da Federação, com câmaras especializadas. (Deve ser tendência). Carece, ainda, o Judiciário de mais investimento em tecnologia e mão de obra que, apesar de muito boa, sofre com sobrecarga de trabalho.

Ainda e consoante já abordamos brevemente, a atuação preventiva do Judiciário e CNJ precisa ser implementada com mais efetividade e publicidade, incluindo mais sessões prévias de acordos e diretrizes sobre o pensamento de tais órgãos quanto as decisões judiciais proferidas, seja alertando a população e operadores do direito e, até mesmo, cravar temas que são procedentes ou improcedentes no Judiciário em percentual, jamais para coibir o acesso ao pleito decisória da justiça, mas sim, para conscientizar todos quanto os direitos e deveres em números (percentual por tema), otimizando o embate processual. Não é demais afirmar que o Poder Judiciário e CNJ estão efetivando um

excelente trabalho e no caminho certo da melhora jurisdicional ano a ano, todavia, implantar métrica processual, jurimetria e criar um canal direto com a sociedade (incluindo redes sociais), facilitará o alcance da plenitude do atendimento judicial, melhorando os números de atendimento do Poder Judiciário, alavancando a segurança jurídica e agilidade do combate levado a batuta da justiça. Com pequenos ajustes, o CNJ alcançará números ainda mais expressivos e, certamente, consolidará curva decrescente entre distribuição de novas ações e respectivas ações finalizadas com sentença judicial com trânsito em julgado.

NOTAS:

[1] <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>

[2] <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>

[3] <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>

[4] <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>

PROCESSO LICITATÓRIO: A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NO PROCESSO DE LICITAÇÃO

RODRIGO NOGUEIRA RIBEIRO:
Bacharelado do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. Servidor Público Federal no cargo de Técnico do Seguro Social (INSS).

MARIA DE FÁTIMA ALVES SÃO PEDRO

(Orientadora)

RESUMO: Esse trabalho demonstra os empecilhos à utilização dos meios eletrônicos nos processos licitatórios, em especial, em todas as modalidades de licitação previstas na legislação brasileira, e as vantagens decorrentes do seu aproveitamento, tais como a redução de custos dos processos de aquisição de produtos e serviços, e perpassa pelo calibre jurídico, da administração e da economia. Juridicamente, analisa a expansão dos meios eletrônicos segundo princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório, bem como os princípios da Eficiência e da Economicidade, que ultrapassam a monovalência e se fazem presentes nas três ciências dissertadas, assim como a necessidade de adequação desses processos à era digital. Outrossim, examina se a administração pública tem recurso humano profissionalizado para viabilizar, executar e manter os meios eletrônicos nos processos licitatórios. E finaliza com resultado que clama pela maximização do uso desses meios nos pertinentes processos, com a cautela da necessidade de uma estruturação jurídica/material prévia à atinente implementação em cadeia nacional. **Palavras-chave:** Processo licitatório. Meios eletrônicos. Todas as modalidades de licitação. Princípios da licitação. Economicidade. Eficiência.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO DE LICITAÇÃO. 2.1 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE LICITAÇÃO. 2.2 CONCEITUAÇÃO DE TODAS AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. 2.2.1 Concorrência. 2.2.2 Concurso. 2.2.3 Convite. 2.2.4 Consulta. 2.2.5 Leilão. 2.2.6 Pregão. 2.2.7 Tomada de preços. 2.3 POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS EM TODAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO. 2.4 TENDÊNCIA DE INSERÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS E NOUTROS PROCESSOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 2.5

QUAIS PRINCÍPIOS SERIAM PRESTIGIADOS COM A MAXIMIZAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS E SE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM RECURSOS PARA A IMPLANTAÇÃO DESSES MEIOS. 2.5.1 Princípio da Eficiência. 2.5.2 Princípio da Celeridade. 2.5.3 Princípio da economicidade. 2.5.4 Princípio da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável. 2.5.5 Princípio da Competitividade. 2.5.6 Princípio da Transparência. 2.5.7 Existência de recurso humano qualificado na administração pública para instalação e manutenção dos meios eletrônicos nos processos licitatórios. 3 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se deleita sobre a temática pertinente à utilização dos meios eletrônicos nos processos licitatórios, em todas as modalidades de licitação, e investiga o que impede a ampliação da utilização dos meios eletrônicos nos processos licitatórios, com o fim de atender aos princípios constitucionais da Eficiência, da Economicidade e da Celeridade, bem como os demais princípios legais que regem à licitação realizada pela administração pública, inclusive, analisa se há redução de custos quando são utilizados meios eletrônicos nesses processos. Mas também examina se a administração pública tem recurso humano profissionalizado para viabilizar, executar e manter os meios eletrônicos nos processos licitatórios imediatamente.

Nesse trabalho, tese-se favoravelmente à utilização dos meios eletrônicos no processo licitatório, que possibilita a diminuição dos custos, prestigia diversos princípios jurídicos, com ressalva para implantação desses meios, visto que é necessária uma preparação jurídica/material de modo prévio. Essa temática foi escolhida porque percebe-se um retardo por parte da administração pública para adequação do processo licitatório à era digital, bem pela displicência do Estado no cuidado com o erário.

A conclusão deriva de análise processada no plano jurídico, da administração e da economia e passa pelo crivo constitucional, legal, jurisprudencial e doutrinário, sendo alijado conforme exposto a seguir.

Inicialmente, tratar-se-á o conceito de licitação e, logo após, far-se-á uma abordagem constitucional sobre quem é competente para legislar e para regulamentar a matéria atinente à licitação, respectivamente, (itens 2 e 2.1). E, de maneira seguida, será realizada a conceituação das modalidades de licitação existentes no direito brasileiro, bem como o comentário da possibilidade jurídica de utilização dos meios eletrônicos em todas as modalidades de licitação e da tendência de inserção dos meios eletrônicos nos processos licitatórios e noutros processos da administração pública (respectivamente, item 2.2 e subitens, item 2.3 e item 2.4).

Ainda de modo sucessivo, no item 2.5 e subitens e no item 2.6, serão feitas abordagens sobre quais princípios seriam prestigiados com a maximização dos meios eletrônicos nos processos licitatórios e sobre a existência ou não de recurso humano qualificado na administração pública para instalação e manutenção dos meios eletrônicos nos processos licitatórios. Por fim, no item 3, haverá a exposição da conclusão.

2 CONCEITO DE LICITAÇÃO

Segundo Marçal Justen Filho, licitação é:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos (JUSTEN FILHO, 2014. Páginas 15 e 16).

O conceito legal de licitação está prescrito no artigo 3º da Lei nº 8666/93, o qual diz que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da

probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Importante é, desde logo, fazer uma distinção entre licitação e contrato, que não são sinônimos, visto que o contrato é uma consequência da licitação. A licitação visa eleger a proposta mais vantajosa para a administração pública e a pessoa com quem será celebrado o contrato, enquanto que o contrato se refere a negócio jurídico a ser firmado após a licitação.

Toda a administração pública direta e indireta de todos os entes federados está obrigada a licitar e essa regra emana do art. 37, inciso XXI, da CRFB/88, que diz que 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.

Ou seja, embora existam exceções - inexigibilidade de licitação e dispensa de licitação, que são institutos que têm suas hipóteses contidas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8666/93 - a regra é que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública.

2.1 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE LICITAÇÃO

Todos os entes federados podem legislar sobre matéria pertinente à licitação, entretanto, é necessário ressaltar que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação, conforme comando expresso do artigo 22, inciso XXVII, da CRFB/88, cabendo aos Estados e Municípios suplementar a legislação nacional. Essa competência suplementar não é óbvia no texto constitucional, porém, com a ajuda da lei, da doutrina e da jurisprudência, chega-se a essa conclusão.

Segundo a jurisprudência do STF colacionada abaixo, os Estados e Municípios têm competência suplementar para legislar sobre a matéria de licitação:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHOMG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para

legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido (STF - RE: 423560 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 29/05/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012).

A doutrina também segue essa interpretação, conforme exposição de Rafael Carvalho de Oliveira Rezende:

O Decreto 7.546/2011, ao regulamentar o referido regime de preferência, preceitua, em seu art. 3.º, § 2.º, que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e demais poderes da União estão livres para estabelecer diferentes regimes de preferência, sendo facultado às entidades menores (Estados e Municípios) adotar as margens de preferências estabelecidas pelo Poder Executivo Federal. Andou bem, nesse particular, o referido instrumento regulamentar, posto que, ao possibilitar que cada entidade da federação estabeleça o seu próprio regime de preferência, preservou o princípio federativo (previsto no art. 18 da CRFB), na medida em que não invade a autonomia administrativa das demais entidades federadas. Além disso, o referido diploma faz com que essa nova sistemática não extrapole os limites da competência da União para a edição de normas gerais – as quais, é bom que se registre, se limitam trazer diretrizes principiológicas para a produção normativa suplementar – em licitações e contratos, previstas no art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República (OLIVEIRA, 2015. Pág. 155).

Nesse mesmo prisma, a Lei nº 8666/93 estabelece em seu artigo 118 que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto na lei, ou seja, os entes federados devem adequar suas leis: os chefes do Poder Executivo devem regulamentar a matéria (isso com base no Poder Regulamentar, que deles é privativo); e as autoridades competentes das

entidades e dos órgãos devem normatizar a matéria (isso com base no Poder Normativo).

2.2 CONCEITUAÇÃO DE TODAS AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO

As modalidades de licitação existentes no direito brasileiro estão contidas em 3 (três) leis diferentes (Lei nº 8666/93, Lei nº 10520/02 e Lei nº 9472/97) e se consubstanciam em 7 (sete) modalidades de licitação. São elas:

- Concorrência;
- Concurso;
- Convite;
- Consulta;
- Leilão;
- Pregão;
- E Tomada de Preços.

Todos os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta podem utilizar quaisquer das modalidades de licitação, com exceção da modalidade Consulta que só pode ser utilizada pelas agências reguladoras.

2.2.1 Concorrência

A Concorrência é modalidade de licitação prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8666/93 e é utilizada obrigatoriamente nas licitações que visem a contratação de serviços ou obras de engenharia em valor estimado acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e compras em geral e serviços que não sejam de engenharia acima R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), de acordo com o comando do art. 23, inciso I, alínea "c" e inciso II, alínea "c", da Lei nº 8666/93.

Ademais, a Concorrência é a modalidade de licitação mais rigorosa e que envolve maior vulto econômico, podendo ser utilizada nas hipóteses em que couber as modalidades de licitação Convite e Tomada de Preços, pois a lei de normais gerais de licitação permite a adoção da modalidade de licitação mais rigorosa do que a definida em lei, conforme previsão do art. 23, § 4º, da Lei nº 8666/93.

Além disso, nas licitações internacionais, a regra é a utilização da modalidade Concorrência, conforme previsão do art. 23, § 3º, da Lei nº 8666/93 e, como exceção, podem ser utilizadas as modalidades de licitação denominadas de Convite ou Tomada de Preço, na forma do artigo anteriormente citado.

Por fim, informa-se que a modalidade Concorrência também é regra nas licitações que tenham, independente de valor, como objeto:

- A aquisição e a alienação de imóveis;
- Concessão de direito real de uso;
- Nas parcerias público-privada;
- Nas concessões de serviços públicos, inclusive nos casos de subconcessões;
- Nos casos de licitações internacionais, como já citado anteriormente.

2.2.2 Concurso

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, conforme previsão do artigo 22, § 4º da Lei nº 8666/93.

Essa modalidade de licitação não é sinônima de concurso público, vez que concurso público não é modalidade de licitação nem é integrado por procedimento licitatório, bem como não existe uma legislação específica que

regule a matéria. Além disso, a modalidade concurso pode ser utilizada independentemente do valor estimado do objeto contratual e qualquer interessado pode participar do certame.

2.2.3 Convite

Enquanto a modalidade de licitação denominada Concorrência é a mais rigorosa, a modalidade Convite é a menos rigorosa e é utilizada nas licitações que envolvem menor vulto econômico.

Ela é empregada nas licitações que visem a contratação de serviços ou obras de engenharia em valor estimado até de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e compras em geral e serviços que não sejam de engenharia até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), de acordo com o comando do art. 23, inciso I, alínea "a" e inciso II, alínea "a", da Lei nº 8666/93.

Mas esses limites são aumentados, no caso de consórcios públicos, da seguinte forma: aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número, de acordo com o previsto no art. 23, § 8º, da Lei nº 8666/93.

Ou seja, quando o consórcio público for formado por até 3 (três) Entes da Federação, o limite do valor estimado da modalidade convite nas licitações que visem a contratação de serviços ou obras de engenharia é de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e nas licitações de compras em geral e serviços que não sejam de engenharia é de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais).

Mas caso o consórcio público seja formado por mais de 3 (três) entes da Federação, o limite do valor estimado da modalidade convite nas licitações que visem a contratação de serviços ou obras de engenharia é R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais) e nas licitações de compras em geral e serviços que não sejam de engenharia é de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais).

2.2.4 Consulta

Consulta é modalidade de licitação criada pelo artigo 54, parágrafo único, da Lei nº 9472/97 (Lei da ANATEL) e estendida às demais agências reguladoras por meio do art. 37, da Lei nº 9986/2000 e é a única modalidade

de licitação que só pode ser utilizada pela administração pública indireta, mas não por toda a administração pública indireta, vez que ela só pode ser utilizada pelas agências reguladoras.

As agências reguladoras são entidades da administração pública indireta que têm natureza de autarquia em regime especial e são submetidas ao regime jurídico de direito público. Essas agências reguladoras não são autarquias comuns, elas são classificadas como autarquias em regime especial, vez que têm um regime administrativo um pouco diferente das autarquias comuns.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica, logo abaixo, como se materializa o regime especial:

Elas estão sendo criadas como autarquias de regime especial. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum; ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública (DI PIETRO, 2014. Página 542).

Ademais, as agências reguladoras são as responsáveis pela regulamentação da modalidade, que pode ter como objeto bens e serviços não comuns, conforme interpretação que se extrai do artigo 58, da Lei nº 9472/97. Nesse sentido, tem-se, logo abaixo, o conceito da modalidade Consulta regulamentada pela Agência Nacional de Saúde: "Consulta: É a modalidade de licitação em que ao menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, de elevada qualificação, serão chamadas a apresentar propostas para fornecimento de bens ou serviços não comuns" (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Disponível em: Acesso em 30 de março de 2018).

2.2.5 Leilão

Leilão é a modalidade de licitação que é utilizada pela administração para a alienação (venda) de bens móveis e, em caráter excepcional, de bens imóveis. Só podem ser alienados por Leilão os imóveis adquiridos pela administração pública por procedimentos judiciais ou dação em pagamento. Por óbvio, todos os bens devem ser previamente avaliados para que sejam leiloados.

2.2.6 Pregão

A modalidade de licitação denominada Pregão é a mais utilizada pela administração pública porque tem procedimentos que facilitam o processo licitatório, como, por exemplo, a inversão das fases de habilitação e julgamento (fases regulares de um processo de licitação na modalidade Concorrência), ou seja, primeiro ocorre a fase de julgamento, para depois passar para a fase de habilitação, sendo que nesse último caso, verifica-se somente a documentação habilitatória do licitante que apresentar a proposta mais vantajosa para a administração pública (aquela com o menor preço), fato esse que torna o processo mais eficiente, em comparação ao processo utilizado na modalidade concorrência, na qual a fase de habilitação ocorre antes da fase de julgamento e, nela, a administração pública verifica a documentação habilitatória de todos os licitantes.

Essa modalidade é empregada nas aquisições de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado do objeto a ser licitado e o licitante vencedor é aquele que apresentar o menor preço. E o que são bens e serviços comuns? Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, mas a conceituação do que são bens e serviços comuns está no parágrafo único do art. 1º, da supramencionada Lei, colacionada a seguir, in verbis: "Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado".

Ainda, essa modalidade é dividida em duas espécies, a saber, Pregão Presencial e Pregão Eletrônico. O Pregão Presencial é realizado com a presença física dos licitantes, em local, data e horário designados pela administração pública. Enquanto que o Pregão Eletrônico é realizado pela internet, em

ambiente virtual, em data e horário específico, podendo os licitantes participarem de qualquer lugar, desde que logados ao sistema em que a administração pública estiver utilizando para a realização do certame.

E, em que pese a modalidade Pregão ser regida por lei específica, as normas contidas na Lei nº 8666/93 se aplicam a ela, de modo subsidiário, ou seja, o que estiver na lei de normas gerais e não for incompatível com a modalidade, a ela se aplica, conforme comando do art. 9º, da Lei nº 10520/02. Um exemplo de incompatibilidade é a exigência de garantia de proposta, que é permitida pela Lei nº 8666/03, em seu art. 31, inciso III, mas é vedada pelo artigo 5º, inciso I, da Lei específica do Pregão.

2.2.7 Tomada de preços

Tomada de Preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação, conforme exposição do artigo 22, § 2º da Lei nº 8666/93.

Outrossim, essa modalidade de licitação tem um limite de valor, ou seja, nas licitações que visem a contratação de serviços ou obras de engenharia em valor estimado até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e compras em geral e serviços que não sejam de engenharia até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), de acordo com o comando do art. 23, incisos I, alínea "b" e II, alínea "b", da Lei nº 8666/93.

2.3 POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS EM TODAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

É possível a utilização de meios eletrônicos em todas as modalidades de licitação, com vistas à adequação do processo licitatório à Era Digital? A resposta é sim, mas antes de adentrar a fundamentação, dar-se-á um exemplo de que isso já acontece na administração pública. A administração pública federal já processa suas licitações por intermédio do Sistema Compras Governamentais, que pode ser acessado pela internet por meio do endereço eletrônico www.comprasgovernamentais.gov.br.

Entretanto, nos Estados, Distrito Federal e Municípios, as licitações continuam sendo processadas em ambientes físicos, com contatos físicos e mediante aquele “olho no olho”. Atualmente, esses Entes não são obrigados a realizar suas licitações por meios eletrônicos, embora essa seja a tendência, visto que a administração pública deve acompanhar o desenvolvimento tecnológico e econômico, bem como atender ao Princípio Constitucional da Eficiência.

O meio jurídico de obrigar todos os Entes da Federação a realização de licitação por meios eletrônicos, seria a União editar normas gerais nesse sentido, isso, com fundamento na competência que lhe foi delegada pelo art. 22, inciso XXVII, da CRFB/88. Além disso, o conteúdo do meio eletrônico está inserido dentro de outras competências privativas da União, vez que legislar sobre informática e telecomunicações compete a ela, conforme previsão do art. 22, inciso IV, da CRFB/88.

Com base nessas competências, a União alteraria a Lei de normas gerais no que se refere à matéria de licitações e contratos, informática e telecomunicações e prescreveria a obrigação de licitar por meios eletrônicos, para todos os Entes da Federação, na Lei nº 8666/93.

2.4 TENDÊNCIA DE INSERÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS E NOUTROS PROCESSOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A tendência de inserção dos meios eletrônicos nos processos licitatórios é corroborada pelas últimas alterações legislativas em matéria licitatória, notadamente, com o advento da Lei do Pregão, que possibilitou a utilização do Pregão Eletrônico e da Lei do Regime Diferenciado de Contratação, tendo em vista que ambas dão preferência à realização das licitações sob a forma eletrônica.

Também, com base no art. 84, inciso IV, parte final, da CRFB/88, o Poder Executivo tem regulamentado a matéria na seara na administração pública federal. Por exemplo, o Pregão é regulamentado pelo Decreto nº 5450/05 e é obrigatório nas aquisições de bens e serviços comuns e deve ser realizado,

preferencialmente, na sua forma eletrônica, conforme previsão do artigo 4º, do dito Decreto.

A administração pública federal outrossim editou o Decreto nº 8539/15 que dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e, recentemente, editou o Decreto nº 9319/18, que institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital e tem, dentre outros objetivos, os de:

- Levar redes de transporte de dados de alta capacidade a todos os Municípios brasileiros;

- Expandir as redes de acesso em banda larga móvel e fixa, em áreas urbanas e rurais;

- Disseminar as iniciativas de inclusão digital;

- Educação e capacitação profissional: objetiva promover a formação da sociedade para o mundo digital, com novos conhecimentos e tecnologias avançadas, e prepará-la para o trabalho do futuro;

- Pesquisa, desenvolvimento e inovação: objetiva estimular o desenvolvimento de novas tecnologias, com a ampliação da produção científica e tecnológica, e buscar soluções para desafios nacionais;

- Cidadania e transformação digital do Governo: tornar o Governo federal mais acessível à população e mais eficiente em prover serviços ao cidadão, em consonância com a Estratégia de Governança Digital - EGD, instituída pelo Decreto nº 8.638, de 15 de janeiro de 2016;

- Fortalecimento da articulação e da cooperação entre os diferentes órgãos e entidades do Poder Público com competências relacionadas à temática digital.

Como órgão vinculado ao Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União (TCU), como órgão auxiliar do controle externo titularizado pelo

Congresso Nacional, vem cobrando dos órgãos e entidades públicos e das entidades que não pertencem à administração pública, mas que recebam recursos públicos, a utilização de licitação por intermédio de Pregão Eletrônico, em detrimento do Pregão Presencial, sob pena de caracterização de ato antieconômico, conforme enunciado nº 292, do TCU, colacionado a seguir, in verbis:

É recomendável que as entidades do Sistema S adotem, sempre que possível, a forma eletrônica do pregão. A adoção da forma presencial deve ser justificada, pois pode caracterizar ato de gestão antieconômico. O Tribunal apreciou Representação acerca de supostas irregularidades em pregão presencial promovido pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Departamento Nacional (Sebrae/DN), para a contratação de empresa especializada na prestação de serviço de agenciamento de viagens nacionais e internacionais, compreendendo os serviços de reserva, marcação, emissão, remarcação e cancelamento de passagens aéreas, rodoviárias, ferroviárias e marítimas nacionais e internacionais. Promoveu-se a oitiva da unidade jurisdicionada para que se manifestasse, dentre outras ocorrências, sobre “os motivos que justificariam a escolha pela realização do Pregão 10/2015 na forma presencial em lugar da modalidade eletrônica, tendo em vista que esta se reveste de caráter ‘preferencial’”. Em resposta à oitiva, o Sebrae/DN alegou que o pregão “não é obrigatório, segundo o seu regulamento de licitações e contratos, mas apenas preferencial”, acrescentando que nem mesmo a adoção do pregão para bens e serviços comuns seria obrigatória. Em juízo de mérito, o relator ressaltou que, “de fato, o artigo 4º, §1º, do Decreto 5.450/2005, não é diretamente aplicável ao Sebrae, pois se trata de entidade de direito privado não integrante da Administração Pública Direta ou Indireta”. Ademais, pontuou, “o Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema Sebrae não tem previsão expressa obrigando a

adoção do pregão na forma eletrônica para a contratação de serviços como o agenciamento de viagens”. Ponderou, contudo, amparado em entendimento firmado no Acórdão 1.695/2011 Plenário, que “a entidade gere recursos públicos de natureza parafiscal (artigo 8º, §3º, da Lei 8.029/1990), o que lhe obriga a observar os princípios aplicáveis à execução das despesas públicas, entre os quais o da eficiência”. Ainda sobre a questão, mencionou, entre outras deliberações, o Acórdão 2.165/2014 Plenário, segundo o qual, mesmo aquelas entidades não obrigadas por lei ou pelo Decreto 5.450/2005 a utilizar o pregão eletrônico, “devem motivar a escolha do pregão presencial na contratação de bens e serviços comuns sob risco de incorrerem em contratações antieconômicas”. Reportando-se ao caso concreto, o relator acrescentou que “o próprio Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema Sebrae dispõe que a licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa (artigo 2º)”. Observou que, no caso de uma licitação do tipo “menor preço”, a proposta mais vantajosa é a de menor valor monetário, atendidos os requisitos de habilitação e as características do objeto previamente estipulados no instrumento convocatório. Sendo assim, a modalidade do pregão na sua forma eletrônica deveria ser adotada sempre que possível, por permitir “maior competição entre os interessados em contratar e, conseqüentemente, a obtenção de menores preços”. Por fim, concluiu o relator que “a alegação do Sebrae de que não adotou a forma eletrônica do pregão pelo fato de não haver obrigação expressa em seu regulamento de licitações carece de legitimidade, porquanto, apesar de ser entidade privada que se situa fora da Administração Pública, gere recursos oriundos de contribuições obrigatórias, não lhe sendo facultado escolher alternativas menos econômicas, sem a devida justificativa”. Assim, acolhendo as razões do relator, o TCU recomendou ao Sebrae/DN, entre outras providências,

que “na fase de planejamento da contratação, adote, sempre que possível, a forma eletrônica do pregão, em razão das suas conhecidas vantagens, devendo justificar a escolha da forma presencial, que pode caracterizar ato de gestão antieconômico” (Acórdão 1584/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues).

2.5 QUAIS PRINCÍPIOS SERIAM PRESTIGIADOS COM A MAXIMIZAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS E SE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM RECURSOS PARA A IMPLANTAÇÃO DESSES MEIOS

Vários princípios jurídicos/administrativos seriam prestigiados com a maximização dos meios eletrônicos nos processos licitatórios, entre eles, cita-se o da Eficiência, da Celeridade, da Economicidade, da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável, da Competitividade, bem como o da Transparência, os quais serão abordados a seguir.

2.5.1 Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência foi previsto expressamente no art. 37, caput, da CRFB/88 e ele obriga a administração pública a fazer a utilização racional dos recursos, seja ele humano ou material e seria prestigiado com a inserção dos meios eletrônicos nos processos licitatórios porque estaria concretizando melhores soluções para atendimento da necessidade pública, inclusive, aprimorando o planejamento (premissa primária da eficiência), a implementação e a execução do processo, visto que um sistema eletrônico complexo e ajustado tende a ser mais rápido e mais preciso quando comparado às condutas e raciocínios de um homem médio exposto à mesma complexidade. Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado, explica o que o Princípio da Eficiência requer do responsável pela aplicação de recursos públicos:

A eficiência requer do responsável pela aplicação dos recursos públicos o exame da relação custo/benefício da

sua atuação. O primeiro aspecto a ser considerado em termos de eficiência é a necessidade de planejamento, de definição das necessidades e a indicação das melhores soluções para o atendimento dessa necessidade pública (FURTADO, 2016. Pág. 97).

2.5.2 Princípio da Celeridade

O Princípio da Celeridade é constitucional também e está expresso no art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88. Ele é um direito fundamental que assegura a todos, no âmbito administrativo e judicial, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Esse Princípio seria atendido com a inserção dos meios eletrônicos no processo licitatório, vez que o processo seria mais célere, visto que ações que hoje dependem da condução humana, seriam realizadas automaticamente pelo sistema informatizado.

2.5.3 Princípio da economicidade

Esse é outro princípio constitucional e está previsto no art. 70, caput, da CRFB/88, tendo sua aplicação fiscalizada pelo Poder Legislativo (auxiliado pelo Tribunal de Contas) por intermédio do controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Uma gestão é econômica quando é eficiente, eficaz e efetiva. Nesse sentido, disserta Lucas Rocha Furtado:

A eficiência, que foi elevada pela Constituição Federal à categoria de princípio geral da Administração Pública, é um dos aspectos da economicidade. Esta, além da eficiência, compreende a eficácia e a efetividade. Temos, portanto, que economicidade é gênero do qual a eficiência, a eficácia e a efetividade são suas manifestações (FURTADO, 2016. Pág. 97).

Quando se realiza processo licitatório por meio eletrônico, a economicidade é presumida, conforme entendimento expresso no enunciado de nº 292, da Súmula do TCU.

2.5.4 Princípio da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável

Esse Princípio está contido no art. 3º, da Lei nº 8666/93 e é um dos critérios que a administração pública utiliza para eleger aquele com quem irá contratar e, segundo esse primado, o Estado deve produzir riquezas em concomitante preservação do meio ambiente para garantia da possibilidade da vida humana digna no presente e no futuro. Nesse sentido, Marçal Justen Filho explica o conceito desse Princípio:

Portanto, o conceito de desenvolvimento sustentável envolve o compromisso não apenas com a produção de riquezas, mas também com a preservação dos recursos. O desenvolvimento nacional sustentável significa a elevação da riqueza nacional mediante a adoção de práticas compatíveis com a preservação do meio ambiente e de modo a garantir a viabilidade da vida humana digna no presente e no futuro (JUSTEN FILHO, 2014. Pág. 73).

Esse princípio seria prestigiado em demasia, como por exemplo, com a redução da criação e circulação de documentos em papel, vez que os documentos seriam criados ou a circulação deles seriam nas formas digitais e, com isso, reduzindo o desmatamento e, ao mesmo tempo, preservando à saúde da coletividade, vez que diminuiria a circulação e guarda de documentação com mofo, assim, evitando doenças.

2.5.5 Princípio da Competitividade

Esse princípio está expresso no art. 3º, da Lei nº 8666/93 e proíbe a inserção de cláusulas editalícias fundadas em critérios irrelevantes e que não atendam ao interesse público, evitando, assim, a frustração do caráter competitivo da licitação. Esse Princípio seria valorizado, por meio da inserção dos meios eletrônicos no processo licitatório, com o aumento do número de licitantes, pois o licitante poderia participar da licitação de qualquer lugar, não precisando estar em lugar físico predeterminado pela administração. Por exemplo, no Brasil, numa licitação que tenha por objeto o fornecimento serviços de limpeza no Estado do Rio Grande do Sul, pode, uma empresa

sediada no Estado de Roraima (polo extremo do país) participar da licitação sem maiores custos, fato que favorece à competitividade.

2.5.6 Princípio da Transparência

Esse Princípio está previsto no art. 5º, inciso XXXIII, da CRFB/88 e seria um dos mais prestigiados com a inserção dos meios eletrônicos no processo licitatório. Conforme previsto na norma supramencionada, todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

E com a inserção dos meios eletrônicos nesse processo, as informações licitatórias já ficariam disponíveis na rede para consulta, exceto as de que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Desse modo, também, reduzir-se-iam os custos envolvidos na disponibilização de servidores públicos para atendimento das demandas relativas à solicitação de informações por parte do povo.

2.5.7 Existência de recurso humano qualificado na administração pública para instalação e manutenção dos meios eletrônicos nos processos licitatórios

Será que a administração pública de maneira geral estaria preparada para viabilizar a instalação e manutenção da estrutura necessária para a inserção dos meios eletrônicos no processo licitatório? A resposta é não, vez que, em muitos municípios, sequer existe internet de banda larga, quem dirá servidor profissionalizado para atendimento da demanda. Logo, é necessário que a União viabilize o acesso à internet para esses Entes, por meio de sua competência constitucional para legislar sobre informática e telecomunicações, bem como, do jeito que já vem fazendo, por intermédio do Sistema Nacional para a Transformação Digital, que foi instituído pelo Decreto nº 9319/18.

Em ação concomitante, a União deveria, em conjuntos com todos os outros Entes, realizar a capacitação dos operados dos sistemas, inclusive, podendo fazer isso pela Escola Nacional da Administração Pública (ENAP).

3 CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, conclui-se que utilização de meios eletrônicos nos processos de licitação seria capaz de reduzir os custos do processo e de aquisição de materiais e serviços, tendo em vista que a economicidade é presumida quando a licitação é realizado por meio eletrônico, conforme entendimento do TCU, externado por intermédio do enunciado nº 292, de sua Súmula.

Ademais, não há impedimento a utilização dos meios eletrônicos em todas as modalidades de licitação, inclusive, a União já utiliza os meios eletrônicos em todas as modalidades licitatórias, fato que acontece pelo Portal Compras Governamentais. Entretanto, para que haja a obrigatoriedade da licitação de todas as modalidades de licitação por meio eletrônico em todos os Entes da Federação, a União deve estabelecê-la por meio de suas competências privativas para legislar sobre normas gerais de licitação, informática e telecomunicações.

Noutro prisma, a administração pública, em sua completude, não dispõe de recursos para estruturação dos meios eletrônicos nos processos licitatórios, vez que ainda não há tráfego de internet banda larga em vários municípios, muito menos, mão de obra qualificada para implementação e manutenção da estrutura de informática e telecomunicações. Portanto, o trabalho inicial do Poder Público é tornar a internet acessível em todos os Entes da Federação e realizar a capacitação da mão de obra, para, depois, implementar a estrutura eletrônica.

E, com a inserção dos meios eletrônicos nos processos licitatórios, serão prestigiados os princípios da Eficiência, da Celeridade, da Economicidade, da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável, da Competitividade e o da Transparência, conforme explanação realizada no item 2.5 e subitens.

BREVE APONTAMENTO DA TEORIA DE SISTEMA DE NIKLAS LUHMANN: DESTRUIÇÃO DO DIREITO PELA CORRUPÇÃO SISTÊMICA DA MÍDIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

ABÍLIO OSMAR DOS SANTOS: Mestrando em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com estudos em MBA em Gestão de Estratégica e Econômica de Recursos Humanos pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/EAESP). Advogado atuante, ocupando atualmente o Cargo de Gerente Jurídico Trabalhista em DIA Brasil Sociedade Limitada (DIA group).

RESUMO: A teoria de Niklas Luhmann busca nas definições biológicas, compreender a sociedade pelas definições sociológicas sem uma valoração moral e contra a tendência da especialização disciplinar e da obsessão empírica. Assim, esse breve estudo, parte do conceito de sistema e sobre os determinantes de uma análise sociológica da mídia quando aliada ao direito na sociedade brasileira, observa-se pela teoria "luhmaniana" com ênfase na corrupção sistêmica e o conceito de alopoiese. Munido disso, observa o atual episódio brasileiro, trançando um conexão da economia e da política, que apontará as relações estabelecidas pela mídia e a corrupção sobre o direito.

Palavras-chave: direito, mídia, corrupção sistêmica, alopoiese.

Niklas Luhmann's theory seeks in biological definitions to understand society by sociological definitions without a moral valuation and against the tendency of disciplinary specialization and empirical obsession. Thus, this brief study, part of the concept of system and the determinants of a sociological analysis of the media when allied with law in Brazilian society, is observed by the "Luhmanian" theory with an emphasis on systemic corruption and the concept of allopoiesis. Armed with this, he observes the current Brazilian episode, drawing a connection between economics and politics, which will point out the relations established by the media and corruption over the law.

Key words: right, media, systemic corruption, alopoiese.

Sumário: *Introdução; 1. Observação sobre sistema do direito; 2. A corrupção sistêmica e alopoiese pela mídia; 3. Contextualização da sociedade brasileira; 4. O judiciário (centro do sistema do direito) e a mídia (subsistema da corrupção sistema da política e da economia); Conclusão;*

Introdução

A ideia introdutória a conceitos essenciais de direito e mídia advém da acentuada tendência de aproximações que esses dois sistemas no atual episódio brasileiro, para tanto busca nas definições sociológicas entre direito e mídia e de certa demanda por referências sobre o processo de construção racional da teoria de sistemas de Niklas Luhmann e entre relação à compreensão de corrupção sistêmica criando uma alopoiese entre a mídia e o direito. O esforço desse breve estudo, parte do conceito de sistema e sobre os determinantes de uma sociologia da mídia quando aliada ao direito pela observação sociológica "luhmaniana", com ênfase na apreensão do conceito de corrupção sistêmica.

A teoria social sistêmica proposta por Luhmann, tem-se como distinção fundamental a relação entre "sistema" e "meio-ambiente", essa distinção de auto referencial se organiza em torno da noção de diferença, possibilitando o fechamento do sistema em relação ao ambiente e estabeleceu recursividade e circularidade como suas características fundamentais, assim temos que os sistemas possuem capacidade de organizar e mudar suas estruturas por meio de referências internas e determinando suas próprias operações se autoproduzem.

A distinção entre sistema e seu meio ambiente é utilizado para explicar tudo entre o que pertence a determinado sistema e o que esta fora^[1], cada sistema, à sua diferença, produz-se e reproduz-se conforme a capacidade de vincular os elementos estruturais que lhe são próprios e lhe confere a unidade a partir das prestações captas da relação com o ambiente, são de natureza cognitiva e tem a potência de comunicar conjuntos de sentidos na realização do sistema. A relação de vínculos entre sistema e ambiente proporciona a elaboração do conceito de sistema como uma via de mão dupla, de um lado

define o sistema conforme sua operacionalidade e na medida da percepção cognitiva que lhe abre a relação como o ambiente de outro. Implica que a identidade semântica do sistema é a identidade dele em contraposição à identidade captada do ambiente.

Existe uma combinação entre o sistema e ambiente que permite que ambos caminhem em evolução conjunta, assim os sistemas na sociedade moderna, altamente complexa, revela sentido mais próximo da capacidade de estabelecer vínculos entre sistema e ambiente.

A proposta da teoria dos sistemas é descrever a sociedade complexa atual, distanciando-se, contudo, das concepções que pretendem normatizá-la prescrevendo soluções para os supostos problemas sociais e que desejam ensinar como deve ser.

1. Observação sobre sistema do direito

O direito como sistema social, possui a comunicação como elemento base, mas não podemos achar que eles formam um único sistema, sua diferenciação do meio ambiente ocorre pelo controle do código binário "direito/ não direito", esse código produz a autopoiese do sistema, o código é uma diferença e guia, essa diferença serve de modelo de orientação servindo a para classificar as comunicações no sistema.

O código, portanto, implica no fechamento operacional do sistema, mas as escolhas do que é direito/ não direito depende do meio ambiente, ou seja, o direito possui um autocontrole do código, mas ao mesmo tempo, também possui uma abertura cognitiva, pois depende do meio social para definir o que vem a ser direito ou não direito.

Portanto, o direito define internamento em conceitos, para possibilitar o seu fechamento normativo.

Pode-se afirmar, portanto, que o direito atua na função de sistema imunizador para a sociedade, já que permite tentar resolver a situação imprevistas sem um conhecimento completo dos fatores que levaram ao transtorno. A estrutura paradoxal do direito, assim como a de qualquer outro

sistema, permitindo que permaneça sensível à realidade e, portanto, desenvolva sua função.

O direito evolui e constrói as próprias estruturas na medida em que se põe em autor referência, na exata medida em que o direito calibra, repele ou confirma as próprias estruturas na apreensão do sentido normativo pela decisão judicial, o que permite afirmar que os próprios elementos do direito a construir e desenvolver o próprio sentido do direito.

Um sistema mantém seu caráter autopoietico na medida em que se refere a si mesmo e ao seu ambiente. As mais diversas determinações do ambiente, no entanto, somente serão inseridas no sistema quando filtradas pelo código-diferença específico de cada uma das espécies dos subsistemas sociais.

Para Luhmann, um subsistema social tem como estrutura um código-diferença através do qual elementos externos (extrasistêmicos ou do "ambiente") são inseridos.^[2] O direito, como subsistema social, pode ser interpretado como controle do código diferença "lícito/ ilícito". Na teoria de Luhmann pode-se dizer que o direito não passa de "um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto".

O direito pode assimilar, de acordo com seu código-diferença, os fatores do ambiente (abertura cognitiva), não sendo diretamente influenciado por eles, porquanto a vigência jurídica de expectativas normativas depende de processos seletivos de filtragem no interior do sistema jurídico.

Nesse sentido, as diversas determinações do ambiente só são inseridas no sistema (abertura) quando este, de acordo com seus próprios critérios e código/diferença, atribui lhes forma (fechamento). É a chamada autopoiese no direito.^[3] Assim, "todos os valores que circulam o discurso geral da sociedade são, após a diferenciação de um sistema jurídico, ou juridicamente irrelevante, ou valores próprios do direito"^[4]. O fechamento operacional, o qual garante a autopoiese no direito, dá-se pelo código/diferença "lícito/ilícito: o responsável pela comutação dos fatos externos e a respectiva inserção no sistema."^[5] Se, e somente se, um elemento "passar" por tal filtro, estar-se-á ante um sistema jurídico autopoietico.

O poder econômico, político, religioso, por exemplo, para exercerem influência num direito organizado autopoieticamente, deve, sempre, passar por tais filtros, de modo que, se o direito não lhe autoriza a entrada, será mero “ambiente”. Segundo Arnaud: O código jurídico regula todas as comunicações internas, mas tão somente a comunicação interna do sistema jurídico.

Não existe nem *input* do direito para o interior do sistema, nem tampouco *output* do direito para o exterior do sistema. Fora do direito não se pode fazer nada com o direito. O contato do direito com seu ambiente social deve ser tratado sob outro sentido como sendo suas oportunidades políticas, sua utilidade econômica, sua perturbação pelo contato do sistema em movimento, etc., assim, em torno de cada sistema é que se localizam os casos concretos.^[6]

Por outro lado, a “corrupção” do sistema significa exatamente o oposto disso: os elementos de outro sistema, sem passarem pelo filtro do código-diferença de um determinado subsistema, entram e permanecem neste. Quando as fronteiras entre um subsistema e o ambiente diluem-se, todavia, está-se diante da chamada alopoiese. Do grego *alôs* (“um outro”, “diferente”) e *poieses* (“produção”, “criação”), o termo designa que o sistema se reproduz por critérios do ambiente. O direito alopoiético, nesse contexto, perde sua autonomia operacional.

Os agentes do sistema jurídico põem de lado o código-diferença lícito/ilícito e passam a conduzir-se com base em injunções diretas da economia (ter/não-ter), da política (poder/nãopoder), da ciência (verdadeiro/falso), da religião (transcendente/imanente).^[7]

Segundo Marcelo Neves: Não se trata, portanto, de bloqueios eventuais na reprodução autopoietica do direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional.^[8]

O comportamento deixa de orientar-se primariamente pela semântica jurídica dos modelos textuais da Constituição, da lei, para orientar-se primariamente por outros modelos sociais de conduta. “O paradoxo ‘lícito

porque ilícito' é desparadoxizado pelas fórmulas 'lícito porque rico', 'lícito porque amigo', etc." Em síntese, o conceito de alopoiese é o contrário ao de alopoiese, de modo que a negação de um implica na presença do outro.[9]

2. A corrupção sistêmica e alopoiese pela mídia

Para Marcelo Neves, a modernidade periférica latino-americana é alopoiética, sendo intransponível o modelo luhmaniano da alopoiese a esta realidade jurídica. A miscelânea social[10], afirma o autor, implica dificuldades na construção da identidade da esfera de juridicidade, o que resulta na falta de autonomia das respectivas conexões sociais de ação.

Na sociedade brasileira, a sobreposição dos códigos econômico e político às questões jurídicas impossibilita a autonomia do sistema jurídico. O direito passa a ser instrumento da política, "seja por meio da mutação casuística das estruturas normativas, principalmente durante períodos autoritários, ou através do jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa".[11]

A mídia no Brasil é uma corrupção sistêmica dos sistemas da economia e da política, ou seja, a mídia já é um subsistema alopoiético, que irá corromper o sistema do direito, criando uma nova alopoiese por meio de nova corrupção sistema, logo os códigos (ter/não ter) da economia, misturado como (poder/não poder) da política, irá dizer o que será lícito ou ilícito, o código do direito ficará a mercê dos interesses da mídia, que julgará pelos critérios políticos e econômicos o que é lícito ou ilícito.

Assim, o episódio brasileiro, alopoiético coloca a direito e a mídia como líderes e parceiros de um mesmo modo de leitura e interpretação da realidade. Essa conexão "Mídia-Direito" não é nova e muito menos ocasional ou ingênuo.

Nesse sentido destacamos a posição de Pedro Serrano, que aponta para a necessidade de compreender a "procedimentação" do direito e da mídia na defesa de posições, ideias e interesses cada vez mais evidentes.[12]

3. Contextualização da sociedade brasileira

Temos na história do Brasil, que nossa independência foi relativamente pacífica; o desenlace de Portugal, amistoso e negociado, não é outra coisa senão a velha e insidiosa conciliação, se pudéssemos conceituar o código dessa

negociata seria do amigo/não amigo. Mas este é apenas um dos muitos obstáculos que se repetem ao longo do caminho, numa monotonia suspeita.

Observa-se o paradigma de Jéssé Souza “nosso berço é a escravidão (e não Portugal), e a nossa elite é a da rapina de curto prazo, e não do projeto nacional”, filia-se ao pensamento que houve um equívoco ao afirmar que a “herança portuguesa maldita”^[13] e da corrupção como dado cultural e histórico apenas do Estado não é uma história neutra e sem intenções políticas. Assim o casuísmo deixa demonizar o Estado para demonizar apenas o inimigo escolhido.

O esforço de reconstrução, melhor dito, de construção da democracia no Brasil ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar, em 1985. Uma das marcas desse esforço é a voga que assumiu a palavra *cidadania*. A cidadania, literalmente, “caiu da boca do povo”. Mais ainda: substituiu o próprio povo na retórica política. Cidadania virou gente; até a Constituição de 1988 foi denominada “Constituição Cidadã”.

Havia ingenuidade no entusiasmo. Havia a crença de que a democratização das instituições traria rapidamente a felicidade nacional. Pensava-se que o fato de termos reconquistado o direito de votar seria garantia de liberdade. De fato, o direito de voto nunca foi tão difundido. Mas as coisas não caminharam tão bem em outras áreas.

O que deu errado?

Nota-se que os problemas sociais não se resolveram na velocidade esperada por muitos. Em consequência, os próprios mecanismos e agentes do sistema democrático – como as eleições, partidos, Congresso e políticos – desgastaram-se e perderam a confiança dos cidadãos.

Tem-se no atual episódio do Brasil o nascimento de um novo herói nacional: o direito e seus subsistema o Poder Judiciário como partido corporativista, para manter suas regalias e privilégios. Ou seja, temos a elite escravocrata até hoje, a dita elite da rapina selvagem e de curto prazo, movida por interesses pequenos e pessoais. Vigora a mesma lei do Brasil atual, com uma elite sem projeto para o país cujo desejo é o assaltar mediante

mecanismos de mercado e de Estado e privatizar suas riquezas para seu próprio proveito. É isso, afinal, que a privatização sempre representou. Alguma diferença real? Nunca houve verdadeiro aprendizado dessas nossas elites espoliadoras.

A mídia, por sua vez, conservadora cantará em prosa e verso as maravilhas para impor aquilo quiser, basta apenas ter dinheiro para pagar que essa será usada em seu favor. A mídia no Brasil é tradicional, assim como o Judiciário, fruto de uma aristocracia familiar. Não é à toa que as maiores empresas do setor são controladas por não mais que dez famílias perpetuadas no poder.

Em especial, o rádio e a televisão, que são concessões públicas, acarretam a subserviência da mídia às questões de Estado, misturando e confundindo o público com o privado. A moeda de troca seria o apoio político em troca da concessão dos direitos de uso. Vale lembrar que muitos políticos são os verdadeiros controladores (donos) de jornais, rádios e televisões. A mídia torna-se uma engrenagem bastante eficaz à manutenção de poucos que detêm poder. Assim, temos uma mídia que tenta ser por ela mesma protagonista, interferindo nos rumos do país.

Não se pode deixar de observar que num país com elevado índice de analfabetismo a imagem propagada na televisão é o único mecanismo de informação – a sociedade da imagem, a mídia do espetáculo.

Historicamente, identifica-se uma sólida afinidade entre a ação do Direito e a opinião da imprensa tradicional como uma conexão articulada pela elite dominante. As duas instituições seriam, na visão de vários estudiosos, ferramentas poderosas, úteis e necessárias ao exercício pleno do poder. Há uma confusão sistêmica entre eles, partindo do pressuposto proposto por Luhmann, isto destruiu os sistemas, vez que o instrumento comunicacional deles é diverso.

4. O judiciário (centro do sistema do direito) e a mídia (subsistema da corrupção sistema da política e da economia)

O direito à informação foi uma conquista realizada durante o período da ditadura militar e, no contexto atual, encontra-se amparado constitucionalmente pela garantia da liberdade de expressão. É notória a

essencialidade dos meios de comunicação, uma vez que são responsáveis pela disseminação de notícias e acontecimentos relevantes, no Brasil ou no mundo. Entretanto, tal disseminação muitas vezes se desvirtua do seu objetivo principal, qual seja, o de emitir e propagar informações passíveis de fortalecer o espírito crítico e o senso de Justiça dos indivíduos, a mídia passa a propagar o código lícito/ilícito.

A liberdade de expressão, entendida como liberdade da imprensa, está assegurada pelos preceitos constitucionais. Contudo, percebe-se que o interesse da imprensa atualmente não é só o de veicular informações, mas também noticiar eventos que ofereçam maiores índices de audiência, geralmente relacionados aos casos de grandes repercussões na seara criminal, casos nos quais os fatos são narrados de forma parcial e sensacionalista. Os suspeitos já se encontram previamente condenados na televisão, nos jornais e na internet, antes mesmo de seu julgamento.

A *TV Justiça*, por exemplo, deu ao Judiciário uma notoriedade quase que instantânea e, aos seus membros, fama assemelhada à de atores de novela. Não podemos deixar de anotar que, dos três poderes, repousa no Judiciário (o centro do sistema do direito) o mais conservador e elitista, fruto de uma tradição de concurso que privilegia aqueles que possuem melhor condição de comprar educação (sim, aqui educação é confundida com informações instrucionais que podem ser compradas como mercadoria).

Tendo assegurada a vitaliciedade, temos no Judiciário o poder menos legítimo a promover a judicialização da política, vez que ele esta descolado da vontade popular, movimento digno de um grande espetáculo a dar inveja a qualquer programa de auditório.

Há uma corrupção sistêmica entre dois subsistemas sociais: o da mídia, que define o que é notícia e o que não é; e o do direito, que determina o lícito e o ilícito. Temos a problemática relativa à chamada “lógica própria do direito” sendo substituída pela “lógica da notícia”. Nesses casos, já se sabe o resultado de um julgamento, antes dele ocorrer.

Esse tipo de fenômeno representa um risco à democracia. Processos judiciais que recebem atenção da mídia são corrompidos. A defesa nesses

casos não passaria de “mera maquiagem”: uma coisa é o que está no processo, outra é o universo que a mídia cria. O problema se agrava, quando a “corrupção sistêmica” passa a ser usada de forma refletida e racional, como se observa no atual episódio brasileiro.

Neste caso, a disfuncionalidade acaba servindo para que o Judiciário (centro do sistema do direito), ao invés de agente de direito, se torne um agente de exceção, determinando aquilo que seria ou não legal, de acordo com seus interesses e convicções.

Os julgamentos prévios midiáticos estão diretamente relacionados à decisão do juiz e o futuro do processo, visto que a estigmatização dos acusados pela imprensa impossibilita a aplicação das garantias processuais e constitucionais, principalmente em relação ao contraditório e à ampla defesa.

Televisar ao vivo um julgamento penal é trazê-lo ao patamar de um linchamento contemporâneo. É constranger juízes e jurados a seguirem os impulsos primitivos da turba sob pena de sofrerem constrangimentos inaceitáveis à proteção que faz jus o julgador. E se o julgador ousar divergir desse sentimento público se transformará em réu da opinião pública ou publicada, os juízes e os jurados terão sua vida perturbada por ofensas em locais públicos.

A independência da atuação do juiz diante dos julgamentos precoces pela mídia, que busca atrair a atenção do público por meio de distorções da realidade e sensacionalismo de informações, com objetivos eminentemente subjetivo.

Passada a gestão de centro-esquerda democrática no Poder Executivo e realizadas várias nomeações para o STF, a Corte continua com o perfil conservador que, de uma forma ou de outra, sempre teve.

No Brasil de hoje, o inimigo é o “bandido”. O bandido tem etnias diversas, de acordo com o local do território nacional, mas, em geral, é afrodescendente, integrante de um movimento social ou de um partido de esquerda (ou centro-esquerda). E sempre é pobre.^[14]

Os membros do Ministério Público tem relação de proximidade, esta sim, indevida com os membros do poder Judiciário. É comum nos fóruns haver o “lanche da tarde” tomado em conjunto pelos juízes e membros do Ministério Público.

Notícia passa a ser o encontro do fato com os valores ideológicos de quem a produz. Dessa forma, não se noticia o fato, mas o relato de um fato, carga ideológica e interpretativa com interesses subjetivos de quem noticia. A notícia e a imparcialidade são como duas linhas paralelas: jamais se encontrarão no mesmo espaço por todo o infinito, mas podem estar a um centímetro ou a quilômetros de distância uma da outra.

Não podemos deixar de destacar que não há regime democrático sem que os cidadãos possam saber o que ocorre no interior das estruturas estatais. O Estado é propriedade da sociedade e não de seus gerentes ocasionais. O jornalista e a empresa jornalística cumprem a importante missão democrática e constitucional de informar a sociedade sobre os ocorridos no interior do Estado.

Nossa grande tragédia é nossa imensa desigualdade social. Não há Estado de Direito que se construa no meio da injustiça social. A maior razão para a sobrevivência de práticas próprias de um Estado de Polícia no interior do nosso Estado Democrático de Direito é o fosso social imenso, que deixa grande parte da população à margem de tudo.

Propriedade e direito de propriedade, como já esclarecido exaustivamente por nossa melhor doutrina jurídica, não são conceitos que se confundem. Propriedade é um conceito filosófico e político, ilimitado *a priori* como qualquer conceito ideal. Direito de propriedade é a forma e os limites com que a propriedade é estabelecida numa ordem normativa concretamente, ou seja, é conceito limitado, tanto por limites explícitos a ele inerentes positivamente, como sua função social determinada na Constituição, como também por outros direitos que, no caso concreto, com ele entrem em tensão ou colisão.

Se de um lado as nossas elites, com todas as limitações de eficiência que se podem argumentar quanto ao funcionamento estatal, são reconhecidas e

têm assegurados os direitos fundamentais e os valores democráticos estabelecidos em nossa Constituição, por outro lado ao nosso povo pobre só lhe são estipuladas, de fato, obrigações. O povo pobre recebe do Estado somente obrigações e violência.

Conclusão

A partir da fixação dos conceitos pela teoria de Niklas Luhmann, podemos indentificarna sociedade brasileira o subsistema da mídia ao prestar-se dos códigos da economia e da política, corrompe o direito, pois não se presta a fins normativo-jurídico, implica numa alopoiese do direito.

Aquele que foi definido como a reprodução do sistema do direito como base no código diferença "lícito/ ilícito". Por sua vez, a alopoise quando o sistema jurídico perde sua capacidade de releitura das determinantes do ambiente pelo seu código diferença, conduzindo-se primariamente com base nas injunções diretas de outros subsistemas, no caso específico de esse breve estudo a mídia, produzindo algo que nada tem a vez com a lógica do direito.

Assim, o direito como ator principal, aliando-se a mídia numa sociedade de imagem, distorce a cidadania, retira a igualdas entre os cidadãos e torna-se o próprio "Soberano", apontando quem seria ou não inimigo (o não igual), estabelecendo assim a corrupção sistêmica que pode acabar com o direito. Afina-se seus desejos e anseios da mídia, pautados por sua ideologia e totalmente afastado do direito. Nesse contexto, ampara-se afirmações conservadoras como: "direitos humanos para humanos direitos", ou seja, o bandido não é humano, por tanto justificasse a barbárie.

A mídia faz coro com esse tipo de afirmação, observa-se com temor exemplos em apresentadores de telejornal comemoram o massacre em presídios no norte do país, tentado de estimular que se faça novos massacres para diminuir a população carcerária.

De outra banda, temos membros do ministério público e do Judiciário, publicando em suas páginas pessoais nas redes sociais e/ou em entrevista em programas de televisão, que deve haver barbárie contra movimentos sociais ou grupos excluídos, afirmando sem menor constrangimento "que bandido bom é bandido morto", bandido aqui entendido como inimigo.

A ideologia do direito brasileiro é fruto de uma sociedade aristocrática: os quadros do Judiciário são formados em imensa maioria de brancos de classe média ou alta, amparados por uma aprovação num concurso público que privilegia o interesse da elite. Logo, tal poder afirmará seus valores para se perpetuar na condição "aristocrática".

Buscou-se explicitar de que forma sucinta com a mídia influencia os indivíduos, sobretudo em questões que estão sendo tratadas pelo direito. Nesse sentido, destacamos também que o modo como a mídia trata a questão judicializada acaba gerando uma percepção distorcida do fenômeno sob *judice* no senso comum, amedrontando as pessoas, acentuando a sensação de insegurança no tecido social. Nota-se que a mídia possui influência direta na análise incorreta sobre o que está sendo julgado.

Discussões sobre o controle social da mídia não pode ser confundido com censura, esse discurso tolo prestasse a esvaziar uma discussão necessária própria de uma sociedade democrática e evoluída, foi assim que países da Europa conseguiram assegurar um certo grau de democracia na mídia, não se pode confundir controle social com controle do Estado.

Referência Bibliográfica

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR. Dalmir. (Organizadores). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013

DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbelini. *Teoria Política do Direito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Introdução à sociologia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Editorial Herder, 2006.

_____. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes selo Martins, 2016.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina*. Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de setembro de 1993.

SERRANO. Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpe na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016.

_____. *Justiça na Sociedade do Espetáculo*. São Paulo: Alameda, 2015.

SOUZA, Jessé. *Radiografia do golpe*. São Paulo: LeYa, 2016.

NOTAS:

[1] GUERRA FILHO, Willis Santiago e CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à sociologia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 295.

[2] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Editorial Herder, 2006. p. 38 e 41.

[3] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 187.

[4] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.139.

[5] Op. Cit p. 146

[6] ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR. Dalmir. (Organizadores). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p.60.

[7] 32 NEVES, Marcelo. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.86.

[8] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.146

[9] ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR. Dalmir. (Orgs). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 148.

[10] NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina*. Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de setembro de 1993, p. 14.

[11] Op. Cit. p. 17

[12] SERRANO. Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpe na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016. p. 59

[13] SOUZA, Jessé. *Radiografia do golpe*. São Paulo: LeYa, 2016. p. 40

[14] SERRANO. Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpe na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016. p. 72

A GARANTIA DO JUÍZO COMO REQUISITO NECESSÁRIO PARA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

JORDAANNA MARIA LOPES GUSMÃO:
Procuradora da Fazenda Nacional.

Resumo: A Lei nº 6.830/80 disciplina acerca da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. De acordo com o seu art. 2º, o Código de Processo Civil-CPC será aplicado subsidiariamente. Na referida norma, como meio de defesa para o executado, o art. 16 estabelece a possibilidade de oposição de embargos à execução, no qual ele poderá alegar toda matéria útil à sua defesa, todavia, como requisito, a lei exige a garantia do juízo. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar a necessidade da referida garantia à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras Chave: Execução fiscal, embargos, garantia do juízo

Abstract: The Law number 6.830/80 discipline on the judicial collection of the active debt of the public farm of the Union, of the States, of the Federal district, of the municipalities and their local authorities. According to your art. 2, the Code of Civil procedure will be applied alternative. In the said Norm, as a means of defense for the executed, art. 16 It establishes the possibility of opposition of embargoes to the execution, in which he may claim all useful matter to his defence, however, as a requirement, the law requires the guarantee of judgment. In this context, the objective of the present work is to examine the need for the said guarantee in the light of the Brazilian legal order.

Key words: Fiscal execution, embargoes, guarantee of judgment

Sumário: Resumo. Palavras Chave. Abstract. .Introdução. 1. Embargos à execução e a necessidade de garantia do juízo. 2.Considerações Finais. 4. Referências.

Introdução

A Lei de Execução Fiscal (LEF) traça importantes balizas a serem seguidas na cobrança judicial dos créditos públicos inscritos em Dívida Ativa.

De acordo o art. 2º, a Dívida Ativa compreende a tributária, bem como a não tributária.

Além disso, a Dívida Ativa abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato (art. 2º, § 2ª, da Lei nº 6.830/80)

Ressalte-se que a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez, bem como tem efeito de prova pré-constituída. Entretanto, tão presunção não é absoluta, podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveita (art. 3º da LEF e art. 204 do Código Tributário Nacional - CTN).

Diante disso, verifica-se que, em virtude da supremacia e indisponibilidade do interesse público, o legislador optou por inverter o ônus da prova. Assim, cabe ao devedor/executado fazer prova robusta de fato modificativo ou extintivo contra o crédito público.

Não é demais lembrar que os créditos públicos são fundamentais para a concretização das políticas públicas.

Diante dessa relevância, a Certidão de Dívida Ativa representa título executivo extrajudicial apto a instruir o processo de execução fiscal (art. 784, IX, do CPC), bem como exige-se para discussão do débito a garantia do juízo.

Feitas essas considerações, passa-se à análise dos embargos à execução, bem como dos meios de garantia do juízo.

1. Embargos à execução e a necessidade de garantia do juízo

No processo de execução fiscal, a Lei nº 6.830/80, no seu art. 16, prevê a figura dos embargos como meio de defesa do executado. De acordo com o § 2º do referido dispositivo, no prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

O prazo para sua oposição é de 30 (trinta) dias (art. 16, caput, da LEF). O prazo para resposta pela Fazenda Pública também é de 30 (trinta) dias (art. 17 da LEF). Conforme o novo CPC, esse prazo passou a ser contado em dias úteis, conforme art. 219.

Dessa forma, por meio desse instrumento, o executado deverá concentrar todas as suas alegações. Esse é o momento adequado para

apresentação de fatos modificativos, suspensivos ou extintivos do crédito cobrado.

Como requisito para sua oposição, a LEF estabeleceu a necessidade de garantia do juízo, visto que preceitua expressamente que “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução” (art. 16, § 1º, da LEF).

Como garantia da execução, o executado poderá efetuar depósito em dinheiro; oferecer fiança bancária ou seguro garantia; nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública (art. 9º da LEF).

Na hipótese de não ocorrer o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º da LEF, a penhora poderá recair sobre qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis (art. 10 da LEF). O intuito da norma foi proteger o mínimo existencial, assegurar a dignidade da pessoa humana, pilares do Estado Democrático de Direito.

Destaca-se que a garantia é condição de procedibilidade dos embargos, sem ela eles são inadmitidos. Assim, por lhe faltar pressuposto processual válido, os embargos, na ausência de garantia do juízo, deverão ser julgados sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, IV, do CPC.

De mais a mais, a existência de garantia do Juízo, através da penhora, deve ser atendida no momento do ajuizamento dos embargos, como também há de se fazer presente no decorrer do trâmite de toda a ação.

Pelo princípio da especialidade, não se aplica o art. 914 do CPC/15, no qual dispensa a garantia do juízo. Como é cediço, pela disposição do art. 1º da LEF, o CPC é aplicado apenas subsidiariamente. No caso, não há omissão, pelo contrário, há disposição em sentido oposto.

Assim, torna-se inaplicável a disposição do CPC, por absoluta incompatibilidade com a LEF.

Por oportuno, destaca-se que a Súmula vinculante nº 21 do Supremo Tribunal Federal, no qual prevê a inconstitucionalidade da exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo, também não infirmou a exigência de garantia do Juízo exigida na LEF.

Analisando a questão, o STF firmou o entendimento de que a súmula não se aplica no âmbito judicial, mantendo incólumes as regras judiciais existentes para garantia do juízo ([Rcl 11.750](#), rel. min. Ricardo Lewandowski, dec. monocrática, j. 11-4-2012, *DJE* 72 de 13-4-2012).

Importante ressaltar, ainda, que o fato do devedor estar sob o pálio da justiça gratuita, não o isenta de garantir o juízo da execução. Nessa linha, é a jurisprudência pacífica do STJ:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DAS LEIS.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Discute-se nos autos a possibilidade de oposição de embargos à execução fiscal sem garantia do juízo pelo beneficiário da justiça gratuita.

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, a garantia do pleito executivo fiscal é condição de procedibilidade dos embargos de devedor nos exatos termos do art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80.

4. O 3º, inciso VII, da Lei n. 1.060/50 não afasta a aplicação do art. 16, § 1º, da LEF, pois o referido dispositivo é cláusula genérica, abstrata e visa à isenção de despesas de natureza processual, não havendo previsão legal de isenção de garantia do juízo para embargar. Ademais, em conformidade com o princípio da especialidade das leis, a Lei de Execuções Fiscais deve prevalecer sobre a Lei n. 1.060/50. Recurso especial improvido. (REsp 1437078 / RS, Ministro HUMBERTO

MARTINS. Segunda Turma. Data do Julgamento: 25/03/2014)

Outro aspecto relevante a ser tratado, é sobre a possibilidade de oferecimento ou não dos embargos em caso de garantia insuficiente para pagamento do valor integral do débito.

A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1127815/SP sob o rito do art. 543-C do CPC, reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que não se deve obstar a admissibilidade ou apreciação dos embargos à execução pelo simples fato de que o valor do bem constrito ser inferior ao valor exequendo, devendo o juiz proceder à intimação do devedor para reforçar a penhora. Nesse sentido, a parte executada deverá ser intimada para complementar a penhora. Cumprindo, os embargos terão seguimento. Por outro lado, caso a parte executada tenha condições financeiras e não realize o reforço da penhora, os embargos deverão ser inadmitidos.

Portanto, é perfeitamente válida e eficaz a exigência de garantia do juízo previsto na LEF, como requisito necessário para oposição dos embargos.

2. Considerações Finais

O processo de execução tem por objetivo a satisfação do direito do credor. Como a execução fiscal busca a satisfação de créditos públicos necessários à concretização de políticas públicas, ele é dotado de maiores garantias com o intuito de tornar mais efetiva a sua cobrança. Tais garantias são meios necessários para assegurar maior efetividade na prestação judicial e recuperação dos créditos públicos. Tudo isso, para garantir a efetivação das políticas públicas de interesse coletivo.

A LEF prevê a necessidade da garantia do juízo como condição necessária para oposição dos embargos do devedor e tal requisito é válido pelo princípio da especialidade das normas e confirmado pela jurisprudência.

Ademais, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade da exigência de depósito recursal para admissibilidade do recurso administrativo, o STF firmou entendimento de que a Súmula Vinculante nº 21 não é extensível à esfera judicial.

Portanto, como exposto acima, não restam dúvidas da necessidade de garantir à execução para discussão judicial do débito. Além disso, a LEF

possibilita essa garantia das mais diversas formas, conforme previsto no art. 9º da LEF.

3. Referências

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 3 ed. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm
>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 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: 23 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em: 23 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm> Acesso em: 15 de junho de 2018.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 18 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: Acesso em: 10 de junho de 2018.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo (SP): Saraiva 2013.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil.** 13ª. Edição. Rio de Janeiro (RJ): Lúmen Júris, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário.** 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROCHA, Roberval. **Direito Tributário.** 3ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1127815 -SP.** Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 05 de junho de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1437078 - RS.** Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 05 de junho de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 702.292 - RS.** Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 05 de junho de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Enunciados de Súmulas.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>> Acesso em 05 de junho de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante nº 21.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1255>>. Acesso em 06 de junho de 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. I. 47ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2005.

O CASO DA SUSPENSÃO DA CNH POR DÍVIDA: PARA UM AGIR NORMATIVO NÃO-DISCRICIONÁRIO E A JUSTIFICAÇÃO NORMATIVA ADEQUADA

RICARDO DIEGO NUNES PEREIRA:

Advogado. Graduado pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Pós-graduado em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia - FSBA. Autor do livro "Direito Judicial Criativo: ativismo constitucional e justiça instituinte" e artigos jurídicos.

Resumo: Este artigo analisa a questão da *lógica normativa adequada* referente a uma decisão judicial que suspende a CNH de certo devedor por dívida em determinado processo judicial, havendo dois dimensionamentos: um derivado da análise normativa vazia do art. 139, CPC/15, ou pelo menos preenchida por discurso de efetividade executiva; outro, com análise normativamente preenchida pelo art. 833, CPC/15, c/c art. 6º, CF/88, ambos *já* justificados principiologicamente pelo mínimo existencial.

Palavras-chave: Direito processual civil. Direito Constitucional. Teoria do Direito.

Abstract: This article analyzes the question of the appropriate normative logic in relation to a judicial decision that suspends the CNH of a certain debtor for debt in a given judicial process, having two dimensions: one derived from the empty normative analysis of art. 139, CPC / 15, or at least filled by the executive effectiveness discourse; other, with analysis normatively fulfilled by art. 833, CPC / 15, c / c art. 6, CF / 88, both already justified mainly by the existential minimum.

Keywords: Civil procedural law. Constitutional right. Theory of Law.

"Exercer a crítica no direito é uma tarefa difícil. Principalmente em *terrae*

brasilis.^[1](Lenio Streck, jurista pós-doutor em Direito)

Lê-se a seguinte notícia^[2]: “STJ permite retenção de CNH, mas impede suspensão de passaporte por dívida. De acordo com o ministro Luís Felipe Salomão, relator do processo, bloqueio da carteira de motorista de devedor não fere direito de ir e vir.”

Por outro lado, segundo o mesmo Tribunal Superior, a medida restritiva não se aplicaria ao caso de suspensão de passaporte de devedor, pois, “por mais legítima que seja, a prática não pode atropelar o *devido processo constitucional*, menos ainda desconsiderados *direitos e liberdades* previstos na Constituição”.^[3]

O objetivo deste artigo científico é demonstrar, normativamente e hermeneuticamente, que ali, no caso da suspensão da CNH, também se aplica a mesma conclusão do STJ para passaporte, ou seja, novamente, “por mais legítima que seja, a prática não pode atropelar o *devido processo constitucional*, menos ainda desconsiderados *direitos e liberdades* previstos na Constituição”.^[4]

Para tanto, devem ser lembrados alguns conceitos da dogmática e hermenêutica jurídica, a fim de que a assunção aqui da carga argumentativa (*topoi-Alexy*), em função do princípio da inércia (*topoi-Perelman*), esteja de acordo com aquilo considerado adequadamente jurídico, numa acepção de integridade e coerência do Direito (*topoi-Dworkin*). Evita-se, com isso, aquilo chamado de interpretação-aplicação em solipsismo anti-normativo do Direito (*topoi-Streck*), isto é, o objetivo a ser perseguido deve desbocar em um agir não-discricionário *na acepção normativa*^[5].

Seja observada, primeiro, a problemática do argumento de princípio, baseado em direito, e argumento de política, baseado em finalidade, exposta por Ronald Dworkin. Para ele, em brevíssimo resumo:

Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo

contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos. (...) ambos são importantes, mas exceto em circunstâncias extraordinárias, a disputa deve ser resolvida a favor do princípio.^[6]

No presente *case*, a tendência também deve ser o argumento de princípio, pois repousado em direito fundamental constitucional: o direito à proteção ao mínimo existencial da pessoa humana.

Uma advertência epistemológica: não se está a tratar, *sequer*, de colisão de princípios, pois há *norma-regra explícita* ao caso e com densidade principiológica inerente e já para *pronto* atendimento normativo em interpretação-aplicação. Por isso, não haverá incurso em proposta de resposta por *dimensão de peso* entre fundamentos de princípios colidentes, na forma da teoria de Dworkin^[7], muito menos na busca de uma norma de *direito fundamental atribuída*, como propõe Alexy^[8] no caso da aplicação da tese especial para ponderação em colisão de direitos fundamentais, insista-se, principiológica.

Não é o caso. Em verdade, por um movimento de compreensão normativamente adequada (*círculo hermenêutico*, de Gadamer), deve ser notado que *já* há princípio-*na*-norma-regra com a previsão expressa (de tal norma-regra) no art. 833, CPC/15, c/c art. 6º, CF/88 – e, portanto, *sequer* se necessita de abordagem de norma-princípio-tendente-a-uma-norma-fundamental-atribuída. Não há otimização a ser ponderada, pois tal otimização fundamental *já* o foi inserida no bojo da norma-regra processual e constitucional. Basta, por tal interpretação normativa adequada *já* atribuída, *aplicar* idem adequadamente.

Então, o fator de proteção ao *mínimo existencial* faz-se presente, com a atribuição categórica prevista nos citados dispositivos normativos (consistência da juridicidade, advinda do efeito irradiante dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva^[9]):

[Norma-regra já atribuída (*integridade-coerência do Direito, cf. Dworkin*)]

CPC/15. Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1o A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2o O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no [art. 528, § 8o](#), e no [art. 529, § 3o](#).

§ 3o Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

[Mínimo existencial subjacente no princípio-*na-norma-regra*]

CF/88. 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. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015](#))

O conceito de mínimo existencial cai útil, a essa altura do discurso:

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual opadrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no artigo 208, § 1º, da CF, de acordo com o qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância.^[10]

Apreendida a carga axiológica da proteção ao *mínimo existencial* (princípio derivado do princípio-mor *dignidade humana*), observe-se que, como princípio, já subjaz a norma-regra do art. 833, CPC/15, c/c art. 6º, CF/88, não necessitando, aqui no *case*, de qualquer modelo de ponderação, como dito.

Assim, é por proteção ao valor do *mínimo existencial* que o art. 833 do CPC/15 prevê as hipóteses de manutenção de *algo* a favor do devedor, pelo menos minimamente, com objetivo fincado em sua existência através dos seguintes direitos constitucionais, conforme art. 6º, CF/88: "*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*".

Por sua vez e destarte, o art. 139, IV, CPC/15, embora com abertura hermenêutica, *jamaís* poderia violar a integridade-coerência posta no arcabouço normativo acima desenhado. Prevê o citado dispositivo:

CPC/15. Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Clarividente, a semântica "*determinar todas*" não permite, por uma hermenêutica jurídico-constitucional adequada, a determinação de *Todas* as medidas possíveis. Isso violaria o mais comezinho ao mais fundamental Direito, sem qualquer amparo normativo *posto* ou *pressuposto*, para usar as palavras do Min. Eros Grau, outrora do STF. Seria uma abertura a um agir discricionário, ao nível do voluntarismo ou solipsismo tão advertido por Lenio Streck, em *Verdade e Consenso* [11]. Ao contrário, o objetivo, também por óbvio, é um agir normativo não-discricionário.

Seria como pudesse ter uma *carta branca* [12], pelo art. 139, IV, CPC/15, para argumentos do *tipo fraco* [13], não-tendente a uma correção ou justificação normativa adequada, a exemplo: se não pode pagar dívida, não pode comprar roupa (que se lhes cacem algumas roupas); se não pode pagar dívida, não pode almoçar três vezes ao dia (que se lhes cacem uma ceia), devendo ainda selecionar os lugares mais baratos; se não pode pagar dívida, não pode colocar gasolina aditivada (que se lhes vedem a bomba de gasolina aditivada). Ou seja, determinar "*todas as medidas*" contém em si o parâmetro hermenêutico "*determinar todas as medidas... normativamente adequadas*".

Pareceria, com a *concessa venia*, quase que um tipo de *coerção indireta*, mas sem qualquer substrato normativo adequado, seja por *inadequação processual* (art. 833 do CPC/15, c/c art. 5º, LIV, CF/88), seja por *inadequação valorativa constitucional* (art. 6º, CF/88) [14]. Veja-se, com Lenio Streck e Dierle

Nunes, pleiteando a retirada da roupagem normativa inadequada do art. 139, CPC/15:

O dispositivo deixaria de ser embasamento para medidas arbitrárias e autoritárias de restrição de direitos fundamentais, com o propósito utilitarista de satisfação de obrigações pecuniárias e tornar-se-ia fonte de uma satisfação processual-jurisdicional sofisticada e participativa dos direitos. O perigo é o artigo 139, IV, ser transformado em instrumento de um quase desforço físico, só que com autorização judicial.^[15]

A vontade interna ou solipsista de aplicação de uma justiça para efetivação dos direitos executórios não encontra, assim se entende, correspondência nas citadas normas-regras e princípios subjacentes a essas mesmas normas-regras, lembrando-se que *sequer* há colisão de princípios para entrar no fator mais amplo de ponderação ou dimensão de peso, como já dito.

Aliás, a problemática dos excessos de valores atuais da sociedade (*a tal modernidade líquida, na sociologia de Bauman, ou o pamprincipiologismo, na jurídica de Streck*), advindos de uma massificação e repetição de uma filosofia de consumo individualista, pelo que o que vale hoje, talvez amanhã não, assim como o excesso de princípios no direito, tem uma consequência nefasta: perde-se a hierarquia de valores pelas múltiplas ofertas de sistemas de sentido. Uma desconstrução do indivíduo e do sistema, inclusive jurídico, pelo próprio excesso e solipsismo, já que o universal (*normativo*) e hierárquico (*normativo*) perde sentido de ser. Em palavras mais diretas: cada um puxa seu valor e encontra referência em algum ponto do *marketing* consumista, desconstruindo e fragmentando o sistema de referência global. Esse o motivo da importância de uma resposta normativamente adequada.

Para explicar a *lógica* desse discurso (aplicação normativa inadequada na suspensão da CNH por dívida, através de processo judicial), a *Teoria da Argumentação Jurídica* de Alexy^[16] ajuda.

Para o referido autor, as regras específicas do discurso jurídico (a tese do caso especial) são: justificação interna (*verificação se a decisão é deduzida logicamente das assertivas expostas no discurso, sendo que se utiliza não só da lógica deôntica do hipotético-condicional do "dever ser", mas também*

da *lógica pragmática do discurso*, ponderando-se diversos conteúdos valorativos) e justificação externa (*verificação da correção das próprias premissas, mediante as regras da argumentação prática geral, da argumentação empírica, da interpretação, da argumentação dogmática, do uso dos precedentes e das formas especiais de argumentos jurídicos*). Cumprindo-se as justificações internas e externas, resta satisfeita a exigência de consistência da decisão jurídica, ao largo do agir discricionário, promovendo-se controlabilidade, aplicabilidade normativamente adequada, distinções de caso concreto, além da legalidade e legitimidade em um Estado Democrático de Direito (o *teste de consistência*^[17]).

Na decisão judicial que, em determinado processo judicial, suspende a CNH por dívida, a *lógica normativa adequada*, pelo que trazido supra, tem dois dimensionamentos: um derivado da análise normativa vazia do art. 139, CPC/15, ou pelo menos preenchida por discurso de efetividade executiva; outro, com análise normativamente preenchida pelo art. 833, CPC/15, c/c art. 6º, CF/88, ambos já justificados principiologicamente pelo mínimo existencial.

A primeira análise pode ser assim posta, como consta de decisão judicial de determinado caso concreto, que ampliou a restrição não só para caso da CNH, mas também para passaporte:

Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva (...) defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado M. A. S., determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida.^[18]

A segunda dimensão pode ser resumida da seguinte maneira: na decisão, pode-se apontar um grande problema de *lógica categórico-normativa condicional/justificação interna*, cf. Alexy em Teoria da Argumentação Jurídica). Isso porque considera que 100% da atividade de viagem (passaporte) e transporte (carteira de motorista) valeria como deleite extremo, quando há *um*

mínimo controlável (quanto?) que usa para o *próprio mínimo existencial*: viagem (de negócios? renda? lazer?) e transporte (ao trabalho? descanso?). E aí, o problema: como comensurar esse mínimo inafastável por lei através da decisão judicial? Irá interpor um censor que diga “se usar o carro para trabalho pode, para viagem de férias não”? Colocar uma observação nisso na carteira de motorista para a polícia rodoviária federal fiscalizar a intenção de uso para produção para o trabalho (*aspecto do mínimo existencial normativo*) ou para deleite por uma moral-voluntarista expurgável (*aspecto do “não pagou a dívida, fica sem deleite”*)? E o deleite, não seria aspecto de um ócio criativo[19] também inserido no mínimo existencial? O próprio mínimo existencial contém, em si, cláusula de maximização, isto é, de que seja sua proteção maximizada pelo Poder Público (verticalidade dos direitos fundamentais) e pelo setor privado (horizontalidade dos direitos fundamentais).[20]

A justificação externa, nos termos da mesma Teoria da Argumentação de Alexy, seria, aqui, o uso da argumentação dogmática e hermenêutica pelas previsões semântico-sistemáticas do art. 833, CPC/15, c/c art. 5º, LIV, e art. 6º, CF/88. O conteúdo do instrumento geral de poder de efetivação do art. 139, IV, CPC/15, está jungido aos dispositivos retromencionados, até mesmo pelo elemento normativo-valorativo contido na palavra “*necessária*”, ou seja, devendo ser normativamente adequada (“determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias *necessárias* (...)”). Então:

-[A previsão norma-regra de proteção contra restrição e penhora de:]

CPC/15. Art. 833. (...) IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2o;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

-[Com base em princípio já subjacente em seu teor e advindo de comando constitucional, para a proteção do mínimo existencial com pretensão de maximização - mínimo existencial subjacente no princípio-*na-norma-regra*:]

CF/88. 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. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015](#))

-[Bem como o respeito ao devido processo legal na aplicação dos instrumentos legais:]

CF/88. Art. 5º LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

-[Traduzem uma resposta normativa adequada para a densificação do instrumento geral de poder de efetivação do art. 139, IV, CPC/15, controlando-o normativamente.]

Por tudo isso, a resposta normativa adequada, hermeneuticamente e constitucionalmente, é pela impossibilidade de suspensão de título permissivo do cidadão (CNH) para obtenção de renda, trabalho e (até) lazer, pois contém dentro de si, tal título, um mínimo existencial na representação da maximização dos direitos fundamentais previstos no art. 6º, CF/88. A mesma liberdade-direito que jaz na questão do passaporte, também jaz na questão da CNH, em razão de aporte normativo-finalístico idêntico: "por mais legítima que seja, a prática não pode atropelar o *devido processo constitucional*, menos ainda desconsiderados *direitos e liberdades* previstos na Constituição".[\[21\]](#)

O assunto em torno dessa e de outras medidas restritivas com base no art. 139, IV, CPC/15, está, atualmente, na pauta do STF, ADI 5941, cuja matéria foi considerada, em decisão publicada DJe 21/05/2018, pelo Min. Rel. Luiz Fux, como “de grande relevância, apresentando especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PROCESSUAL. ARTIGOS 139, IV; 297, CAPUT; 380, PARÁGRAFO ÚNICO; 403, PARÁGRAFO ÚNICO, 536, CAPUT E § 1º; E 773, CAPUT, DA LEI FEDERAL 13.105/2015 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS CONSISTENTES NA APREENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E/OU SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR, A APREENSÃO DE PASSAPORTE, A PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E A PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III; 5º, II, XV E LIV; 37, I E XXI; 173, § 3º; E 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO DO RITO DO ARTIGO 12 DA LEI FEDERAL 9.868/1999.

Inobstante o *agir discricionário seja potencialmente fraco* na análise de normas-regras – pois já dimensionadas em seu princípio subjacente e pronta para aplicação normativa adequada –, em contraposição a um *agir discricionário potencialmente forte* quando na análise de normas-princípios – pois dependentes da atribuição de uma norma de direito fundamental adstrita (Alexy)[22] ou do percurso no romance em cadeia para fins de ajustes de integridade e coerência pela adequação e justificação do ordenamento jurídico, este inserido, pela faticidade (Heidegger), em uma certa comunidade (Dworkin)[23] –, *inobstante tudo isso*, o erro normativo mais grave estará com a hipótese do agir discricionário chamado de potencialmente fraco, pois a justificação interna e externa (Alexy) da decisão jurídica era, juridicamente, mais fácil de apreensão pelo intérprete-aplicador. É no *hard case*, que não é o caso em análise, que se situa a abordagem discursiva com maior carga argumentativo-jurídica[24].

Em tempos em que “exercer a crítica no direito é uma tarefa difícil, principalmente em *terrae brasilis*”^[25], a conclusão normativa adequada, pelo que visto, não pode (nem deve, juridicamente) ser outra, sob pena de violação da coerência sistêmica valorativa posta no Código de Processo Civil e, mais ainda, na Constituição: o mínimo existencial irradiado no ordenamento jurídico.

NOTAS:

[1] STRECK, Lenio Luiz. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 nov. 2011, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

[2] Redação. STJ permite retenção de CNH, mas impede suspensão de passaporte por dívida. **Revista VEJA**, São Paulo, 06 jun. 2018, Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/stj-ordena-devolucao-de-passaporte-a-devedor-que-teve-o-documento-retido/>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

[3] Cf. STJ, RHC 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão - Quarta Turma, j. 05/06/2018. Vide: COELHO, Gabriela. Apreender passaporte para sanar dívidas fere direito de locomoção, diz STJ. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 05 jun. 2018, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-05/apreender-passaporte-sanar-dividas-fere-direito-locomocao>>. Acesso em: 01 jul. 2018. Vide também: Voto Min. Luis Felipe Salomão. STJ, RHC 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão - Quarta Turma, j. 05/06/2018. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 05 jun. 2018, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/apreensao-passaporte-voto-salomao.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

[4] Ibid.

[5] O discricionário aqui mencionado não está para arbitrário, considerando as teorias desenvolvidas desde Kelsen, passando por Hart e novamente trabalhadas em Dworkin, na acepção de limites de abertura normativa de conceitos e proposições jurídicas indeterminadas.

[6] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX e XIV.

[7] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

[8] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

[9] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36-37.

[11] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[12] STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 ago. 2016, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

[13] Na ideia do agir comunicativo em sentido fraco e forte, cf. HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

[14] Mesma conclusão aplica-se em casos que, na prática forense, determina-se, em processo judicial, a prisão do devedor de pensão alimentícia a um menor, mas (e aqui seja notado o “mas”) que não detém, mesmo, condições de pagar tais alimentos por se encontrar desempregado. Por vezes, poder-se-ia pensar *fora* de um padrão normativo (se dito pragmático, *pragmático* o é normativamente inadequado): não deteve, o devedor da pensão alimentícia, responsabilidade no planejamento familiar. Inadequação normativa processual (pois contrário ao art. 528, caput e §§ 1º a 3º, CPC/15, c/c art. 5º, LIV, CF/88) e valorativa constitucional (nos termos do art. 6º, CF/88). Por outro lado, como política pública informativa, o argumento de planejamento seria aceitável. Vide, nesse sentido: SPERB, Paula. Prefeitura lança campanha ‘Só tenha os filhos que puder criar’. **Revista VEJA**, São Paulo, 17 mai. 2018, Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/prefeitura-lanca-campanha-so-tenha-os-filhos-que-puder-criar/>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

[15] STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. op. cit.

[16] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

[17] O teste de consistência é uma resposta jurídica mais adequada, pela abrangência normativa principiológica, que o mero teste de *pedigree*, de Hart.

[18] Vide: OLIVEIRA, Mariana. PT questiona no Supremo trecho do CPC que autoriza retenção de documentos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 mai. 2018, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/pt-questiona-trecho-cpc-autoriza-retencao-documentos>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

[19] No sentido da necessária higienização corporal e mental inerente ao aspecto humano, bem trabalhado, sociologicamente, no livro de Domenico de Masi, *O Ócio Criativo*.

[20] No mesmo sentido: CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, 54/28, p. 239-252, jan./mar. 2006.

[21] Cf. STJ, RHC 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão - Quarta Turma, j. 05/06/2018, op. cit.

[22] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, op. cit.

[23] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[24] Como exemplo de típico *hard case*, onde não havia norma-regra ainda pronta e adequada normativamente para aplicação, cite-se o caso do Recurso Especial 948944/SP, STJ, julgado em 2008: "No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como *hard case* (caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. O pedido de fornecimento do medicamento à menor (direito a prestações estatais *stricto sensu* - direitos sociais fundamentais) traduz-se, in casu, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade

e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta, norma jurídica – que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão (resultado final da concretização). (J. J. Gomes Canotilho e F. Müller). Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e a criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto”.

[25] STRECK, Lenio Luiz. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência, *op.cit.*

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE DEVE GARANTIR O FORNECIMENTO DE SPINRAZA (NUSINERSEN)

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

É inquestionável o entendimento jurisprudencial de que a União, os Estados e os Municípios são solidariamente responsáveis no fornecimento de medicamentos para tratamento da saúde. Outra não poderia ser a interpretação que se extrai do Art. 196 da Constituição Federal: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Exegese diversa implicaria na derrogação deste mandamento constitucional de elevada envergadura, um dos pilares mantenedores da dignidade da pessoa humana em nossa República.

Nas palavras do Ministro Luiz FAux, do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reconhecida à unanimidade por este pretório excelso, “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente” (RE 855178 RG).

O custo dos medicamentos não foi objeto de discussão pela Assembléia Nacional Constituinte, muito menos ousou o Parlamento brasileiro a emendar o Art. 196, para lhe propor qualquer freio ou mitigação na sua eficácia. Mesmo porque a garantia do direito fundamental à vida insculpida no Art. 5^a da Carta Maior é de quilate inestimável, sobrepondo-se a todos os demais bens juridicamente tutelados.

A discussão no Supremo, com relação ao Tema 6 – “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”, no RE 566471 RG da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, pendente de julgamento desde 2007, não vem obstando a concessão de liminares em todo o País.

Aliás, mesmo na pendência do RE 566471 RG, o próprio Supremo vem mantendo diversas liminares no sentido de determinar aos Entes Federados o fornecimento de medicamentos de alto custo a portadores de doenças graves

que não possuem condições financeiras para comprá-lo. E com o Spinraza (Nusinersen) não tem sido diferente.

A Ministra Cármen Lúcia, Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão do fornecimento do medicamento Spinraza (Nusinersen), na STP 24 MC / MG, aos 25/04/2018, em decisão de inegável maestria pontificou:

“Na espécie vertente, trata-se de aplicação do art. 196 da Constituição da República. Presente, portanto, a matéria constitucional a justificar o pedido de suspensão pela Presidência deste Supremo Tribunal.

Neste exame preliminar e precário, o deferimento da medida liminar requerida configuraria dano inverso capaz de comprometer a vida do menor interessado.

O médico que avaliou o interessado, Doutor Guilherme de Abreu Silveira, ‘Médico pela Universidade de São Paulo, Pós-graduado em Emergência Pediátrica, Pós-graduado em Síndrome de Down, Especialista em Pediatria pela Sociedade Brasileira de Pediatria, Especialista em Neonatologista pela Sociedade Brasileira de Neonatologia, Especialista em Desenvolvimento e Comportamento Infantil’, assim se posicionou no relatório médico:

‘A Atrofia Muscular Espinhal é uma desordem genética, de elevada complexidade clínica, que implica em risco e clara ameaça à vida. O pequeno B. está restrito a uma vida de privações, que o afastam e muito do desenvolvimento típico de um menino de sua saúde.

Na minha opinião, o B. se beneficiaria do tratamento com nusinersen. Após um processo extenso de reabilitação, minha expectativa é que o menino recupere boa parte de seus movimentos, o que possibilitaria melhora significativa na sua qualidade de vida e autonomia, além de possibilitar sua sobrevivência. Recomendo formalmente a inclusão de B. na terapia, mesmo previamente a sua aprovação pelas agências responsáveis no Brasil. O tempo para aprovação

pode ser inviável para pacientes com grau avançado de comprometimento, pela evidente ameaça vida' (fls. 57-58, doc. 1).

Em 7.6.2011, o Ministro Cezar Peluso negou seguimento à Suspensão de Segurança n. 4.316/RO e salientou que, quando o medicamento em questão é o único eficaz disponível para o tratamento clínico da doença e a 'suspensão dos efeitos da decisão impugnada poderia causar situação mais gravosa (inclusive o óbito da paciente) do que aquela que se pretende combater (...) evidente (...) a presença do denominado risco de dano inverso'.

Assentou que 'o alto custo do medicamento não [seria], por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis' (SS n. 4.316/RO, Relator o Ministro Cezar Peluso, decisão monocrática, DJe 13.6.2011).

No julgamento da STA n. 761/SP, este Supremo Tribunal decidiu:

'Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL PARA O TRATAMENTO DE DOENÇA GENÉTICA RARA. MEDICAÇÃO SEM REGISTRO NA ANVISA. NÃO COMPROVAÇÃO DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A decisão agravada não ultrapassou os limites normativos para a suspensão de segurança, isto é, circunscreveu-se à análise dos

pressupostos do pedido, quais sejam, juízo mínimo de delibação sobre a natureza constitucional da matéria de fundo e existência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde, à segurança e à economia públicas, nos termos do disposto no art. 297 do RISTF. II – Constatação de periculum in mora inverso, ante a imprescindibilidade do fornecimento de medicamento para melhora da saúde e manutenção da vida do paciente. III – Agravo regimental a que se nega provimento’ (Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJ 29.5.2015).

Pelo exposto, sem prejuízo de reexame da questão em momento posterior, indefiro a medida liminar (§ 4º do art. 15 da Lei n. 12.016/2009, art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e art. 25 da Lei n. 8.038/1990).

Brasília, 25 de abril de 2018.

Ministra CÁRMEN LÚCIA

Presidente”.

Certeira, na decisão transcrita, a Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal bem identificou o bem jurídico de maior valor, entre todos, no texto da Constituição de 1988: “a vida do menor interessado”. No conflito vida humana versus erário, prevalece a manutenção da primeira, através do fornecimento do medicamento para melhoria da saúde.

Também na SS 5192 MC / GO, aos 07/08/2017, a Ministra Presidente Carmen Lúcia manteve a obrigação do Poder Público no fornecimento do medicamento Spinraza (Nusinersen). Consignando:

“Demonstra-se que o deferimento da medida liminar requerida pelo Requerente – Estado de Goiás – configuraria dano inverso podendo levar à morte da menor Interessada, que está internada na UTIP (Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica) do Hospital Igope em Goiânia” – Ministra CÁRMEN LÚCIA, Presidente.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, apreciando o tema do dever de fornecimento do Spinraza (Nusinersen) pela União, vem assim se pronunciando reiteradamente:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. MEDICAMENTO. SUS. MENOR IMPÚBERE. DOENÇA RARA. RISCO DE MORTE. ÚNICA SOLUÇÃO PARA MANUTENÇÃO DA VIDA. ANVISA. ALTO CUSTO. PRECEDENTE DO C. STF. CUMPRIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA. ASTREINTES. DOIS RECURSOS DE AGRAVO INTERNO. IMPROVIMENTO. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1 - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por menor impúbere, representado por sua genitora, objetivando a reforma da decisão que indeferiu o requerimento de antecipação de tutela cujo objetivo seria o fornecimento do medicamento NUSINERSEN (SPINRAZA®), sem solução de continuidade e na dosagem especificada em relatório médico, tendo em vista ser portador de Atrofia Muscular Espinhal tipo III. 2 - A doença, se não tratada adequadamente e de modo rápido, poderá agravar a saúde do autor, criança de menos de dois anos de idade, de forma a levá-lo a um estado clínico de grande sofrimento e com possibilidade de óbito. 3 - O relatório médico, emitido pelo Instituto de Neurociência do Espírito Santo e assinado por médico especialista, aponta para a necessidade urgente do uso do medicamento pela criança, registrando que ele seria a única terapêutica com possibilidade de interromper a progressão da doença. 4 - Assevera ainda que não existe remédio similar e que os demais tratamentos de reabilitação seriam apenas paliativos. 5 - O profissional em questão é a pessoa apropriada para diagnosticar e prescrever o tratamento para a enfermidade que ataca o paciente, logo a situação não comporta maiores discussões ou eventuais alegações sobre a existência de outras alternativas terapêuticas ao

remédio pleiteado, sendo certo que a criança já vem sido submetida a outros tratamentos e sem sucesso. 6 - A posição do magistrado, numa ponderação dos interesses envolvidos, deve ser a de priorizar a necessidade de manutenção do indivíduo, prestigiando, assim, o direito à vida e à saúde, constitucionalmente protegido. 7 - Conforme notícia nos autos de origem, a ANVISA já realizou o seu registro do medicamento. 8 - O alto custo do fármaco não se configura, por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. 9 - Os artigos 297 e 516, incisos I e II, do CPC não se aplicam à espécie. 10 - Descabe acolher o pedido recursal subsidiário de alargamento do prazo para cumprimento da ordem judicial sob pena de levar o agravante a óbito. 11 - Agravo de instrumento conhecido e provido. Agravo interno improvido. Agravo interno não conhecido. ACÓR DÃO Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao agravo de instrumento, negar provimento ao agravo interno e não conhecer do outro agravo interno, ambos interpostos pela União Federal, nos termos do voto do Relator. Rio de Janeiro, 07 / 03 / 2018 (data do julgamento). GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA Relator – 0013454-59.2017.4.02.0000 (TRF2 2017.00.00.013454-8)”.

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. ARTIGO 196, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1 - A obrigação da União, dos Estados e dos Municípios, quanto ao dever fundamental de prestação de

saúde, é solidária, de maneira que qualquer um dos referidos entes federativos pode figurar no polo passivo de demanda em que se objetiva o fornecimento ou custeio de medicamentos ou tratamento médico. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2 - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada nº 175, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou a possibilidade de, após a análise minuciosa das circunstâncias de cada caso concreto e a realização de juízo de ponderação, o poder judiciário garantir o direito à saúde por meio do fornecimento de medicamento ou tratamento indispensável para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida do paciente da rede pública de saúde.

3 - O artigo 196, da Constituição Federal, não consubstancia mera norma programática, incapaz de produzir efeitos, não havendo dúvidas de que obriga o poder público a garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, bem como a exercer ações e serviços de forma a proteger, promover e recuperar a saúde.

4 - Deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo poder público em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente, de forma que não deve ser afastada, contudo, a possibilidade de o poder judiciário decidir que medida diferente deve ser fornecida a determinada pessoa que comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

5 - No caso em apreço, de acordo com os relatórios médicos juntados aos autos da demanda originária, verifica-se que a parte autora, ora agravada, é portadora de atrofia muscular espinhal infantil, necessitando do medicamento SPINRAZA (NUSINERSEN) para adequado tratamento de sua doença. Destacou-se, nos relatórios médicos, que o menor encontra-se em assistência ventilatória contínua, traqueostomizado e gastrostomizado, necessitando de equipe médica

multidisciplinar (médico, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, 1 enfermeiro e técnico de enfermagem), em caráter permanente, no sistema de internação domiciliar. Pontuou-se que o medicamento pleiteado por meio da demanda originária é o único tratamento eficaz para o tratamento da enfermidade de que é portadora a parte autora, ora agravada, e que proporciona ganho motor e possibilidade de autonomia respiratória. 6 - O poder público não fornece tratamento médico para a doença de que é portadora a parte autora, ora agravada, destacando-se, nesse diapasão, o próprio parecer do Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde - NAT, da Secretaria de Estado de Saúde - SES, no sentido de que não existem medicamentos fornecidos no âmbito do SUS, que possam configurar alternativas farmacológicas ao medicamento pleiteado. 7 - Ainda de acordo com o parecer do Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde - NAT, da Secretaria de Estado de Saúde - SES, depreende-se que o medicamento postulado por meio da demanda originária possui registro junto à agência reguladora de medicamentos americana - Food and Drug Administration (FDA) -, já tendo sido, da mesma forma, emitido parecer favorável à concessão do registro junto à agência reguladora de medicamentos europeia - Agência Europeia de Medicamentos (EMA). 8 - O elevado custo do medicamento, a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e a necessidade de importação não eximem o poder público da responsabilidade pelo seu fornecimento, bem como não são hábeis a retirar, do indivíduo acometido da doença, o direito de recebê-lo, diante da impossibilidade de ser substituído por outro medicamento de igual eficácia, merecendo destaque, ainda, o fato de que não há comprovação nos autos acerca da impossibilidade de custeio pelo poder público, devendo ser privilegiados, portanto, os direitos constitucionais à vida e à saúde, além do princípio constitucional da dignidade da pessoa

humana. 9 - Verifica-se, portanto, estarem presentes os requisitos autorizadores do provimento de urgência, quais sejam, a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), com a presença de elementos que indicam a imprescindibilidade do medicamento postulado, e o perigo de dano (*periculum in mora*), diante da gravidade da enfermidade e do risco à saúde do menor caso não seja fornecido o adequado tratamento. 10 - No curso da instrução probatória da demanda originária, poderão ser ouvidos em juízo os médicos que acompanham a parte autora, ora agravada, bem como ser determinada a realização de prova pericial, a fim de se aferir, com a profundidade necessária, a imprescindibilidade da utilização do medicamento SPINRAZA (NUSINERSEN), medida esta recomendável diante do elevado custo do tratamento em questão, a exigir o máximo de cautela na apreciação da demanda. 11 - Agravo de instrumento desprovido” – Relator JULIO EMILIO ABRANCHES MANSUR, 18/07/2017, 0004561-79.2017.4.02.0000 (TRF2 2017.00.00.004561-8).

O portal eletrônico da ANVISA (<http://portal.anvisa.gov.br>), noticiou o registro da Spinraza (Nusinersen) nestes termos:

“Chega ao mercado brasileiro uma esperança para pessoas acometidas pela Atrofia Muscular Espinhal 5q (AME), doença que ataca o sistema nervoso até o ponto de o paciente não conseguir se mover ou mesmo respirar e que atinge um em cada dez mil bebês nascidos. A Anvisa publicará na segunda-feira (28/8) o registro do medicamento novo SPINRAZA® (nusinersena), na forma farmacêutica solução injetável e concentração de 2,4 mg/mL. Dessa forma, o Spinraza poderá ser comercializado no Brasil. A decisão será publicada no Diário Oficial da União (DOU).

O medicamento é indicado para o tratamento de pacientes com AME, doença rara neuromuscular autossômica recessiva de prognóstico adverso,

caracterizada pela degeneração de neurônios motores da coluna vertebral e sem opções terapêuticas disponíveis no Brasil. O Spinraza é fabricado pelas empresas Vetter Pharma - Fertigung GmbH & Co. KG (Alemanha) e Patheon Itália [S.PA](#) (Itália). A detentora do registro do medicamento no Brasil é a empresa Biogen Brasil Produtos Farmacêuticos Ltda.

O processo de registro do medicamento recebeu prioridade de análise assim que foi protocolado junto à Anvisa, com o imediato início da avaliação tanto da documentação referente à comprovação de segurança e eficácia, quanto do dossiê de tecnologia farmacêutica. 'É um medicamento que muda a história da AME, dando uma possibilidade concreta de melhora significativa na qualidade de vida dos portadores dessa doença', ressalta o diretor-presidente da Anvisa, Jarbas Barbosa.

Como se trata de uma substância inédita no país, foi um processo mais complexo, envolvendo a avaliação crítica de informações legais e técnicas. Mesmo assim, dado o caráter prioritário que a Anvisa impôs, a análise foi feita de maneira célere, com o registro sendo concedido em cinco meses desde sua solicitação junto à Agência. Menos tempo do que levou o processo no Canadá, por exemplo, onde o registro do Spinraza saiu após cerca de seis meses.

O diretor de Autorização e Registro Sanitário da Anvisa, Fernando Mendes, ressalta a importância da concessão desse medicamento, registrado com os devidos parâmetros de segurança, qualidade e eficácia. Mendes trata o tema como prioritário: 'A Agência está em vias de concluir a regulamentação que objetiva facilitar e também incentivar, no Brasil, a condução mais rápida de pesquisas clínicas e o registro de medicamentos destinados ao tratamento de doenças raras'.

O Spinraza está registrado no EUA, Europa, Japão e Canadá. No Brasil, o processo de registro recebeu priorização de análise, nos termos da Resolução Diretoria Colegiada nº 37/2014. A submissão de registro junto à Anvisa ocorreu em 28 de abril deste ano e foi priorizada em 4 de maio. Porém, houve necessidade de envio de exigências à empresa em 30 de junho e em 28 de julho, ficando o processo na fase de exigência em torno de 35 dias. Na Agência, a fase de análise da documentação durou 85 dias. Isso mostra o compromisso da Agência com o acesso da população a novas terapias.

‘A Anvisa foi bastante ágil na avaliação da documentação que nos foi enviada pela empresa produtora do Spinraza e que comprova a eficácia, segurança e qualidade do medicamento’, destaca Jarbas Barbosa. ‘Agora, a empresa tem a responsabilidade de oferecer o Spinraza a um preço justo, para que as pessoas possam ter acesso a ele rapidamente’” – Publicado: 25/08/2017, 14:54, Última Modificação: 01/09/2017, 15:30, “ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL, Anvisa concede registro ao medicamento Spinraza”.

Como se vê, devem os Entes Federados garantir o fornecimento de Spinraza (Nusinersen) às pessoas acometidas pela Atrofia Muscular Espinhal, seja em obediência ao texto da Constituição de 1988, seja em reverência à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que prestigiam a garantia fundamental do direito à vida em detrimento de pormenores fazendários.

Em todo o caso, enquanto o Spinraza (Nusinersen) não estiver incorporado em ato normativo do SUS, deverá o paciente atender ao disposto no Tema Repetitivo 106 do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de propositura de ação judicial:

a) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e,

c) existência de registro na ANVISA do medicamento.

Satisfeita a tese firmada pelo Tema Repetitivo 106 (STJ), deve ser concedida a tutela jurisdicional para o fornecimento do medicamento Spinraza (Nusinersen).

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL E INCIDÊNCIA DE PECULATO DE USO

IRVING RAHY DE CASTRO PEREIRA:

Especialista em Comércio Exterior, Professor, Administrador, e Graduando em Direito pela Faculdade Guanambi - CESG/FG, Guanambi - BA.

RESUMO: Este estudo se propõe a analisar a presença do peculato de uso na administração pública municipal, bem como suas causas e consequências. É um fenômeno que se diferencia do crime de Peculato (Artigo 312 do Código Penal) por algumas sutilezas a serem apresentadas, assim como as consequências da incorrência deste instituto, principalmente no que se refere à Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), e as possíveis consequências ao modelo de gestão pública, bem como seus respectivos princípios. Esta investigação mostra-se relevante à medida que com a evolução da transparência e participação da população na Administração Pública, a sociedade exige reposta a esses fenômenos que podem acontecer e trazer prejuízo ao erário do município e, conseqüentemente, ao cotidiano das pessoas.

Palavras-Chave: Administração Pública. Improbidade. Peculato de Uso.

ABSTRACT: This study aims to analyze the presence of embezzlement in municipal public administration, as well as its causes and consequences. It is a phenomenon that differs from the crime of Peculato (Article 312 of the Criminal Code) for some subtleties to be filed, as well as the consequences of this institute, especially regarding Law No. 8.429 / 92 (Law of Improbability Administrative), and the possible consequences to the public management model, as well as their respective principles. This research proves to be relevant as with the evolution of the transparency and participation of the population in the Public Administration, society demands a response to these phenomena that can happen and bring harm to the public treasury of the municipality and, consequently, to the daily life of the people.

Keywords: Improbability. Misuse of Use. Public Administration.

INTRODUÇÃO

Diante do aprimoramento e evolução dos modelos de gestão e a evolução da humanidade na formação cidadã, econômica, política e social, novos estudos com o objetivo de compreender melhor os fenômenos de gestão fazem-se necessários, e na gestão do setor público acompanha este pensamento.

Este estudo se propõe a investigar a presença do peculato de uso na administração pública municipal, bem como as causas e consequências deste instituto.

Já que é pacífico que a administração pública pressupõe a existência do Estado, e, portanto, da submissão às regras jurídicas. "Os princípios jurídicos representam os valores materiais eleitos pela própria sociedade como justiça" (MADEIRA, 2010, p. 1).

Os pilares fundamentais da administração pública brasileira tem entre eles o princípio da legalidade, proposto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, fazendo com que o campo de atuação do gestor público restrinja-se aos mandamentos da lei.

De acordo com Meirelles et al. (2010), a Administração Pública, em virtude da forma de estado institucionalizada no Brasil, propõe autonomia administrativa aos entes da federação, ou seja, à união, aos estados, aos municípios e aos territórios, cada um de uma forma específica. Nos Municípios a administração fica a cargo do da Prefeitura Municipal, na figura do Prefeito, e da Câmara Municipal, na figura dos Vereadores.

O crime de peculato, que se trata basicamente de apropriação ou desvio de valores em favor próprio ou de terceiro, por agente público, como é previsto no artigo 312 do Código Penal, apresenta uma nuance curiosa que é a figura do Peculato de Uso.

Esta é a expressão usada quando, de acordo com Delmanto et al. (2011), o funcionário público faz uso indevido da coisa pública, sem que tenha e apropriado, mas que acontece em razão da função que exerce.

A hipótese de agentes públicos de uma prefeitura municipal desviarem a finalidade de certos bens públicos a satisfazer interesses particulares próprios ou de outrem, como, por exemplo, utilização de máquinas, carros, ambulâncias, ferramentas, equipamentos, e outros bens infungíveis, sem a intenção de se apropriar definitivamente, caracteriza o ponto central desse estudo, que é o instituto do peculato de uso.

O fato de o peculato de uso não ser considerado crime, não quer dizer que o direito ficou silente à manifestação deste instituto, que se mostra atentatório a vários princípios da administração pública, entre eles, a supremacia do interesse público e a moralidade.

De maneira direta, a legislação tem papel importante nessa pesquisa, pois, quando se trata de administração pública, pressupõe, antes de tudo, o princípio da legalidade com norteador das ações dos agentes públicos, ratificado por Di Pietro (2014), que a legalidade é o elemento que traz limites à atuação da administração pública, isto é, “a administração pública só pode fazer o que a lei permite” (DI PIETRO, 2014, p. 65).

Diferente da gestão empresarial onde a abrangência e liberdade de ação faz com que pudera realizar qualquer atividade econômica, desde que não seja proibida, onde uma das nuances fica evidente no artigo 170, § único da Constituição Federal de 1988.

E, a partir desses pressupostos, e a hipótese de dúvida que pode surgir em onde estaria enquadrado o instituto do Peculato de Uso, e suas consequências jurídicas na Gestão Pública, fica clara a motivação dessa pesquisa, e tal pesquisa mostra viabilidade de execução, vez que o método utilizado é disponível e tem acesso público.

Justifica-se, também, pelo fato de que com a evolução da transparência e participação da população na Administração Pública, a sociedade exige reposta mais concretas e comprovadas a esses fenômenos que podem acontecer e trazer prejuízo ao erário do município e, conseqüentemente, ao cotidiano das pessoas administradas.

METODOLOGIA

Em proposta a atingir os objetivos desta pesquisa, a metodologia utilizada consiste na abordagem qualitativa, com a utilização do método dedutivo, que, segundo o qual, Marconi & Lakatos (2010), entendem como o método em que a conclusão pretende analisar e explicar o conteúdo das premissas já estabelecidas no estudo.

Fez-se necessário realizar revisão bibliográfica profunda do material já tornado público tanto no campo da Administração Pública, no Direito Administrativo, na Eficiência de Gestão, como por exemplo, principalmente, utilização de livros, artigos científicos, periódicos, legislação pertinente aos temas, a Constituição Federal, e sites oficiais.

A fase exploratória da pesquisa é essencial pois, segundo Henriques & Medeiros (2014) traz critérios, métodos e técnicas para confecção de estudo e investigações objetivas, a fim de oferecer informações sobre o objeto da pesquisa e orientar a formulação de hipóteses.

Para tanto, "pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições" (GIL, 2007, p. 41).

A pesquisa seguiu a seguinte ordem:

- a) Fase exploratória: leitura abrangente de todo o material bibliográfico;
- b) Fase seletiva: apontamentos e seleção de material pertinente;
- c) Realização de Citações de acordo com a conveniência e necessidade da pesquisa;
- d) Realização de sistematização do material e extração das premissas a serem discutidas;

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De antemão, abre-se espaço a elucidar os conceitos primordiais neste estudo então Madeira (2010) acompanha a doutrina majoritária em propor que a administração pública pressupõe a existência do Estado, e, portanto, da submissão às regras jurídicas. "Os princípios jurídicos representam os valores materiais eleitos pela própria sociedade como justiça" (MADEIRA, 2010, p. 1).

E este dito Estado Democrático de Direito, tem como regra fundamental, a obediência ao regime constitucional, e de acordo com Maia (2014), este Estado se estabelece com força normativa de uma Constituição promulgada, e com atribuições específicas nela dispostas.

Destarte, a premissa de que a administração pública está submetida ao princípio da legalidade, proposto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, cabe lembrar que o campo de atuação do gestor público torna-se restrito aos mandamentos da lei

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: [...] (BRASIL, 1988).

Lara (2017) corrobora com o exposto, neste sentido, ao propor que “o êxito do dever de fazer dos atos da Administração Pública, de tal modo que evite os excessos e abusos, para que não ocorra ilegalidade dos referidos atos” (LARA, 2017, p. 2).

Já Carmona (2012) diz que no campo do direito administrativo contemporâneo, o gestor público, esteja onde estiver, está obrigado a fazer tudo o que a lei permite fazer.

Madeira (2010), ratifica que a Legalidade, como sendo um princípio constitucional norteador da gestão pública, não se pode afastar da noção de bem comum ou bem coletivo, e a ele está adstrita, “não podendo, por exemplo, conceder benefícios e vantagens aos servidores senão na forma prevista em lei” (MADEIRA, 2010, p. 10).

Assim sendo, verifica-se a incidência direta de outro princípio da administração pública, que é a supremacia do interesse público, onde Mello (2010) tem como a relação vertical entre o interesse público e o interesse privado, isto é, a administração pública, uma vez investida fictamente nos interesses coletivos do povo, pode propor atos unilaterais de sua parte, visando

este propósito, e estes atos, estariam supremos ante aos atos da vida privada e aos interesses das pessoas particulares.

Neste sentido, “a administração pública corresponde à face do Estado (Estado-Administração) que atua no desempenho da função administrativa, objetivando tender concretamente os interesses coletivos” (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 25).

De acordo com Meirelles et al. (2010), a Administração Pública, em virtude da forma de estado no Brasil, propõe autonomia administrativa aos entes da federação, ou seja, à união, aos estados, aos municípios e aos territórios, cada um de uma forma.

Meirelles et al. (2010), ainda diz que o Município brasileiro, como entidade estatal integrante da República Federativa do Brasil, realiza suas atividades administrativas por meio da prefeitura municipal (poder executivo), e a Câmara Municipal (poder legislativo).

A gestão pública no âmbito municipal é dirigida pelo Prefeito, “que comanda, supervisiona e coordena os serviços de peculiar interesse do Município, auxiliado por secretários municipais ou diretores de departamento” (MEIRELLES et al., 2010, p. 814).

De acordo com Mello (2010), todos aqueles que servem e agem em nome do poder público, como instrumento expressivo, mesmo que transitoriamente, e independente do regime da relação, é considerado Agente Público. O que não se pode tratar como sinônimo de servidor público, pois este seria uma ramificação daquele.

Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas), como senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração Direta dos três poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas do governo, o concessionários e

permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos (MELLO, 2010, p. 245).

O artigo 327 do Código Penal Brasileiro consolida esta reflexão quanto mostra positivado que “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” (BRASIL, 1940).

O PECULATO

No Código Penal Brasileiro, os crimes contra a Administração Pública são divididos em três esferas, assim sejam: crimes praticados pelos seus próprios integrantes (funcionários), crimes praticados por particular contra a Administração Pública, e crimes contra a Administração da Justiça.

O crime denominado Peculato, por sua vez, enquadra-se na primeira hipótese, pois, de acordo com Bitencourt (2014), afinal, é praticado por agente público e, sobretudo, em razão da função que exerce.

O crime de Peculato está tipificado no artigo 312 do Código Penal Brasileiro, com a seguinte conduta típica: “apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”, atribuindo a este crime a pena de reclusão de dois a doze anos de reclusão, e multa. (BRASIL, 1940).

Neste momento, não cabe a esta investigação aprofundar nos detalhes do cumprimento da pena, tampouco noutros aspectos jurídicos que fogem ao escopo da pesquisa. Mas, sim, consolidar a premissa de que estes crimes podem acontecer em qualquer âmbito da administração pública, inclusive na seara municipal.

Também incluído nos chamados, pela doutrina, de Crimes Funcionais, Bitencourt (2014) afirma que além de crimes dispostos no Código Penal, estes

atos também são, automaticamente, ilícitos administrativos, isto é, que apresentam antijuridicidade nas leis administrativas.

Observa-se que “o ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal, resultando que a única diferença entre ambos reside na gravidade” (BITENCOURT, 2014, p. 37).

Os chamados delitos funcionais pertencem à categoria dos crimes próprios, que só podem ser praticados por determinada classe de pessoas em face de a norma incriminadora exigir uma condição ou situação particular. São os que só podem ser cometidos por pessoas que exercem funções públicas (JESUS, 2009, p. 116).

Pela literalidade do artigo 312 do Código Penal, fica claro que é o bem jurídico tutelado, a própria administração pública e o seu erário, onde o sujeito passivo é a Administração, e o sujeito ativo o agente público que pratica o verbo tipificado no dispositivo.

O CARÁTER ATÍPICO DO PECULATO DE USO

Esta é a expressão usada quando, de acordo com Delmanto et al. (2011), o funcionário público faz uso indevido da coisa pública, sem que tenha e apropriado, mas que acontece em razão da função que exerce.

E para tanto, Nucci (2015) demonstra sua preocupação, quando permite considerar que a Legislação brasileira embora não o tenha configurado tipo penal, teve o cuidado de enquadrar este ilícito administrativo noutro dispositivo que o proíba.

Fica explícito que o Código Penal de 1940 não abrigou a figura do peculato de uso, e esta conduta, desde que não constituísse outro crime tipificado, deveria, de acordo com Costa (2010) a conduta ser vislumbrada diante da Lei de Improbidade Administrativa.

Acontece que esta conduta, embora seja denominada, vulgarmente, um tipo de peculato, não se enquadra no verbo tipificado no artigo 312 do Código Penal. Portanto, não se verifica crime, na hipótese citada. “Costuma-se exigir dois requisitos: 1. Que o agente tenha a intenção de restituir a coisa; 2. Que a coisa seja infungível [...]” (DELMANTO et al, 2011, p. 891).

Tanto que Costa (2012) propõe que o peculato de uso só poderia ser reconhecido quando a coisa fosse infungível, pelo fato de, no caso de dinheiro público, ainda que fosse possível a restituição, estaria configurada a modalidade de peculato-desvio, disposta no artigo 312 do Código Penal

Assim, Delmanto et al. (2011) vislumbra a ideia de que qualquer bem público que por decisão de agente público esteja sendo utilizado em outro destino que não seja o de interesse público, não pode ser enquadrado no artigo 312 do Código Penal como crime, mas apenas um ilícito administrativo.

AS IMPLICAÇÕES DA LEI N.º 8.429/92 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA)

Antes de tratar do texto da Lei, é necessário pontuar que a moralidade e a probidade, no prisma de Di Pietro (2014), são expressões que, na administração pública, soam ambas com significado de honestidade. O que faz elucidar que improbidade administrativa seriam atos desonestos para com a administração pública.

A Lei 8.429/92 trata de elencar de forma exemplificativa e atribuir sanções aos atos de improbidade administrativa, e os classifica de acordo a gravidade: Os atos que acarretam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário, e os que atentam contra os princípios da administração pública.

A palavra improbidade significa a falta de probidade, ou seja, a inobservância dos deveres, da justiça, da honradez. A improbidade administrativa é a denominação técnica para a corrupção administrativa. Todo ato cometido por um administrador público avesso à lei e à moral; que infrinja os deveres de imparcialidade, honestidade e lealdade, ou seja, o dever de probidade

está profundamente ligado ao comportamento do administrador público como elemento fundamental à validade de seus atos (CARMONA, 2012, p. 8).

Portanto, o fato de o peculato de uso não ser considerado crime, não quer dizer que o direito ficou silente à manifestação deste instituto, que se mostra atentatório a vários princípios da administração pública, entre eles, a supremacia do interesse público e a moralidade.

Diante disso, a Lei n.º 8.429/92, chamada de Lei de Improbidade Administrativa elenca as formas de peculato de uso em alguns tópicos. Entre eles, nos atos que acarretam enriquecimento ilícito (artigo 9º).

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; [...] **XII** - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Di Pietro (2014) ressalta que o rol de atos de improbidade listados nesta Lei não é taxativo, mas sim exemplificativo, podendo surgir novas formas de atos de improbidade administrativa que aí não estejam listados, mas que venham a ser de mesmo gênero e mereçam a mesma apreciação da Lei.

Além disso, Cunha Junior (2014) assevera que o sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa vão além dos agentes públicos, mas, também, “terceiros que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta” (CUNHA JUNIOR, 2014, p. 559).

As sanções para quem comete os atos de improbidade administrativa equivalentes ao peculato de uso estão dispostas no artigo 12 deste mesmo diploma legal.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

Assim, o receio de que aqueles indivíduos que praticassem o peculato de uso não tivessem sanções se esvai na Lei de Improbidade Administrativa, onde, embora não seja com reclusão ou detenção, mas se verifica sanções na seara civil e administrativa.

Nesse contexto, salienta-se que de acordo com o artigo 20 desta Lei, "A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória" (BRASIL, 1992).

Fato este que faz vislumbrar quanto tempo discorreria até que um processo desta magnitude chegasse ao trânsito em julgado. No entanto, como não é este o objeto desta investigação, por ora, não cabe aprofundar.

IMPLICAÇÕES NA GESTÃO

Existem princípios que são exclusivos da administração pública, e outros que são, também, bases da administração empresarial, como são os casos da eficiência, impessoalidade, hierarquia, etc.

Maximiano (2000) verifica o princípio da impessoalidade como preponderante pressuposto da eficiência da gestão das organizações. E

considerando que na gestão pública onde o campo de atuação é muito mais limitado, a não observação do princípio da impessoalidade pode gerar efeitos mais danosos ainda que na administração empresarial.

A escola de Administração Científica, protagonizada por Taylor, de acordo com Chiavenato (2007), em seus princípios fundamentais tinha o de “selecionar cientificamente os trabalhadores de acordo com as tarefas que lhe serão atribuídas” (CHIAVENATO, 2007, p. 96).

Uma visível evidência do princípio da impessoalidade na divisão de funções de acordo com as aptidões. Na visão de Chiavenato (2007), a falta de impessoalidade gera problemas na hierarquia e possivelmente na eficiência das atividades.

O peculato de uso, por sua vez, evidencia, além de descumprimento do princípio da supremacia do interesse público, mas mostra contrariedade, também, aos princípios da impessoalidade, quando beneficia uns em detrimento do coletivo, e, conseqüentemente, na eficiência da gestão do município onde é verificado esse fenômeno.

Nesta fase, Lara (2017) entende como sendo interesse público, quando o gestor público se orienta por critérios objetivos, “sendo que toda a atividade da Administração Pública deve ser praticada tendo uma finalidade pública, ficando o agente público impedido de considerar interesses pessoais ou de terceiros” (LARA, 2017, p. 4).

RESULTADO E DISCUSSÕES

É de se considerar preliminarmente que os princípios jurídicos representam os valores materiais eleitos pela própria sociedade como justiça, e que estes são pilares fundamentais da Administração Pública Contemporânea (MADEIRA, 2010). Assim, também tem preceituado o artigo 37 da Constituição Federal, colocando entre outros, o princípio da legalidade como fundamento primordial da gestão pública.

Madeira (2010) ainda ratifica que a Legalidade, como princípio constitucional norteador da gestão pública, não se pode afastar da noção de

bem comum ou bem coletivo, e a ele está adstrita, sem que possa oferecer benefícios ou vantagens a servidores sem qualquer critério de impessoalidade, e sem estar previsto em dispositivo legal.

Meirelles et al. (2010), propõe que os entes da federação tenham autonomia resguardada pela Constituição, e que unidades administrativas sejam atribuídas à União, Estados, Municípios e o Distrito Federal. Sendo que no Município quem exerce a Gestão Pública é a Prefeitura Municipal, na figura do Prefeito, e da Câmara Municipal, na figura dos Vereadores, correspondendo aos poderes executivo e legislativo, respectivamente.

Neste contexto, o Peculato (art. 312 CP) surge como o ato de apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

Então surge a dúvida se estaria aí enquadrado o agente eu utiliza ou dar destino de utilização alheia ao interesse público, sem o interesse de que seja definitivo. Delmanto (2011) ainda diz que esta é a expressão usada quando o funcionário público faz uso indevido da coisa pública, sem que tenha e apropriado, mas que acontece em razão da função que exerce.

Foi verificado que esta conduta, embora seja denominada, vulgarmente, um tipo de peculato, não se enquadra no verbo tipificado no artigo 312 do Código Penal. Portanto, não é crime. Contudo, o fato de essa conduta não ser considerada criminosa, não quer dizer que seja uma conduta permitida. Demonstra que ofende alguns princípios da administração pública, como a moralidade, supremacia do interesse público, e é considerado ilícito administrativo.

Verificou-se que a conduta do Peculato de Uso é compatível com as condutas discriminadas no artigo 9º, Incisos IV e XII da Lei de Improbidade Administrativa, e que, portanto, deveria incorrer naquelas sanções, entre elas a perda de bens ou valores acrescidos ao patrimônio, ressarcimento do dano, perda da função pública, suspensão de direitos políticos, multa civil, proibição de contratar com o serviço público, receber benefícios fiscais ou outras subvenções.

É importante ressaltar que ao ser verificada postura atentatória aos princípios fundamentais da impessoalidade, supremacia do interesse público e legalidade, é que Chiavenato (2007) pontua que estas são situações que impactam diretamente na eficiência da gestão de qualquer organização, uma vez que vários desses princípios não são exclusivos da gestão pública, como a impessoalidade, hierarquia etc.

É evidente que peculato de uso além de descumprimento do princípio da supremacia do interesse público, mas mostra contrariedade, também, aos princípios da impessoalidade, quando beneficia uns em detrimento do coletivo, e, conseqüentemente, na eficiência da gestão do município, onde é verificada esta situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa se propôs a investigar a presença do peculato de uso na administração pública municipal, bem como as causas e conseqüências deste instituto.

Extraiu-se que a Administração Pública Municipal compreende a Prefeitura e a Câmara de Vereadores, e que os agentes públicos municipais, todas aquelas pessoas engajadas em atividade pública, mesmo que de forma transitória, independentemente do regime.

Diante da possibilidade de estes indivíduos de alguma forma vierem a utilizar bens públicos com finalidades alheias ao interesse público, percebe aí, além do descumprimento de alguns princípios da administração, o enquadramento no artigo 9º, Incisos IV ou XII da Lei n.º 8.429/92, em que doutrinariamente é chamado de Peculato de Uso.

O Peculato de Uso é assim chamado, pois é uma destinação do bem público para fins particulares, mas sem a intenção de que seja perpétua, e também, que se trate de um bem infungível.

É uma conduta atípica, isto é, não considerada crime pelo Código Penal, mas que o agente incorreria nas sanções do artigo 12, inciso I da Lei n.º 8.429/92, sanções estas na seara administrativa que teriam efeitos na vida civil e

política do agente, como a suspensão temporária dos direitos políticos, perda da função pública, perda de bens acrescidos ao patrimônio, ressarcimento de dado, multas, etc.

Ademais, a presença deste fenômeno na administração municipal, que pode se abstrair, por exemplo, na utilização e ônibus, carros, máquinas ou equipamentos para beneficiar particulares, sem utilização de critério de impessoalidade, atinge diretamente além deste, o princípio da supremacia do interesse público, e, portanto, da eficiência da gestão deste ente federativo, considerando que estas atividades não entram em orçamento e, ao serem executadas, prejudicam atividades que estavam no orçamento e não são executadas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 5 – Dos Crimes Contra a Administração Pública e dos Crimes Praticados por Prefeitos**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Portal do Planalto, Brasília, 2018. Disponível em: . Acesso em 18 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Portal do Planalto, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto Lei nº 201 de 27 de fevereiro de 1967**. Portal do Planalto, 1967. Disponível em: . Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa**. Portal do Planalto, 1992. Disponível em: . Acesso em: 28 dez. 2017.

CAMPOS, M. B. L B.; CAMPOS, W. A. F. L.; COSTA, R. A. Q. **Administração Pública Municipal**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2009.

CARMONA, G. L. P. A (In)aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos Atos de Improbidade Administrativa. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, Ano XV, n.º 102, jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 09 fev. 2018.

CHIAVENATO, I. **Teoria Geral da Administração**. Abordagens Prescritivas e Normativas. 7ª edição. São Paulo: Manole, 2007.

COSTA, A. M. Criminalidade na Administração Pública: Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígio. **Revista da EMERJ**, volume 13, n.º 52, Nov. 2010. Disponível em: . Acesso em: 09 fev. 2018.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2014.

DELMANTO, C.; DELMANTO, R.; DELMANTO JUNIOR, R.; DELMANTO, F. M. A. **Código Penal Comentado**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

FRAGA, J. F. B. Princípios Aplicados à Administração Pública. **Conteúdo Jurídico**. Brasília – DF, 20 jul. 2017, Ano IX, n.º 811, p. 158-164. Disponível em: . Acesso em: 09 fev. 2018.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J. B. **Monografia no Curso de Direito: Como Elaborar o Trabalho de Conclusão de Curso**, 8.ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JESUS, D. E. **Direito Penal – Parte Especial – Vol. 4**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARA, F. A. A Importância de Serem Respeitados os Princípios Explícitos da Administração Pública na Constituição Federal. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, Ano XX, n.º 166, 01 nov. 2017. Disponível em: . Acesso em: 09 fev. 2018.

MADEIRA, J. M. P. **Administração Pública**. Tomo I, 11ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier 2010.

MAIA, T. M. C. A Administração Pública Consensual e a Democratização da Atividade Administrativa. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados-MS, Volume 16, n.º 31, jan./jul. 2014. Disponível em: . Acesso em: 09 fev. 2017.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, M. **Administração Pública: Uma abordagem prática**. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2010.

MAXIMIANO, A. C. A. **Introdução à Administração**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, H. L.; AZEVEDO, E. A. A.; ALEIXO, D. B.; BURLE FILHO, J. E. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

RABESCHINI, A. G. Crimes Contra a Administração Pública Cometidos por Agentes Públicos. **Conteúdo Jurídico**. Brasília – DF, 31 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50471&seo=1>. Acesso em: 09 jan. 2018.

RORIZ, R. M. O Direito Administrativo e os Modelos de Administração Pública. **Conteúdo Jurídico**. Brasília – DF, 26 abr. 2014, Ano VI, n.º 295. Disponível em: . Acesso em: 09 fev. 2018.

SARAIVA, I. N. O Princípio da Eficiência como Postulado da Administração Pública Gerencial. **Conteúdo Jurídico**. Brasília – DF, 23 de maio de 2014. Disponível em: . Acesso em: 09 fev. 2018.

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48216&seo=1>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

VERDAN, T. L. O Princípio da Moralidade na Administração Pública: Flâmula norteadora da atuação estatal. **Conteúdo Jurídico**. Brasília – DF, 11 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42822&seo=1>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

A DISPENSA DA PESSOALIDADE DA CITAÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL

JORDAANNA MARIA LOPES GUSMÃO:

Procuradora da Fazenda Nacional.

Resumo: A Lei nº 6.830/80 disciplina acerca da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. De acordo com o seu art. 2º, o Código de Processo Civil será aplicado subsidiariamente. Na referida norma, são previstas diversas modalidades de citação. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é conhecer com detalhes cada uma delas, em especial a citação por carta.

Palavras Chave: Execução fiscal, citação, carta

Abstract: The Law 6.830/80 regulates the judicial collection of the Active Debt of the Federal Treasury, the States, the Federal District, the Municipalities and respective municipalities. According to his art. 2, the Code of Civil Procedure shall be applied subsidiarily. In the mentioned norm, several modalities of citation are foreseen. In this context, the objective of the present work is to know each of them in detail, especially the letter quote.

Keywords: Tax Enforcement, Citation, Letter

Sumário: Resumo. Palavras Chave. Abstract. Introdução - Breve exposição acerca da execução fiscal. 1. Modalidades de citação. 2. Da Dispensa da pessoalidade na citação da execução fiscal: citação por carta. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

Introdução – Breve exposição acerca da execução fiscal.

A Lei de Execução Fiscal (LEF) traça importantes balizas a serem seguidas na cobrança judicial dos créditos públicos inscritos em Dívida Ativa.

De acordo o art. 2º, a Dívida Ativa compreende a tributária, bem como a não tributária.

Além disso, a Dívida Ativa abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato (art. 2º, § 2ª, da Lei nº 6.830/80)

O art. 39 da Lei nº 4.320/1964 define cada uma delas da seguinte forma:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979)

§ 1º - Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979)

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979)

§ 3º - O valor do crédito da Fazenda Nacional em moeda estrangeira será convertido ao correspondente valor na moeda nacional à taxa cambial oficial, para compra, na data da notificação ou intimação do devedor, pela autoridade administrativa, ou, à sua falta, na data da inscrição da Dívida Ativa, incidindo, a partir da conversão, a atualização monetária e os juros de mora, de acordo com preceitos legais pertinentes aos débitos tributários. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979)

§ 4º - A receita da Dívida Ativa abrange os créditos mencionados nos parágrafos anteriores, bem como os valores correspondentes à respectiva atualização

monetária, à multa e juros de mora e ao encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-lei nº 1.645, de 11 de dezembro de 1978. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979)

§ 5º - A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979)

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), são espécies tributárias: impostos (art. 146,I), taxas (146,II), contribuição de melhoria (146,III), empréstimos compulsórios (art. 148) e contribuições (art. 149).

Assim, a dívida tributária decorre da cobrança das diversas espécies tributárias citadas acima e dos seus acréscimos. Lado outro, a não tributária, de forma residual, é aquela proveniente dos demais créditos públicos, como exemplo, as multas decorrentes do exercício do poder de polícia, os contratos não cumpridos, multa penal, dentre outros.

Da análise dos dispositivos supracitados, verifica-se que o art. 39 da Lei nº 4320/64 não pode ser interpretado isoladamente. Deve ser realizada uma interpretação sistemática com a Constituição de 1988. Isso porque atualmente os empréstimos compulsórios, bem como diversas contribuições estabelecidas constitucionalmente são considerados espécies tributárias.

Ressalte-se que a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez, bem como tem efeito de prova pré-constituída. Entretanto, tão presunção não é absoluta, podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveita (art. 3º da LEF e art. 204 do CTN).

Diante disso, verifica-se que, em virtude da supremacia e indisponibilidade do interesse público, o legislador optou por inverter o ônus da prova. Assim, cabe ao devedor/executado fazer prova robusta de fato modificativo ou extintivo contra o crédito público.

Não é demais lembrar que os créditos públicos são fundamentais para a concretização das políticas públicas.

Diante dessa relevância, a Certidão de Dívida Ativa representa título executivo extrajudicial apto a instruir o processo de execução fiscal (art. 784, IX, do CPC).

Diferentemente da petição inicial prevista no CPC (arts. 319 e 320), a peça inicial da execução fiscal é composta dos requisitos previstos no art. 6º da Lei nº 6.830/80 de maneira bem mais sucinta.

Além disso, conforme Súmula 559 do STJ, em ações de execução fiscal é desnecessária a instrução da petição inicial com a demonstrativo de cálculo do débito, visto que trata-se de requisito não previsto no art. 6º da LEF. Também, de acordo com o referido Tribunal Superior, a petição inicial não pode ser indeferida sob o argumento de falta de indicação do CPF e/ou RG ou CNPJ da parte executada (Súmula 558).

Proposta a execução, a parte executada será citada pelas sucessivas modalidades previstas no art. 8º da LEF. Mais a diante, em tópico próprio, cada uma delas será melhor explicitada.

Citado o(a) devedor(a), como garantia da execução, o executado poderá efetuar depósito em dinheiro; oferecer fiança bancária ou seguro garantia; nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública (art. 9º).

Na hipótese de não ocorrer o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis (art. 10).

Garantida a execução, no prazo de 30 (trinta) dias, a parte poderá apresentar os embargos à execução, no qual poderá alegar qualquer matéria útil a sua defesa, bem como requerer a produção de provas. Destaca-se que a garantia é condição de procedibilidade dos embargos, sem ela eles são inadmitidos. Pelo princípio da especialidade, não se aplica o art. 914 do CPC no qual dispensa a garantia do juízo.

Por oportuno, destaca-se que a Súmula vinculante nº 21 do STF, no qual prevê a inconstitucionalidade da exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo, não infirmou a exigência de garantia do Juízo exigida na LEF ([Rcl 11.750](#), rel. min. Ricardo Lewandowski, dec. monocrática, j. 11-4-2012, *DJE* 72 de 13-4-2012)

Importante destacar que, embora a Lei de Execução fiscal estabeleça os embargos como meio de defesa, os Juízes e Tribunais vêm admitindo a interposição de exceção de pré-executividade para discussão de matérias conhecíveis de ofício e que não demandem dilação probatória. Inclusive tal posicionamento está previsto na Súmula 393 do STJ. Diferente dos embargos, ela se dá no bojo da própria execução.

Por oportuno, registre-se, ainda, que há situações em que a execução não obtém êxito, seja pela impossibilidade de localização do réu, seja pela ausência de bens penhoráveis. Em tais casos, ocorrerá a suspensão da execução pelo prazo máximo de 01 (um) ano, não correndo prescrição, em consonância com o art. 40 da LEF. Após isso, permanecendo o estado anterior, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos, caso que terá início o prazo da prescrição quinquenal intercorrente, em conformidade com a Súmula 314 do STJ.

1. Modalidades de citação

Inicialmente, antes de adentrar nas modalidades de citação previstas na LEF, é importante definir o ato de citação.

De acordo com o art. 238 do CPC/15, "citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual".

Desse modo, citação é meio pelo qual a parte ré toma conhecimento da ação. Trata-se de ato obrigatório, sob pena de nulidade, todavia, o comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação.

Destaca-se, ainda, que, de acordo com a redação atual do art. 8º, § 2, da LEF, e art. 174, I, do CTN, redação dada pela Lei Complementar 118/2005, o despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição. Anteriormente, a interrupção da prescrição ocorria pela citação pessoal feita ao devedor. Logo, verifica-se que a Lei Complementar trouxe um grande avanço ao antecipar o marco interruptivo da prescrição. Isso ocorreu devido às dificuldades para operacionalização da citação do devedor que, na prática, são muitas.

Com o intuito de minimizar os prejuízos aos credores, o STJ também editou a Súmula 106 nos seguintes termos:

Súmula 106 - Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência. (Súmula 106, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/05/1994, DJ 03/06/1994 p. 13885)

Assim, quando a distribuição da execução ocorre dentro do prazo legal, a demora na citação por motivos não imputáveis a parte exequente, afasta a configuração da prescrição.

Acerca das modalidades de citação previstas na LEF, preceitua o art. 8º:

Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;

II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;

III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital;

IV - o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterá, apenas, a indicação da exequente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo.

§ 1º - O executado ausente do País será citado por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias.

§ 2º - O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

Assim, conforme o comando legal, a citação da parte executada poderá ocorrer pelo correio por carta, com aviso de recepção; por Oficial de Justiça, por meio de mandado; e por edital.

Em regra, a citação é efetuada pela via postal, com aviso de recepção. Este é importante para identificar o recebedor da correspondência, bem como para certificar a data da ciência da parte. A exigência do aviso de recepção inclusive consta da Súmula 429 do STJ.

Como nem todos os endereços são atingidos pela entrega domiciliar de correspondência pelos correios, como, por exemplo, nas zonas rurais, nem sempre a citação por carta é possível. Em tais casos, a citação deverá ser feita por mandado.

Quanto à citação por oficial de Justiça, segundo a Súmula 190 do STJ, na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre a Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça. Por outro lado, na Justiça Federal tal exigência não se faz presente.

No cumprimento do seu mister, o oficial de justiça, por ser um auxiliar do Juízo (art. 149 do CPC), possui fé pública, capaz de atestar a validade e veracidade do ato cumprido. Com base na sua certidão, inclusive legitima-se o redirecionamento da execução fiscal nas hipóteses de dissolução irregular, com base na Súmula 435 do STJ.

Embora "o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente" (Súmula 430 do STJ), entende-se que presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Na sequência, sobre a citação por edital, a Súmula 414 do STJ preceitua que "a citação por edital é cabível quando frustradas as demais modalidades.

Além disso, o artigo 8º, § 2º, da LEF, estabelece que o executado que não estiver presente no país será citado por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias. Nesse passo, no caso de ausência do devedor do território brasileiro, quando comprovado o domicílio fora do país, a citação será efetuada diretamente por edital, sendo dispensada a expedição de carta rogatória. Tudo isso com o objetivo de garantir maior celeridade ao desenrolar do processo de execução fiscal, visto que uma carta rogatória, pelos trâmites burocráticos, pode demorar anos para ser cumprida.

Por oportuno, destaca-se que, apesar da LEF estabelecer uma ordem sucessiva das modalidades de citação, ela outorga faculdade à Fazenda Pública de requerer, expressamente na petição inicial, a citação de outro modo a depender da análise das circunstâncias do caso concreto.

Portanto, a citação é ato imprescindível para validade do processo. Todas as modalidades possuem a mesma finalidade, qual seja: assegurar o conhecimento do devedor da execução contra ele proposta com o fito de pagar a dívida ou garantir a execução.

2. Da Dispensa da pessoalidade na citação da execução fiscal: citação por carta

Conforme exposto acima no art. 8º, incisos I e II, da LEF, a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, e considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado.

Assim, pela exegese da norma, dispensa-se a entrega pessoalmente ao citando. Considera-se, portanto, válida a citação entregue no domicílio fiscal do devedor, mesmo que a assinatura aposta no aviso de recepção não seja sua.

Verifica-se que a LEF, ao dispor deste modo, seguiu a mesma linha do Decreto nº 70.235/1972, que ao tratar do processo administrativo fiscal, também prevê a intimação por via postal com prova do simples recebimento no domicílio eleito pelo sujeito passivo.

Por outro lado, os Códigos de Processo Civil, seja de 1973, seja de 2015, trouxeram regras diferentes, pois ambos os diplomas exigiram que a citação fosse recebida em mãos próprias pelo próprio citando (art. 248, § 1º, do CPC/15). Como a LEF possui regra própria quanto ao ponto, não é aplicável as disposições relativas ao CPC quanto à questão, por ser incompatível.

O STJ corrobora do entendimento exarado na LEF, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POSTAL. ENTREGA NO ENDEREÇO DO EXECUTADO. VALIDADE. CITAÇÃO POR EDITAL. DESCABIMENTO. FGTS. REDIRECIONAMENTO. DÍVIDA NÃO-TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 135, III, DO CTN.

1. Nos termos do art. 8º, inciso I, da Lei de Execuções Fiscais, para o aperfeiçoamento da citação, basta que seja entregue a carta citatória no endereço do executado, colhendo o carteiro o ciente de quem a recebeu, ainda que seja outra pessoa, que não o próprio citando.

2. Somente quando não lograr êxito na via postal e for frustrada a localização do executado por oficial de justiça, fica o credor autorizado a utilizar-se da citação por edital, conforme disposto no art. 8º, inciso III, da citada Lei de Execuções Fiscais.

[...]

(REsp 702392 / RS. Primeira Turma. Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Data de Julgamento: 09/08/2005)

Ressalte-se que a própria LEF, com o intuito de evitar qualquer prejuízo a defesa do executado, estabelece no seu art. 12, § 3º, que a intimação da penhora será feita pessoalmente ao executado se, na citação feita pelo correio, o aviso de recepção não contiver a assinatura do próprio executado, ou de seu representante legal.

Nesse diapasão, não há qualquer prejuízo à defesa do executado, visto que seja no momento da citação ou da intimação da penhora, uma delas a lei exige que seja pessoal.

Portanto, para o aperfeiçoamento da citação postal, basta que a carta citatória seja entregue no endereço do executado, colhendo o carteiro o ciente de quem a recebeu, ainda que seja outra pessoa, que não o próprio citando.

3. Considerações Finais

Verifica-se que o processo de execução tem por objetivo a satisfação do direito do credor. Como a execução fiscal busca a satisfação de créditos públicos necessários à concretização de políticas públicas, ele é dotado de maiores garantias com o intuito de tornar mais efetiva a sua cobrança.

Apesar de a LEF prever três modalidades de citação (postal, mandado e edital), o seu objetivo é o mesmo: dar conhecimento ao executado da demanda contra ele proposta para que pague o débito ou garanta a execução.

Dentre as modalidades de citação, pelo princípio da economicidade, em regra, adota-se a citação postal, para evitar o dispêndio com o pagamento de despesas com oficial de justiça. Outra regra importante que facilita o seu uso é a dispensa da pessoalidade no recebimento da correspondência, visto que a LEF prevê que a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado.

Além disso, o STJ tem entendimento pacífico de que, para a validade da citação postal na execução fiscal, basta a entrega da carta no domicílio fiscal do executado, visto que cabe a este manter os seus dados cadastrais atualizados perante os órgãos competentes.

Portanto, tais garantias asseguradas à execução fiscal não são privilégios, mais meios necessários de garantir maior efetividade na prestação judicial e recuperação dos créditos tributários e não tributários aos cofres públicos, tudo isso para garantir a efetivação das políticas públicas de interesse coletivo.

4. Referências

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 3 ed. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm
>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972**. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm> Acesso em: 23 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 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: 23 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em: 23 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm> Acesso em: 15 de junho de 2018.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 18 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: Acesso em: 10 de junho de 2018.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. **São Paulo (SP): Saraiva 2013.**

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil.** 13ª. Edição. Rio de Janeiro (RJ): Lúmen Júris, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário.** 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROCHA, Roberval. **Direito Tributário.** 3ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 702.292 - RS.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 05 de junho de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Enunciados de Súmulas**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/S>

[CON/sumulas/enunciados.jsp](http://www.stj.jus.br/S/CON/sumulas/enunciados.jsp)> Acesso em 05 de junho de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante nº 21**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1255>>. Acesso em 06 de junho de 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 47ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2005.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ENSINO RELIGIOSO CONFSSIONAL NAS ESCOLAS PÚBLICAS

ADRIELLE SCARLETT DOS SANTOS SILVA:

Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Salesiana do Nordeste.

ROBERTA MAROPO

Orientadora

RESUMO: O presente trabalho visa a reflexão de que o ensino religioso confessional, adotado por alguns Estados, fere a normativa do Estado leigo, instituído desde a proclamação da República, através do Decreto 119-A. Na atual Constituição, é o artigo 19 que veda o embaraço dos entes federativos com religiões. Regulado no artigo 210, § 1º, da Constituição Federal, o ensino religioso é de caráter facultativo e, embora não especifique como deve se dar o ensino nas escolas públicas, basta uma leitura consoante com o artigo 19 para concluir que a forma que não promove a confusão entre Estado e a religião, corresponde à promoção da disciplina da história das religiões. Será abordado a história do ensino religioso no Brasil, como se deu a separação entre o Estado e a Igreja, bem como repercutiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade oposta ao ensino religioso confessional e interconfessional nas escolas públicas, cujo a negativa do provimento resultou no Projeto de Lei 9208, que tem como fito a regulamentação do ensino religioso nas escolas públicas, retirando o ensino confessional. O método utilizado para a confecção do presente trabalho foi a partir de pesquisas de Leis, artigos científicos, doutrinas e sites.

Palavras-chave: Laicidade. Ensino religioso confessional nas escolas públicas.

ABSTRACT: The present work aims at the reflection that the denominational religious teaching, adopted by some States, violates the normative of the lay state, instituted since the proclamation of the Republic, through Decree 119-A. In the current Constitution, it is article 19 that prohibits the embarrassment of federal entities with religions. Regulated in article 210, paragraph 1, of the Federal Constitution, religious education is optional and, although it does not specify how education should be given in public schools, a reading according to article 19 is sufficient to conclude that the form that does not promote the confusion between State and religion, corresponds to the promotion of the discipline of the history of religions. The history of religious education in Brazil

will be approached, as was the separation between the State and the Church, as well as the Direct Action of Unconstitutionality as opposed to the confessional and interfaith religious teaching in public schools, whose negative result resulted in the Project of Law 9208, which has as its aim the regulation of religious education in public schools, withdrawing the denominational teaching. The method used for the preparation of the present work was based on researches of Laws, scientific articles, doctrines and sites.

Keywords: Laicity. Confessional religious teaching in public schools.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 BREVE HISTÓRICO DA EDUCAÇÃO RELIGIOSA NO BRASIL. 2.1 Brasil Colônia e o ensino religioso. 2.2 A primeira constituição e o ensino religioso no Império. 2.3 O ensino religioso no período da República até o Regime Militar. 2.4 Instituições privadas confessionais. 3 O ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. 3.1 Lei de bases e diretrizes. 3.2 Ensino interconfessional. 3.3 Ensino confessional. 4 LAICIDADE. 4.1 Laicidade e secularização: abordagem conceitual. 4.2 Concordata Brasil e a Santa Sé: Laicidade em xeque. 4.3 Laicidade e a CF/88 frente ao ensino religioso confessional ofertado nas escolas públicas. 5 OPOSIÇÕES AO ENSINO RELIGIOSO CONFSSIONAL E SUAS REPERCUSSÕES. 5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela PGR. 5.1.2 Quadro comparativo dos votos dos ministros do STF e uma breve análise dos votos que negaram provimento à ADI. 5.3 Projeto de Lei 9208/2017. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O ensino religioso está presente desde que o Brasil foi invadido por Portugal. A relação que Portugal mantinha com a igreja refletiu no solo brasileiro, o que resultou na confusão por tantos séculos entre o Estado do Brasil e a igreja. Com o período Imperial, essa relação fora positivada visto que o catolicismo passou a ser a religião oficial do Estado. Entretanto, no período em que se declarou a proclamação da República, com a influência dos ideais da Revolução Francesa, tal união foi rompida.

As constituições que surgiram depois da proclamação da República, seguiram reafirmando a separação do Estado e a igreja. Contudo, enquanto até o período monárquico o ensino religioso com investimento do Estado, ocorria

por meio da catequese, através dos padres jesuítas, com a era da República, o ensino religioso continuou a ser previsto, mas, passou a ser conforme o Estado: leigo, sem interferência religiosa.

Nem mesmo com o período do Regime Militar, marcado pela repressão, o ensino religioso deixou de ser permitido.

Promulgada em 1988, a atual constituição veda o embaraço entre os entes federativos e religiões, inibindo que estes ofereçam cultos de crenças de forma que não haja nenhuma relação de aliança – a qual era tal comum até o período Imperial. Entretanto, o ensino religioso, de matrícula facultativa, também é previsto.

Responsável por ditar as diretrizes da educação nacional, a Lei 9.394/96 estabelece que os municípios e os Estados têm a liberdade de escolha no tocante a organização do sistema do ensino escolar. Neste sentido, o artigo 33 preceitua:

O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

Ocorre que, os Estados interpretam a Lei de diretrizes e bases da educação nacional de maneira equívoca, visto que o final do disposto no artigo 33, deixa claro a vedação de proselitismo nas escolas públicas, o que não ocorre. E o mais preocupante: não se analisa a Lei de bases e diretrizes consoante à constituição, a qual veda veementemente qualquer mistura que possa ocorrer entre os entes federativos e a religião.

O presente trabalho tem como fito demonstrar que o ensino religioso na modalidade confessional, ofertado nas escolas públicas, fere a Carta Maior, mesmo que com respaldo do STF, o qual negou provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela Procuradoria Geral da República, com o intento de cessar as práticas que ocorrem em algumas salas de aulas, as quais ferem a constituição.

O segundo capítulo abordará brevemente a história do ensino religioso no Brasil. Serão analisadas como as várias constituições abordavam a questão do ensino religioso.

No terceiro capítulo será abordado o ensino religioso nas escolas públicas, o qual se configura nas formas confessional, interconfessional e acerca da história das religiões.

O quarto capítulo versará de como a rompeu-se o elo entre o Estado e a Igreja, resultando na laicidade, a qual fora positivada desde o decreto 119-A, pelo então chefe do governo provisório. Também será levantado a questão do acordo do Brasil e a Santa Sé e, o ensino religioso confessional ofertado nas escolas públicas versus a Constituição Federal.

No quinto e último capítulo, será abordado a repercussão que teve a ação direta de inconstitucionalidade nº 4439, movida pela procuradoria geral da República, oposta ao ensino religioso confessional e interconfessional, bem como o projeto de Lei 9208/2017, que busca alcançar o sucesso que a ADI 4439 não obteve.

2. BREVE HISTÓRICO DA EDUCAÇÃO RELIGIOSA NO BRASIL

Antes adentrar sobre o atual modelo religioso ofertado nas escolas públicas, faz-se necessário uma abordagem histórica a fim de se compreender o liame entre o Estado e a religião, que está presente desde a invasão portuguesa ao solo brasileiro. O estudo histórico acerca da educação religiosa no Brasil perpassará dentre as formas de Estado que este país já teve, demonstrando como as diversas constituições se comportavam com a religião e o ensino religioso, para se entender de como essa relação influencia a educação ofertada pelo governo até os dias atuais.

2.1 Brasil colônia e o ensino religioso

Segundo Laercio Dias (2000), “à época da descoberta do Brasil, vigorava em Portugal uma estreita união entre a Igreja e o Estado caracterizada pelo regime do padroado, pelo qual a Santa Sé outorgou à Coroa portuguesa certo grau de controle da Igreja nacional”, assim sendo, as invasões eram feitas para aumentar o poder do império e propagar a fé católica:

Neste modelo, caberia a essas estruturas tornar o homem cristão, e não o contrário. Este é um dos motivos que fundamentam o envolvimento da Igreja com a educação já naquela época. Era de grande interesse da

Igreja se integrar no maior número possível de estruturas, em virtude principalmente de ser a maioria delas também relacionada com o Estado (DIAS, 2000, p.19)

A embarcação portuguesa com destino à Índia, e que por acaso aportou no Brasil, contava com franciscanos, o que reafirma que o intento de explorar outros territórios estava em conformidade ao de propagar o catolicismo.

Em 1549, alguns anos após a chegada dos primeiros portugueses, com a vinda do primeiro governador-geral do Brasil, aportaram também os jesuítas, a fim de porem em prática os interesses comuns do Estado e da igreja.

O advento dos jesuítas no Brasil exemplifica que o padroado, a proteção que o estado deveria promover à Igreja, havia sido incorporado também em solo brasileiro.

A Igreja delegava aos monarcas dos reinos ibéricos a administração e a organização da Igreja Católica em seus domínios. O rei mandava construir igrejas, nomeava os padres e os bispos, sendo estes depois aprovados pelo Papa [...] Com a criação do Padroado, muitas das atividades características da Igreja Católica eram, na verdade, funções do poder político (OLIVEIRA, 2008, p. 11).

Nessa égide que mais tarde seria promulgada a primeira carta imperial, positivando, por conseguinte, os interesses da igreja, que mesmo submissa eram desempenhados pelo Estado.

A igreja tinha como dever comum dominar os habitantes do território brasileiro, doutrinando os índios religiosa, cultural e politicamente. Difundindo assim, a fé para os colonizados. No mesmo ano que ancoraram os jesuítas no Brasil, o padre Manuel da Nóbrega fundou em Salvador a primeira escola, que tinha como objetivo a catequese e a alfabetização.

O Ensino Religioso é efetivado como cristianização por delegação pontifícia, justificativa do poder estabelecido. Compreendido como ensino da religião, é questão de cumprimento dos acordos entre a Igreja

Católica e o Monarca de Portugal, em decorrência do regime do Padroado. Além do método de doutrinação empregado, o mesmo ensino, compreendido como catequese, tem um caráter disciplinador imposto a todo o tipo de evangelização. Visa à conquista de índios e negros aos novos esquemas civilizatórios e sua conseqüente adesão ao catolicismo. (FIGUEIREDO, 1996, p.9)

Com a vinda dos padres jesuítas, membros da companhia de Jesus^[11], dos quais é possível destacar o padre José de Anchieta, responsável pela catequese dos índios em São Paulo, e o padre Manoel da Nóbrega, o qual fundou em 1549, a primeira escola do Brasil, situada em Salvador. Os padres jesuítas entendiam que era impossível propagar a fé cristã sem alfabetizar, portanto, o objetivo da alfabetização era elemento de um alvo maior: a catequese.

“O termo catequese é comum na pastoral da Igreja Católica, geralmente significando o período de formação voltado aos sacramentos, especialmente à Primeira Eucaristia e ao Crisma”^[12].

Começando pelo aprendizado do português, incluía o ensino da doutrina cristã, a escola de ler e escrever. Daí em diante, continua, em caráter opcional, o ensino de canto orfeônico e de música instrumental, e uma bifurcação tendo em um dos lados, o aprendizado profissional e agrícola e, de outro, aula de gramática e viagem de estudos à Europa. (RIBEIRO, *apud* NETO e BOMURA, *online*, 2008)

Antes de serem catequizados de forma brutal, os índios possuíam suas próprias crenças, sua própria cultura. Com a ambição dos fanáticos religiosos em espalhar sua fé, os que se negavam a deixar de lado seus costumes eram perseguidos e até mortos.

O documento mais importante do período colonial acerca da educação religiosa, refere-se às “Constituições do Arcebispado da Bahia”^[13], consiste em propostas cujo foram aceitas no sínodo diocesano em 12 de junho de 1707,

abordava como deveria se dar o ensino religioso, e que a catequese dos escravos era de responsabilidade dos proprietários exploradores.

2.2 A primeira constituição, a positivação do catolicismo como religião oficial da monarquia, e o ensino religioso no Império

Instaurado em 1822 pós independência de Portugal^[4], o Brasil passou a ter um regime monárquico, sendo governado pelo imperador D. Pedro I.

A proteção à igreja outorgada ao Estado a partir do Rei, fez com que a relação, já consolidada no período colonial, fosse positivada na primeira carta imperial, em um Estado que conquistara recentemente a sua independência.

Outorgada por D. Pedro I, a constituição do Império, instituída em 1824, estabelecia a forma de governo monárquico hereditário, constitucional, representativo, e dividido em quatro poderes o poder político.

Nesse período era obrigatório que os civis servissem publicamente a apenas um dogma. Não existia liberdade religiosa, mas sim imposição católica.

O artigo 5º previa que "a religião catholica apostolica romana continuará a ser a religião do imperio. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do templo". Era possível ser adepto a outras religiões que não a oficial, mas a forma permitida se restringia a cultos particulares. Enquanto os católicos podiam cultuar em qualquer lugar que fosse, aos demais era reservado o culto contido, restrito a locais particulares.

Positivado como a religião oficial do Estado monárquico, fez com que o aspecto da doutrinação religiosa não sofresse alteração em comparação ao período anterior. Os educadores ainda eram os padres e o objetivo continuava sendo a catequização.

A carta imperial era um instrumento que traduzia a relação Estado-igreja, a positivação dessa união. Uma forma de demonstrar aos brasileiros que a função de proteger a igreja, estava sendo exercida com êxito. Em umas de suas cartas, o padre António Vieira falava das conquistas da religião no território brasileiro, bem como as funções dos portugueses e brasileiros, no tocante a fé:

“os outros cristãos têm obrigação de crer a fé: o português tem obrigação de a crer e mais de a propagar” (VIEIRA, *apud* MELLO, *online*, 1986).

Segundo Laura Mello (1986), “os portugueses se imbuíram sinceramente de seu papel missionário”. Decerto que o ‘papel missionário’, descrito por Laura de Mello, foi bem desempenhado pela coroa portuguesa, a partir da catequese dos índios e negros trazidos ao país.

2.3 O ensino religioso no período da República até o Regime Militar

“No final do século XIX, embates com religiosos, questões sociais, como a escravidão, e crise na relação com os militares enfraqueceram o apoio ao império de Dom Pedro II e iniciaram os eventos que culminaram na proclamação da República”.^[5]

Nesse sentido que em 1889, com influências positivistas e liberais, que a república fora proclamada. E em 1890, o então chefe do governo provisório, assinou o decreto 119-A, o qual contrapunha a carta imperial; enquanto a constituição de 1824 limitava a liberdade do culto ao domicílio, aos adeptos de religiões não católicas, o decreto determinava em seu artigo 2º, a liberdade de expor a religião em espaços públicos: “a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto”.

O decreto deu o pontapé inicial para que o Estado fosse considerado laico, a ementa do decreto previa a separação do que até então estava coadunado: “prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias”.

Não obstante a liberdade de crença já existisse no Brasil, mas ainda não era assegurada a liberdade de culto. Tal liberdade era garantida apenas aos que confessassem o catolicismo como sua religião. Às demais religiões era reservado o culto contido, em locais fechados.

Enquanto a carta imperial fazia distinção de cidadãos, impondo entre outras a condição de que fossem católicos para que pudessem votar e ser votado, o Decreto 119-A, já em seu artigo 1º, proibia essa distinção:

E' prohibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear diferenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.

A descrição do decreto já determinava o fim do padroado, imposto no período colonial. Como fora falado noutro momento, o padroado consistia no Estado proteger a Igreja, fazendo com que ambos seguissem juntos seus propósitos. O decreto, por sua vez, vedou que o Estado dispusesse de leis que privilegiasse religiões.

Promulgada em 1891, a constituição da República estabeleceu o modelo federativo e presidencialista, estendendo o voto ao chefe do executivo – que só era passível aos deputados no período imperial. A carta da República reafirmou o decreto 119-A no tocante à separação da religião e Estado, pôs fim às instituições monárquicas, bem como definiu a separação entre os três poderes^[6].

O artigo 72, § 6º estabelecia que “será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”. Enquanto no período imperial era permitida a doutrinação religiosa, a constituição previa expressamente a separação da religião do ensino em estabelecimentos públicos.

Com o golpe do exército, Getúlio Vargas assumiu o governo provisório em 1930. Pouco tempo depois à sua ascensão ao cargo, mais precisamente, em 31 de abril de 1931, estabeleceu o Decreto 19.941, que regulamentava o ensino religioso nas escolas públicas. *In verbis*:

Art. 1º Fica facultado, nos estabelecimentos de instrução primária, secundária e normal, o ensino da religião.

Art. 2º Da assistência às aulas de religião haverá dispensa para os alunos cujos pais ou tutores, no ato da matrícula, a requererem.

[...]

Art. 4º A organização dos programas do ensino religioso e a escolha dos livros de texto ficam a cargo dos ministros do respectivo culto, cujas comunicações, a este respeito, serão transmitidas às autoridades escolares interessadas.

[...]

Art. 6º Os professores de instrução religiosa serão designados pelas autoridades do culto a que se referir o ensino ministrado.

Art. 7º Os horários escolares deverão ser organizados de modo que permitam os alunos o cumprimento exato de seus deveres religiosos.

Art. 8º A instrução religiosa deverá ser ministrada de maneira a não prejudicar o horário das aulas das demais matérias do curso.

Oposto do que fora positivado na CR/1891 no tocante à proibição do ensino religioso nas escolas públicas, o decreto do chefe do executivo discorria na contramão, estabelecendo que o ensino deveria ser ofertado - de caráter facultativo, conforme demonstram os artigos 1º e 2º. A escolha do professor do ensino religioso passou a ser de acordo com a religião ofertada. O conteúdo, bem como o material religioso, competia ao educador escolher.

Em 1934 foi instituída a constituição da segunda República, a qual previa no artigo 153, acerca do ensino religioso, a seguinte disposição:

O ensino religioso será de freqüência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis

e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.

O dispositivo reafirmava o que fora previsto via decreto no tocante à facultatividade nas aulas religiosas e, que o culto na sala de aula, seria conforme a orientação religiosa dos pais do aluno.

Promulgada em 1937, a constituição do Estado Novo também fazia alusão ao ensino religioso, o qual não sofreu mudança significativa comparado com a constituição anterior. O artigo 133 da então Carta, asseverava que:

O ensino religioso poderá ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Não poderá, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de frequência compulsória por parte dos alunos.

Nota-se que o artigo refirmava o Decreto, porém, indo além da Constituição de 1934, dispondo que nem os professores eram obrigados a passar os dogmas religiosos, nem os alunos coagidos à presença compulsória.

Ao passo que era facultado às escolas optarem por ofertar ou não o ensino religioso, com a Constituição de 1946, promulgada pelo ainda chefe do executivo, Getúlio Vargas, o ensino religioso passou a ser matéria das escolas. O artigo 166, inciso V, possuía a seguinte redação:

O ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável

As constituições promulgadas por Vargas que até então previam que o ensino religioso não afetasse às demais matérias que eram obrigatórias, após a Carta de 1946, o ensino religioso passou a ser parte da grade curricular das escolas.

Em 1961, foi sancionada pelo presidente, João Goulart, a Lei 4.024, que fixava as diretrizes e bases da educação. No que tange ao ER, o artigo 97 asseverava que:

O ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa, e será ministrado sem ônus para os poderes públicos, de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável.

§ 1º A formação de classe para o ensino religioso independe de número mínimo de alunos.

§ 2º O registro dos professores de ensino religioso será realizado perante a autoridade religiosa respectiva.

O dispositivo assegurava que o ensino religioso seria “ministrado sem ônus para os poderes públicos” e que os professores seriam registrados “perante a autoridade religiosa respectiva”, voltando o Estado a ter confusão com a religião.

Por entender que o governo de Jango era comunista, um movimento militar em 1964, com apoio da direita brasileira, desferiu o golpe contra o presidente, destituindo-o do cargo.

Nem mesmo no regime ditatorial, marcado pela repressão à liberdade, o ensino religioso foi proibido. Promulgada em 1967, a Constituição da Ditadura também previa o ensino religioso. O artigo 168, inciso IV regia que: “o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio”.

2.4 Instituições confessionais privadas

Era por meio das instituições privadas que a doutrinação católica era exercida no período colonial, através dos colégios fundados pelos Jesuítas.

Durante a maior parte do período colonial (1500-1759), em razão de um clero secular reduzido, as tarefas da catequese e a do ensino no Brasil ficariam ao encargo

de Ordens Religiosas, sobretudo dos Franciscanos e dos Jesuítas, mas também dos Oratorianos, dos Dominicanos, dos Beneditinos, dos Carmelitas e dos Capuchinhos. Como religiosos, eles tinham suas estruturas próprias, muito mais desenvolvidas, eficazes e autônomas que a do clero secular, constituindo-se em regime de caráter privado, mas que contava com o apoio financeiro do Estado. (ALVES, 2009, *online*)

As instituições pautadas em uma religião específica, tem por base as convicções clericais de determinado credo. A diferença que o Estado deve manter com a religião e Igreja, não se confunde com as escolas mantidas por determinadas religiões. É resguardado à instituição confessional o direito de testemunhar qualquer que seja a sua crença.

Com a influência católica relatada desde o início do presente trabalho, que faz confundir a história do Brasil com o surgimento da igreja, a maioria das instituições confessionais são católicas, a exemplo das Universidades Católicas e as variadas escolas católicas. Há também escolas confessionais protestantes, dentre outras.

Na atual conjuntura, diante da separação Estado-Igreja, que se deu com a proclamação da República, é importante não confundir as instituições privadas que ofertam o ensino religioso confessional, com as escolas ofertadas pela administração pública, visto que as relações privadas não precisam se submeter à laicidade estatal. Ao matricular um aluno na instituição que confessa determinada religião, os pais optam conforme a religião que são adeptos ou por preferirem os princípios religiosos da religião ofertada pela instituição.

3. O ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS

O ensino religioso é previsto na Constituição da República, a qual antevê que “o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, § 1º, da CF).”

A segunda versão da Lei de Diretrizes e bases da educação (9.394/96), em seu artigo 33, § 1º, dispõe que “os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores”, desta feita, os Estados definem livremente como serão ministradas as aulas de cunho religioso. As escolas públicas possuem o ensino interconfessional, confessional e acerca da história das religiões. Ocorrendo apenas nas escolas públicas de São Paulo esta última.

Conquanto a constituição federal prevê que o Estado não deve ter interferência com religião, que deve manter-se neutro e, ainda, dispõe sobre o ensino religioso nas escolas, mas que não faz menção a religião específica em respeito a laicidade do Estado, a prática se revela de maneira oposta.

Diante da laicidade estatal e, da pluralidade religiosa presente no Brasil, resultante da exploração por vastos povos, bem como as religiões trazidas pelos imigrantes, o ensino religioso promovido pelos entes federativos, gera debates. Neste sentido, Cury (1993) alerta:

Em nosso país, o ensino religioso, legalmente aceito como parte dos currículos das escolas oficiais do ensino fundamental, na medida em que envolve a questão da laicidade do Estado, a secularização da cultura, a realidade socioantropológica dos múltiplos credos e a face existencial de cada indivíduo, torna-se uma questão de alta complexidade e de profundo teor polêmico.

A temática torna-se ainda mais polêmica, quando os Estados que, além de adotarem o modelo confessional, admitem os funcionários como representantes de determinadas religiões.

3.1 Lei de bases e diretrizes

A lei nº 9.394/96, é responsável por regulamentar o ensino nacional, dando as diretrizes necessárias. No que diz respeito ao ensino religioso, o artigo 33 da LBD asseverava o seguinte:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas

públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter:

I - confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas; ou

II - interconfessional, resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas, que se responsabilizarão pela elaboração do respectivo programa.

Todavia, com pressões na época, o Conselho Nacional de Educação (CNE) emitiu um parecer CNE nº 05/97, desfavorável a alguns trechos da Lei, visando esclarecê-los. Mesmo com as autoridades católicas tendo se manifestado negativamente contra o parecer, o chefe do executivo, através da Lei 9.475/97, alterou o artigo 33 que passou a ter a seguinte redação:

Art. 33 O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

O caput do dispositivo garante que o ensino religioso deve ser ofertado de caráter facultativo, respeitando a diversidade religiosa e cultural do país e, vedando qualquer forma de proselitismo.

Ou seja, a Lei proíbe que seja praticado nas escolas públicas a catequese, a doutrinação católica, que ocorria no período colonial e imperial, por respeito

às demais religiões, e, acima de tudo, por levar em consideração que a Lei Maior impede a mistura entre Estado e a religião.

Importante destacar o trecho que remete à formação básica do cidadão, atribuindo para tanto, como condição, o ensino religioso: “de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão”, ocorre que a Carta Magna, ao determinar quem é cidadão, as condições, cita os direitos sociais que o indivíduo possui, o direito de votar e ser votado, como condição para cidadania, e não receber ensino religioso. Ao fazer essa referência, a lei discrimina os que porventura optem por não escolher o ensino religioso.

3.2 Ensino interconfessional

Mesmo sendo revogado o trecho que se referia à questão interconfessional, na prática, os Estados escolhem a modalidade de ensino religioso a ser repassado aos alunos entre os modelos confessional, interconfessional, ou acerca das religiões - que é o caso de São Paulo. A maioria dos Estados optam pelo modelo interconfessional.

O ensino interconfessional incide quando o educador promove ao aluno posturas éticas, e princípios doutrinários de certas religiões. Neste sentido Diniz, Lionço e Carrião (2010, p.45) dispõem que:

O objetivo do ensino religioso é a promoção de valores e práticas religiosas em um consenso sobreposto em torno de algumas religiões hegemônicas à sociedade brasileira. É passível de ser ministrado por representantes de comunidades religiosas ou por professores sem filiação religiosa declarada.

“No modelo interconfessional, o Ensino Religioso é ministrado de tal forma que se torna compatível com todas as confissões religiosas, sem levar a doutrinações nem exclusividades. Sem estar limitado aos cristãos, é capaz de atender a todos os grupos religiosos” (FIGUEIREDO, 1995, *apud* DANTAS, 2004).

Tal modelo é adotado pelos Estados de Alagoas, Amapá, Amazonas, Distrito Federal, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, dentre outros.

3.3 Ensino Confessional

Teve início no período colonial, sendo promovido pelos jesuítas em aldeias e igrejas. À época, o interesse dos portugueses explorarem outros territórios era consoante ao de propagar a fé católica nas regiões invadidas, em razão disto, era obrigatório a promoção da doutrinação católica em território brasileiro. Tão logo começou a exploração, principiou também a dominação social por meio da catequese.

Como o § 1º do artigo 210 da CF, que estabelece a facultatividade da matrícula do ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental, não possui interpretação consoante ao artigo 19 também da Carta Maior, o qual veda expressamente a confusão entre Estado-igreja, determinando a laicidade do Estado, os entes ferem radicalmente a normativa leiga, optando por estabelecer cultos religiosos nas escolas públicas por meio do ensino confessional.

Segundo Diniz e Carrião (2010), é possível definir o objetivo do ensino confessional como “a promoção de uma ou mais confissões religiosas. O ensino religioso é clerical e, de preferência, ministrado por um representante de comunidades religiosas. É o caso de Acre, Bahia, Ceará e Rio de Janeiro”.

Para que se possa obter maiores informações de como o ensino confessional se configura nos Estados que aderem ao referido modelo, alguns Estados confessionais serão objetos de estudo, sendo o caso do Rio de Janeiro, Bahia e Ceará.

As Leis estaduais reproduzem a ideia de que o ER é parte integrante da formação básica do cidadão, como será visto a seguir. Com relação ao que dispõe o artigo 33 da LDB, e a prática confessional, Carneiro (2010, p. 10, *apud* RANQUETAT, 2008, *online*) dispõe que:

Talvez esteja se impondo de forma difusa para certos segmentos populares, a partir de uma cultura religiosa que adquire cada vez mais importância na esfera pública, a ideia de que a religião seja a mais importante, ou talvez única fonte de moralidade existente na sociedade capaz

de garantir o comportamento correto dos indivíduos na esfera pública

O ensino religioso no Estado do Rio de Janeiro passou a ser regulamentado em 2000, com a Lei 3459 que dispôs sobre o ensino confessional nas escolas públicas. A interpretação mais recente acerca da instrução religiosa confessional no Estado do Rio de Janeiro é proveniente do Decreto 31.086/02, cujo artigo 1º assevera que:

As unidades escolares da Rede Pública Estadual de Ensino incluirão, obrigatoriamente, o ensino religioso, de matrícula facultativa, nos horários normais de todas as séries da educação básica, sendo disponível de forma confessional, de acordo com as preferências manifestadas pelos responsáveis legais ou pelos próprios alunos, a partir de dezesseis anos, inclusive assegurando o respeito à diversidade cultural e religiosa, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

E como exigência para a admissão de professores, o artigo 2º determina:

Só poderão ministrar aulas de Ensino Religioso nas escolas da Rede Pública Estadual de Ensino professores que:

I – pertençam ao quadro permanente do Magistério Público Estadual;

II – tenham sido credenciados pela autoridade religiosa competente, que deverá exigir do professor formação religiosa obtida em instituição por ela mantida ou reconhecida;

As “orientações básicas para o ensino religioso nas escolas estaduais” divulgadas pela Secretaria de Educação do Estado Rio de Janeiro, estabelece dentre várias normativas, a que o ensino religioso na rede pública do RJ “é parte integrante da formação do cidadão; tem conteúdo estabelecido pelas autoridades religiosas com apoio total do Estado; terá professores para os credos credenciados ou que venham a ser credenciados, conforme a demanda,

em número suficiente, ficando autorizada a abertura de concurso público para tal fim”.

A demanda que trata a secretaria de Educação diz respeito ao índice de adeptos religiosos no Estado. A distribuição das vagas bem como as religiões a serem cultuadas nas salas de aula, dependem dos maiores índices de fiéis no Estado. Levando em consideração a diversidade religiosa da população brasileira, afirmado a partir do levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística do Brasil, em 2010, a religiões maioritárias em número de fiéis são privilegiadas em consideração às demais.

A Lei 7.945 regulamenta o ER confessional nas escolas públicas do Estado da Bahia. O § 1º do artigo 1º aborda a facultatividade da disciplina e estabelece a modalidade: “a disciplina instituída por esta Lei é de matrícula facultativa, sendo disponível na forma confessional pluralista, assegurado o respeito à diversidade cultural e religiosa, vedadas quaisquer formas de proselitismo”.

O artigo 2º da referida Lei, que mais parece uma cópia do também artigo 2º da Lei que regula o ensino no Estado do Rio de Janeiro, estabelece que para a admissão dos professores, é necessário “ter formação específica, comprovada por certificado fornecido pela respectiva Igreja ou entidade por ela mantida ou credenciada”.

No Estado do Ceará, cujo modelo de ensino religioso também se mostra na forma confessional, a Resolução 404/2005 trata da disciplina religiosa nos ambientes públicos escolares. O artigo 1º assevera:

O Ensino Religioso, como parte integrante da formação do cidadão, constitui disciplina obrigatória do currículo das séries do ensino fundamental das escolas da rede pública do Sistema de Ensino do Estado do Ceará.

§ 1º - A disciplina Ensino Religioso deverá estar incluída no projeto pedagógico da escola e descrita em sua organização curricular.

§ 2º - Os conteúdos do componente curricular Ensino Religioso serão fixados pela escola, de acordo com o seu

projeto pedagógico, cumpridas as diretrizes curriculares nacionais e com base em parâmetros curriculares estabelecidos sob a coordenação da Secretaria da Educação Básica do Estado, desde que seja respeitado o que dispõe o artigo 3º desta Resolução.

§ 3º - A escola fará constar, de sua programação oficial, horário normal e compatível com a ministração do ensino religioso, pelo menos uma vez por semana, e destinará espaço adequado para essa finalidade.

§ 4º - O aluno que, por si, se maior de idade, ou por seus pais ou seu representante legal, quando menor, no ato da matrícula e mediante documento, optar por não querer freqüentar a aula de Ensino Religioso, deverá participar, na hora a ela reservada, de aulas ou atividades com conteúdos que complementem a formação básica do cidadão, programadas pela escola, com registro de freqüência válida para a integralização da carga horária mínima anual, estabelecida na lei, para aprovação.

Embora não fixe claramente o modelo utilizado nas escolas, ao observar os critérios que habilitam os professores para lecionarem a doutrinação religiosa, resta evidente que o modelo aqui adotado é o confessional.

Art. 4º – Estarão plenamente habilitados para o Ensino Religioso, em qualquer das séries do ensino fundamental, os portadores de diploma de Licenciatura Plena em Ciências da Religião com habilitação em Ensino Religioso, obtido em curso regularmente reconhecido.

Art. 5º – Na falta de docente habilitado, na forma do artigo anterior, o Ensino Religioso poderá ser ministrado, supletivamente:

I – nas séries iniciais do Ensino Fundamental, por professor que comprove as duas exigências abaixo:

a – a formação religiosa, obtida em curso oferecido por instituição religiosa, que observe os aspectos formais

das diretrizes curriculares, estabelecidas pela Resolução CEC nº 351/98, justificada pelo Parecer nº 0997/98 que aprovou os parâmetros curriculares propostos pelo Conselho de Orientação do Ensino Religioso do Ceará – CONOERCE, e pelas diretrizes do Conselho Nacional de Educação – CNE para os cursos regulares de graduação plena, excluídos os aspectos relativos a conteúdos curriculares contidos nos documentos citados; e

b – a conclusão do Curso Normal Médio ou o Normal Superior reconhecido, ou um curso reconhecido de Pedagogia ou qualquer outro, reconhecido de formação de professores que, igualmente, habilite para o magistério das séries iniciais do ensino fundamental.

II – nas séries finais do Ensino Fundamental, por docente que apresente a formação religiosa obtida em curso de graduação reconhecido e seja habilitado por Programa Especial de Formação Pedagógica, voltado para o Ensino Religioso, regulamentado pela Resolução nº 02/1997 do CNE/CEB ou por legislação sucedânea sobre a espécie, oferecido por instituição de ensino credenciada;

O § 1º do artigo 5º enfatiza que a entidade a qual foi responsável pela formação religiosa tem a liberdade na grade curricular: “a entidade responsável pela formação religiosa, de que trata este artigo, terá liberdade de organização curricular”.

O ensino confessional, conforme disposição expressa, é de acordo com a religião dos pais do aluno, entretanto, uma reportagem da revista *Época* que teve como título “Jesus vai à escola”^[7], aborda a realidade da maioria das escolas públicas, que, antes do início das aulas, os alunos são “acolhidos” por uma oração/reza obrigatória. Questionadas, as professoras afirmaram que buscam no ensino religioso passar valores para que as crianças melhorem de comportamento. Ao ser entrevistada, a professora Roseli Fischmann, que leciona na USP, fez a seguinte indagação: ‘Na cabeça da criança, as noções de ética, direito e respeito não podem estar vinculadas a um Deus. Senão, o que vai acontecer se ela brigar com um colega que tem um Deus diferente do dela? Ou se, um dia, questionar sua religião?’ Ou seja, mesmo o aluno que é adepto

do candomblé é obrigado a estar presente enquanto os professores confessam uníssona religião, em um ambiente público, ofertado pelo governo. Destaca-se que, até mesmo nos Estados que não se configuram confessionais, mediante Lei, as orações são praticadas.

4. LAICIDADE

Com o advento de outras religiões, surgiram movimentos idealizando a convivência pacífica das crenças, bem como conflitos impulsionando fortemente que o Estado fosse separado da igreja. É possível citar dois acordos importantes nesse sentido: a paz de Augusta e a paz de Vestefália. O primeiro, acordado em 1555, teve sancionado o reconhecimento do princípio da liberdade, que cada líder teria ao escolher para si e para os súditos a religião oficial. Enquanto o segundo tratado, acordado em 1648, pôs fim à guerra religiosa que perdurou trinta anos. Assegurado no acordo que a Sé romana ficaria impedida de intrometer-se nos assuntos religiosos da Alemanha.

No Brasil, no período Imperial, quando o Estado andava lado a lado com a religião, só teria o direito de votar e ser votado quem confessasse o catolicismo como sua crença, como dispunha o artigo 95, inciso III, da CPID de 1824: “todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se [...] Os que não professarem a Religião do Estado”.

A separação Estado se deu com a proclamação da República, em 1889. Enquanto a constituição de 1824 tinha no catolicismo a religião oficial, o decreto 119-A, o qual teve influência na Revolução Francesa, das ideias positivistas que marcaram a referida revolução, pôs fim ao liame entre o Estado e a igreja, bem como instituiu a liberdade de culto às demais religiões. As demais Constituições seguiram reproduzindo asseverando a separação entre Estado e religião.

4.1 Laicidade e secularização: abordagem conceitual

A expressão laicidade deriva do termo laico, leigo. Etimologicamente, laico se origina do grego primitivo *laós*, que significa povo ou gente do povo. De *laós* deriva a palavra grega *laikós* de onde surgiu o termo latino *laicus*. Os termos laico, leigo exprimem uma oposição ao religioso, àquilo que é clerical

(CATROGA, 2006 *apud* RANQUETAT, 2008, *online*). Ou seja, a separação da religiosidade e do Estado, bem como da esfera pública.

O termo surgiu por força da Revolução Francesa, na qual os que não eram adeptos do catolicismo procuravam emancipar-se da igreja e suas imposições, nas questões civis e políticas. Buscavam que a religião não possuísse relação nas questões do Estado.

De acordo com Huaco (2008), "o princípio da laicidade também é facilmente confundido com o processo de secularização de uma sociedade. A secularização é um processo social no qual a religião perde influência sobre a sociedade".

Segundo Cury (2004), "a secularização é um processo social em que os indivíduos ou grupos sociais vão se distanciando de normas religiosas quanto ao ciclo do tempo, quanto a regras e costumes mesmo com relação à definição última de valores".

Portanto, a laicidade não pode ser confundida com a secularização, visto que a primeira se refere à relação religiosa com o Estado, e a segunda refere-se no processo onde há um afastamento da sociedade, das influências religiosas

No Brasil, onde a diversidade religiosa é gritante, embora o Estado seja laico, a influência religiosa é refletida através das Leis e atos jurídicos. Neste sentido, de acordo com Costa (2008) "reafirma-se a laicidade como princípio garantidor da liberdade religiosa visto que em uma sociedade religiosa ou pouco secularizada é exatamente a instituição do Estado laico que assegura o exercício da liberdade religiosa".

4.2 Concordata Brasil e a Santa Sé: Laicidade em xeque

Aos 13 de novembro de 2008, o então chefe do executivo celebrou concordata com a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja católica no Brasil, aprovado pelo Senado, e promulgado em 11 de fevereiro de 2010 pelo presidente através do Decreto 7.107/2010, composta por vinte artigos que "tratam de diferentes assuntos, dentre os quais os seguintes: organização e personalidade jurídica das instituições eclesiásticas; imunidades, isenções e

benefícios fiscais; patrimônio cultural; casamento; regime trabalhista de religiosos” (CUNHA, 2009, *online*)

O acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé traz à tona tão somente o privilégio que a igreja católica sempre teve, conforme demonstrado desde o início do presente trabalho.

O preâmbulo da Concórdia remete à união da igreja e o Estado: “[...] considerando as relações históricas entre a Igreja Católica e o Brasil e suas respectivas responsabilidades a serviço da sociedade e do bem integral da pessoa humana”.

Valendo-se dessa relação, que fora instituído no acordo o “ensino religioso, católico e de outras confissões”, o parágrafo §1º do artigo 11, do Decreto 7.107/10, dispõe que:

§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

Ressalta-se, todavia, que o referido dispositivo fere o texto constitucional, previsto no artigo 19, o qual veda a interferência dos entes federativos com religiões, impedindo qualquer espécie de dependência, de forma que não se confunda com a religião ou com a igreja, como fora até o período imperial.

O artigo 210, § 1º da Carta Magna, que prevê o ensino religioso, não especifica religião alguma, mas, se a questão for interpretada consoante como o Estado se organiza – de forma leiga, conclui-se que o ensino não deve ter relação com religião específica, sendo, portanto, o parágrafo 1º do Decreto 7.107/10, inconstitucional.

4.3 Laicidade e a CF/88 frente ao ensino religioso confessional ofertado nas escolas públicas

A definição de laicidade está resguardada no artigo 19 da CF, em seu inciso I, o qual antevê a proibição da União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios de “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

O Estado não pode criar religião, nem tampouco vincular-se com qualquer espécie de credo. Ressalta-se, contudo, que, mesmo com tal vedação o Estado não se configura de forma agnóstica ou ateia, visto que o preâmbulo da Carta Maior cita o nome de Deus. “Está presente no Brasil o sistema da separação entre Estado e Igreja, mas tal separação configura-se numa neutralidade atenuada, simpática à religião e às igrejas” (FILHO, *apud* SEFERJAN, 2012). Não só a citação de Deus no preâmbulo que reafirma a citada interpretação, mas a liberdade de crença e a proteção aos locais de culto (previsto no art. 5º, VI), bem como o estabelecimento da imunidade tributária às Igrejas.

‘A neutralidade atenuada’ segue se confirmando quando se observa o §1º do artigo 11 da Concordata, promulgada através do Decreto 7.107. O qual prevê que “o ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”, mesmo quando o texto constitucional assevera que não deve haver confusão entre Estado e religião e, que o período do Estado confessional cessara desde o decreto 119-A. Ainda assim, o referido dispositivo foi promulgado, em total desrespeito à Lei Maior.

Previsto no § 1º do artigo 210, a CF prevê que “o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”. Basta uma interpretação extensiva para perceber que o ensino mencionado no dispositivo constitucional, deve respeitar a forma como o Estado se organiza, de modo a garantir o que fora instituído no artigo 3º, o qual estabelece os principais objetivos da República, dentre eles a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação. Decerto que a maneira como se configura o ensino religioso nas escolas públicas atinge frontalmente também o texto que dispõe sobre os principais objetivos da República, pois, ao instituir o ensino confessional, o aluno que se nega por

motivos alheios a não participar da catequese, sofrerá discriminação por parte de seus colegas.

O § 1º, do artigo 33 da LDB, regula que “os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores”. Ocorre que, os entes que adotam o modelo confessional, contratam o profissional conforme a sua religião para pregar determinada religião em sala de aula. Exemplo: a escola Municipal X do Rio de Janeiro está precisando de um professor para dar aula de catolicismo, o Município contratará um professor católico. Resumindo, se houver outros professores devidamente capacitados, mas que por confessarem outras religiões, não serão contratados por não representarem a religião a ser ensinada. Não se trata de falta de formação pedagógica, mas sim de credo. Esse procedimento remete aos modelos colonial e imperial, quando o Estado despudoradamente tinha como o catolicismo a religião oficial, e fazia distinção de pessoas que não confessavam esta crença.

Não obstante, o disparate ainda é maior após a contratação do professor responsável por propagar a sua fé na sala de aula. Se tem um profissional, um funcionário público do ente que o contratou, sendo assim, este perceberá salários pagos pela administração pública, com recursos públicos, pagos a quem foi imbuído de ser um representante religioso perante seus alunos; as instalações das escolas, quer sejam próprias ou alugadas, são de competência, de responsabilidade do respectivo ente; ao ter um funcionário público, pago com recursos públicos para desempenhar uma função para determinado Estado, e em instalações de responsabilidade pública, tem-se, ao menos três violações que atingem integralmente o dispositivo 19 da CF.

O artigo veda relação religiosa, o que é atacado quando a administração pública contrata um representante religioso; proíbe o uso de dinheiro público para atividades religiosas, o que é agredido ao efetuar o pagamento de salário aos responsáveis por promover o proselitismo; bem como o não estabelecimento de cultos por parte dos entes, pois bem, mas ao ter um funcionário, em espaço administrado pela entidade pública, é culto o que se tem nas salas de aula, violentando veementemente o referido dispositivo.

No tocante ao descumprimento das normas constitucionais, Barroso (200, p. 159-160) assinala que

A constituição, é um corpo de normas jurídicas, ou seja, compõe-se de preceitos obrigatórios que organizam o poder político e regram a conduta, tanto dos órgãos estatais quanto dos cidadãos. Vulnera-se a imperatividade de uma norma de direito quer quando se faz aquilo que ela proíbe, quer quando se deixa de fazer o que ela determina

Corroborando com a tese de que a normas constitucionais devem ser cumpridas.

De acordo com Dworkin (*apud* BONAVIDES, 2005, p. 282-283), “só as regras ditam resultados não importa o que aconteça. Se um resultado contrário se alcança, a regra é abandonada ou alterada”. Ou seja, no caso em comento, o resultado contrário seria obtido com a violação do que fora disposto no artigo 19, quanto ao não embaraço do Estado e as instruções religiosas.

5. OPOSIÇÕES CONTRA O ENSINO RELIGIOSO CONFSSIONAL E SUAS REPERCUSSÕES

5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela PGR

Ciente do que ocorre nas escolas públicas do Brasil, e que uma norma constitucional – laicidade - está sendo ferida, em meados de 2010, a Procuradoria Geral da República apresentou ao Supremo Tribunal Federal Ação Indireta de Inconstitucionalidade (4439), contra o ensino religioso confessional e interconfessional realizado nas escolas públicas.

Na ação, a PGR Solicitava que o dispositivo I do artigo 33 da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação/LDB), bem como o artigo 11, §1º do Decreto nº 7.107 (acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé), fossem interpretados segundo a constituição e, através do STF, ficasse assentado que o ensino religioso nas escolas públicas deve ser de caráter não confessional, bem como proibissem a admissão de professores na qualidade de representantes de religiões.

Cabe esclarecer que a PGR não almeja que o ensino religioso seja extinguido, deseja que o espaço reservado às religiões nas escolas públicas, respaldado no art. 210, § 1º, da CF, seja feito não de forma religiosa, mas sim a fim de propagar a história das religiões. Sem doutrinação.

Após serem suspensas algumas sessões, o plenário concluiu por fim o julgamento aos dias 27 de setembro de 2017, tendo o Supremo Tribunal Federal julgado improcedente a ADI 4439.

Por um placar de 6x5, maioria dos votos, os ministros entenderam que o ensino religioso reservado às escolas públicas pode ser de caráter confessional, vinculado às diversas religiões, e que tal preceito não fere a laicidade do Estado.

5.1.2 Quadro comparativo dos votos dos ministros do STF e uma breve análise dos votos que negaram provimento à ADI

Quadro 1 – Trechos de votos dos ministros do STF no julgamento da ADI

FAVOR ÁVEL	VOTO	CONTRÁR IO	VOTO
Luís Roberto Barroso (relator)	"A escola pública fala para o filho de todos, e não para os filhos dos católicos, dos judeus, dos protestantes. E ela fala para todos os fiéis, portanto, uma religião não pode pretender apropriar-se do espaço público para propagar a sua fé"	Alexandre de Moraes	"Nós não contratamos professor de matemática se queremos aprender física. Não contratamos professor de educação física para dar aulas de português. Quem ensina religião, os dogmas, são aqueles que acreditam na própria fé e naqueles dogmas."

Rosa Weber	"Religião e fé dizem respeito ao domínio privado, e não público. Neutro há de ser o Estado"	Edson Fachin	"A separação entre Igreja e Estado não pode, portanto, implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada. O princípio da laicidade não se confunde com laicismo"
Luiz Fux	"Qual será a autodeterminação religiosa de uma criança que estuda desde sua primeira infância num colégio doutrinada para uma determinada religião, sendo certo que é absolutamente impossível o Estado contratar professores para 140 religiões hoje consagradas pelos órgãos federais?"	Dias Toffoli	"O art. 210, parágrafo 1º da CF, ao rever a oferta de ensino religioso na forma facultativa, resguarda, de um lado, o desejo dos que queiram se aprofundar em determinada fé, e de outro o desejo dos que não querem se sujeitar a determinados dogmas e preceitos. (...) O ensino pode, portanto, ser religioso na modalidade confessional, e a facultatividade existe exatamente para resguardar a individualidade da pessoa e sua liberdade de crença."
Marco	"O Estado laico	Ricardo	"em nada ofende

Aurélio	não incentiva o ceticismo, tampouco o aniquilamento da religião, limitando-se a viabilizar a convivência pacífica entre as diversas cosmovisões, inclusive aquelas que pressupõem a inexistência de algo além do plano físico”.	Lewandowski	o dever de neutralidade do Estado, ainda que algumas confissões possam ser predominantes”
Celso de Melo	“Em matéria confessional, o Estado brasileiro há de manter-se em posição de estrita neutralidade axiológica em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa”.	Gilmar Mendes	“O ensino religioso (não confessional) passaria a ser filosofia, sociologia da religião. Deixa ser ensino religioso tal como posto na Constituição”
		Carmem Lúcia	“A tolerância combina com a laicidade estatal.”

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099>

No geral, os votos dos ministros que negaram provimento à ação direta de inconstitucionalidade possuem praticamente a mesma fundamentação.

O ministro Alexandre de Moraes alegou que a contratação dos professores é de acordo com a disciplina que este deve ministrar. Entretanto, ao contratar um líder religioso, o ente federativo está compactuando com o embaraço religioso, o qual é vedado pela Carta Maior.

Para Edson Fachin, o ER ofertado na esfera pública é uma forma de garantir aos religiosos que não cultuem apenas na seara privada. Ora, desde o decreto 119-A, que é assegurado aos fiéis de qualquer religião, a liberdade de culto, a qual vale dizer, não se restringe a locais fechados. Mas isso não implica em dizer que o governo deve abrir suas portas para promover a doutrinação religiosa.

Dias Toffoli, em seu voto, alegou que “o ensino pode ser religioso na modalidade confessional e a facultatividade existe para resguardar a individualidade da pessoa e sua liberdade de crença”. Ao fazer tal alegação, o ministro confunde duas disposições; a norma do estado leigo com a liberdade religiosa. É resguardado ao cidadão a liberdade de praticar a sua convicção religiosa aonde quer que seja, mas o Estado não deve promover culto, fere o preceito da laicidade. A laicidade é importante inclusive para assegurar a liberdade de crença.

Já Lewandowski, ao votar, alegou que, embora haja religiões que predominem, o ensino religioso não ofende a neutralidade do Estado. O que não ocorre. A partir que um líder religioso possui relações com a administração pública, sendo incumbido de promover a sua religião, põe em xeque a neutralidade estatal. Mas parece que o respeitável ministro se referiu às instituições privadas, e não às públicas, as quais devem resguardar a forma como o Estado se configura.

Para Gilmar Mendes, o modelo não confessional afetaria o dispositivo constitucional, visto que a redação prevê o ensino religioso. Como fora visto, a CF não dispõe a forma específica de como deve se dar o ensino religioso. Entretanto, ao analisar o § 1º do artigo 210, consoante ao artigo 19 da CF/88, percebe-se, na verdade, que a oferta do ER não confessional seria uma forma de não ferir a normativa do Estado leigo.

Por fim, a presidenta do STF, Carmem Lucia, proferiu o voto de minerva corroborando com as teses do relator e dos demais ministros que negaram

provimento à ADI. Alegou que o ensino religioso promove a tolerância religiosa, e que esta combina com a laicidade. Não obstante, é válido trazer à baila que a laicidade estatal assegura a tolerância religiosa quando não se associa a uma religião específica.

Os respeitáveis argumentos, no geral parecidos, demonstra o quanto a sociedade é pouco secularizada, a ponto de afetar um órgão que deve pautar-se no respeito às normas, aplicando-as, seguindo-as, e, no caso especial do Supremo Tribunal Federal, a função especial de tutelar, guardar a constituição, de modo que esta não seja escandalizada, abandonada, ridicularizada.

Caberia aos respeitáveis ministros por serem os guardiões da CF, impedir as práticas que ocorrem em alguns Estados que se manifestam de forma confessional, atacando despudoradamente a normativa do Estado leigo, que além de ser importante por ser uma norma que determina a configuração do Estado, serve justamente para que haja a liberdade de crença, e para que não haja distinção de cidadãos conforme ao credo seguido.

4.2 Projeto de Lei 9208/2017

Com a negativa do plenário do STF, ao entender não declarar a inconstitucionalidade do ensino religioso na modalidade confessional nas escolas públicas, o deputado federal Jean Wyllys (PSOL/RJ), aos dias 28 de novembro de 2017, apresentou o PP com o fito de que seja regulamentado o ensino religioso nas escolas públicas, alterando a Lei 9.394 para que seja incluso a modalidade de ensino não confessional.

Os dispositivos do PP estabelecem, *In verbis*:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre o ensino religioso não confessional, de matrícula facultativa.

Art. 2º O artigo 33 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 33. O ensino religioso, não confessional, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina das escolas públicas,

assegurado o respeito à diversidade cultural e religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo e discriminação.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos desta disciplina, que poderá ser ministrada por professores/as com diploma de licenciatura em ciências da religião, ciências sociais, história, filosofia ou outras áreas de conhecimento que tenham relação com o estudo do fenômeno religioso.

§ 2º Os objetivos desta disciplina serão o estudo do fenômeno religioso, em sua pluralidade, e seu papel na história e na (s) sociedade (s) contemporânea (s); da história das diferentes religiões e crenças, assim como do ateísmo e do agnosticismo, e a análise comparada dos fundamentos filosóficos, éticos, teológicos, narrativas e visões de mundo das diferentes crenças, sem qualquer tipo de proselitismo ou imposição de uma determinada religião ou doutrina em particular.” (NR)

O projeto de Lei visa especificar o que fora disposto no § 1º do artigo 210 da CF; visto que este determina a disposição do ensino religioso, mas não adentra nos detalhes de como deve ser concedido nas escolas públicas. Muito embora a LDB preveja que o ensino ofertado deve ser de forma a não promover o proselitismo, ao aderir a modalidade confessional, a escola está doutrinando, o que afronta a redação da LDB. Sendo, portanto, insuficiente o trecho que remete à não promoção do proselitismo religioso, o presente projeto pretende regulamentar de forma clara que o ensino na modalidade não confessional assegura as disposições constitucionais no tocante à laicidade do Estado, e não contraria o preceito da “liberdade de consciência e de crença”.

O projeto de Lei foi recebido aos dias 21 de dezembro de 2017 pela comissão de Educação, onde será analisada a constitucionalidade, bem como a admissibilidade do presente projeto, e enfim discutido e votado.

5. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho monográfico permitiu uma melhor compreensão acerca do ensino religioso - principalmente no que tange ao modelo confessional, aderido por alguns Estados - se manifesta nas escolas públicas.

Como fora visto, o Estado desempenhava os interesses da Igreja, ambos seguiam juntos seus propósitos. No período Imperial, com a positivação da religião católica como a oficial do Estado, os cidadãos que eram adeptos de religiões de matrizes negras ou de qualquer outra religião que não fosse o catolicismo, tinha seus direitos restringidos.

Além do poder financeiro, que diferenciava uns cidadãos de outros, a religião era um dos fatores que determinava a extensão de seus direitos. Aos católicos, tudo, aos demais, quase nada. E aqui vale citar o direito à liberdade de culto, bem como os direitos políticos. Quem desejasse se candidatar a deputado, alguns fatores os habilitavam: além de poder aquisitivo, tinha por obrigação ser católico.

Com o surgimento de outras religiões, houveram embates que tinham por objetivo o reconhecimento do direito de confessar qualquer credo, e não seguir a um credo ditado pelo Estado. Foi nessa premissa, com influências da Revolução Francesa, que a partir do Decreto 119-A, com a Proclamação da República, Estado e religião deixaram de ser sinônimos. Os Direitos que até então eram conferidos de acordo com a religião confessada, a partir do Decreto, a premissa da religião deu lugar ao fato de ser cidadão para possuí-los.

As demais Constituições seguiram reforçando, reproduzindo a normativa que impede a mistura, o embaraço dos Entes federativos com a religião. A atual segue o mesmo espírito, vedando tal relação que outrora impediu a concessão de Direitos.

Decerto que, embora a Carta maior vede a união Estado-Igreja, não configura o Estado como laico. Em virtude da pouca secularização da sociedade brasileira, a influência que a religião, em especial o catolicismo, possui na coletividade, reflete nas normas que regem a sociedade. Desta feita, em razão

da pouca secularização, os constituintes estabeleceram o ensino religioso nas escolas públicas.

Entretanto, ao instituir o ensino religioso nas escolas públicas, a Constituição Federal não especifica como deveria se dar o ensino religioso, no inciso que trata do ensino religioso, esclarece apenas a sua facultatividade, o poder de escolha.

A Lei de Bases e Diretrizes, que regulamenta o ensino religioso nas escolas públicas, determina que cabe aos Estados instituir como dever se dar o ensino religioso, ofertado pela sua administração. Sendo assim, os Estados se configuram nas formas interconfessional – na maioria dos Estados, confessional e acerca da história das religiões.

A mesma Lei que regulamenta o ER nas escolas públicas, estabelece que o ensino religioso é parte integrante na formação da cidadania.

Pois bem, sabe-se que a Carta maior prevê o ensino religioso nas escolas públicas, sem maiores explicações, e, que os Estados, União, Municípios e DF não devem manter relações com religiões. Sendo assim, não carece de norma obscura, de difícil entendimento, a conduta dos Estados em contratar representantes religiosos para promover a catequese – a qual foi instrumento de dominação até o período imperial – por tratar-se de interpretação errônea e irresponsável, fere a normativa do Estado Leigo.

Insta destacar que, a Carta maior estabelece a facultatividade do ER nas escolas públicas, ao passo que a LDB diz que o ensino religioso é parte integrante a formação da cidadania, contrapondo o direito de escolha advindo da CF. Ao aluno que se abster de frequentar as aulas de cunho religiosas, terá a formação de sua cidadania comprometida por exercer seu direito de escolha.

Vislumbra-se, portanto, a discriminação estabelecida pela LDB e reproduzida pelos Estados que adotam o modelo confessional nas escolas públicas. Vale dizer que a Carta maior, ao determinar quem é cidadão, retrata os direitos sociais, e não a condição de receber o ensino religioso para ser contemplado como cidadão. Além de discriminatória, o artigo da LDB que versa sobre o ensino religioso, é inconstitucional.

Um conjunto de normas é o que limita os interesses pessoais das ações humanas, sobre outras pessoas. Nesse sentido, temos a constituição que se mostra negativamente imperativa no tocante ao embaraço entre o Estado e religião, que outrora era sinônimo, vale dizer. A Carta Maior impõe que essa mistura não mais aconteça.

Foi perceptível ao longo deste trabalho que, quando uma escola municipal ou estadual oferta ensino religioso de acordo com dogmas de uma religião específica, certamente está ferindo o referido dispositivo, visto que as instalações escolares municipais, ou estaduais, competem ao Município e Estado, respectivamente. Uma sala de aula com um educador como representante religioso, confunde-se ensino com culto.

Embora a Lei de bases e diretrizes vede o proselitismo, foi perceptível que a prática não reflete na teoria, e, mesmo nos Estados em que o ensino religioso se manifesta conforme a orientação religiosa dos pais, a doutrinação acontece mesmo fora da sala de aula, quando os alunos são recebidos por uma calorosa e obrigatória reza.

Sendo a constituição um corpo de normas jurídicas, cabem aos órgãos e cidadãos a obrigação de seguir as normativas, visto que elas regulam a conduta geral, e quando se faz o que a norma proíbe, vulnera-se a imperatividade.

Quando um resultado se contrapõe às regras, quer dizer que a regra foi abandonada. Ou seja, de um lado tem-se a regra disposta no artigo 19 da Constituição, assegurando a laicidade do Estado, bem como a vedação do embaraço entre o Município, Estados e o Distrito Federal e a religião, e de outro, tem-se o resultado, a doutrinação nas salas de aulas. Percebe-se claramente que a regra do Estado leigo foi inobservada, causando o abandono.

Ao longo deste trabalho notou-se a importância de o Estado configurar-se de forma leiga, vez que outrora, os direitos eram concedidos conforme a orientação religiosa do cidadão, enquanto os católicos possuíam direitos amplos, aos que confessassem outras religiões, os direitos eram restringidos.

Destaca-se que, ao negar provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela PGR, a Suprema Corte deixou a função de guardião da constituição, para ser responsável pelo desamparo das normas constitucionais, sendo cúmplice dos ataques que os Estados cometem à Norma Maior. À Suprema Corte caberia o poder de mudar as práticas que ocorrem nas escolas públicas, mas se revelou omissa indo em oposição à normativa leiga do Estado.

O ensino da religião não deve deixar de compor a grade curricular do ensino. Sobretudo no Brasil, onde a variação religiosa é imensurável. Entretanto, o ideal a ser ofertado nas escolas públicas, em respeito às normativas constitucionais, e da vasta diversidade religiosa, é a abordagem da história das religiões, visto que o conhecimento afasta o preconceito, e possibilita uma convivência mais harmônica, entre os adeptos dos variados credos, afastando conflitos motivados pela ignorância, que atacam os adeptos religiosos. O ensino religioso previsto dessa forma, atenderia o dispositivo constitucional que prevê o ER nas escolas públicas, bem como respeitaria a laicidade estatal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Manoel. **A Escola Católica – uma história de serviço ao povo e à nação brasileira** - Revista Dialogo Educacional, Curitiba: v.3, n.7, p. 37-62, 2002.

ARANHA, Ana; MENDONÇA, Martha. **Jesus vai à escola**. Revista Época. São Paulo, 29 agosto de 2008. Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI11556-15204,00-JESUS+VAI+A+ESCOLA.html>>. Acesso em 18 dez. 2017.

BAHIA. Lei nº 7.945, de novembro de 2001. **Dispõe sobre o Ensino Religioso confessional pluralista nas Escolas da rede pública de ensino do Estado da Bahia e dá outras providências**. Disponível em <<http://www.edulaica.net.br/uploads/arquivo/LEI%207945%20bahia.pdf>> Acesso em 17 dez. 2017.

BARROSO, Luís. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 366 p.

BRASIL. Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. **Prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências.** Sala das sessões do Governo Provisorio, 7 de janeiro de 1890. Disponível em . Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. Decreto nº 19.941, de 30 de abril de 1931. **Dispõe sobre a instrução religiosa nos cursos primário, secundário e normal.** Rio de Janeiro, 30 de abril de 1931. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19941-30-abril-1931-518529-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Imperio do Brazil.** Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1891. Disponível em . Acesso em 21 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em . Acesso em 21 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1937) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 21 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1946) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em . Acesso em 21 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1967. Disponível em . Acesso em 10 dez. 2017.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em . Acesso em 10 dez. 2017.

BRASIL. [Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm>. Acesso em 10 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961. **Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em . Acesso em 10 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em . Acesso em 11 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.475, de 22 julho de 1997. **Dá nova redação ao art. 33 da Lei nº 9.394**. Disponível em . Acesso em 11 dez. 2017.

BRASIL. **Proclamação da República – um dia para aprender a história do País**. Disponível em . Acesso em 11 dez. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439**, Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 27 de setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal. **STF conclui julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas**, Disponível em . Acesso em 28 de set. de 2017

CARNEIRO, Sandra. *Apud.* RANQUETAT, Cesar. **Do confessional ao plural: uma análise sobre o novo modelo de ensino religioso nas escolas públicas brasileiras** - Revista. Diálogo Educação, Curitiba, v. 8, n. 23, p. 289-305, 2008.

CATROGA, Fernando. *Apud.* Cesar, RANQUETAT. **Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos**. Revista Tempo da Ciência, Santa Maria, v. 15, n. 30, p. 59-72, 2008.

CEARÁ. Conselho de Educação. Resolução nº 404/2005. **Dispõe sobre a disciplina Ensino Religioso a ser ministrada no ensino fundamental, nas escolas da rede pública do Sistema de Ensino do Estado do Ceará, e dá outras providências**. Disponível em . Acesso em 17 dez. 2017.

CECCO, Aparecida. **O que é catequese?** Blog da catequese. São Paulo, 05 agosto de 2010. Disponível em . Acesso em 18 dez. 2017.

COSTA, Maria. Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado laico. In: LOREA, Roberto. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 98.

CUNHA, Luiz Antônio. **Concordata: a educação pública na mira do Vaticano**. Educação & Sociedade, Vol. 30, 2009. Disponível em: Acesso em: 17 dez. 2017.

CURY, Carlos. **Ensino religioso e escola pública: o curso histórico de uma polêmica entre a Igreja e o Estado no Brasil** - Educação em Revista, Belo Horizonte, nº 17, jun., p. 20-37, 1993.

CURY, Carlos. **Ensino religioso na escola pública: o retorno de uma polêmica recorrente**. Revista Brasileira de Educação, nº 27, p. 183-191, 2004.

DIAS, Laercio. **A educação católica no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Edições Loyola, 2000. 311p.

DINIZ, Débora, LIONÇO, Tatiana e CARRIÃO, Vanessa. **Laicidade e ensino religioso no Brasil**. Brasília: Letras Livres/Editora UnB/Unesco, 2010. 112p.

DWORKIN, Ronald. *Apud.* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Anísia de Paulo. **Ensino Religioso, perspectivas pedagógicas**. Petrópolis: Vozes, 1996. 126p.

FIGUEIREDO, Anísia. *Apud.* DANTAS, Douglas. **O ensino religioso escolar: modelos teóricos e sua contribuição à formação ética e cidadã** – Revista Horizonte, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 112-124, 2004.

FILHO, Manoel. *Apud.* SEFERJAN, Tatiana. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. 2012. 162 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

MELLO, Laura. O diabo e a Terra de Santa Cruz: Feitiçaria e religiosidade popular no Brasil Colonial. **São Paulo: Companhia das Letras, 1986. 408p.**

OLIVEIRA, Marlon. **Entre a Coroa e a Cruz: a Igreja colonial sob a égide do Padroado**. Mneme – Revista de Humanidades. UFRN. Caicó (RN), v. 9. n. 24, Set/out. 2008.

RIBEIRO, Maria. *Apud*. NETO, Alexandre; BOMURA, Lizete. **O ensino jesuítico no período colonial brasileiro: algumas discussões** – Educar em revista, nº 31, 2008.

RIO DE JANEIRO. Decreto nº 31.086, de 27 de março de 2002. **Regulamenta o ensino religioso confessional nas escolas da rede pública de ensino do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em <http://www.edulaica.net.br/uploads/arquivo/rio_dec_31086.pdf>. Acesso em 17 de dez. de 2017

RIO DE JANEIRO. Lei nº 3459, de 14 de setembro de 2000. **Dispõe sobre ensino religioso confessional nas escolas da rede pública de ensino do estado do rio de janeiro**. Disponível em <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.Nsf/e9589b9aabd9ca-c8032564fe0065abb4/16b2986622cc9dff0325695f00652111?OpenDocument>>. Acesso em 17 de dez. de 2017

RIO DE JANEIRO. Secretaria de educação. **Orientações básicas para o ensino religioso nas escolas estaduais**. Disponível em Acesso em 17 de dez. de 2017

SENADO FEDERAL. **Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia feitas, e ordenadas pelo Ilustrissimo, e Reverendissimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide**. Disponível em . Acesso em 17 de dez. de 2017

SENADO FEDERAL. Projeto de lei 9208/2017. **Altera a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação**

nacional, para dispor sobre o ensino religioso não confessional, de matrícula facultativa. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A42D76EC2D7C6A2E02054ADBDA6B4C53.proposicoesWebExterno2?codteor=1626695&filename=TramitacaoPL+9208/2017> Acesso em 17 de dez. de 2017

NOTAS:

[1] Com o avanço do protestantismo a companhia foi criada como forma de barrar o crescimento dessa religião. Fundado Inácio de Loyola, em 1534, tinham como escopo propagar a fé católica por meio da catequese.

[2] O que é catequese? Disponível em Acesso em 15 de dezembro de 2017

[3] Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia feitas, e ordenadas pelo Illustrissimo, e Reverendissimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide: propostas, e aceitas em o Synodo Diocesano, que o dito Sr. Celebrou em 12 de junho do anno de 1707 – Disponível em Acesso em 16 de dezembro de 2017.

[4] Por questões políticas, D. Pedro I declarou a independência da República, se desvinculando das ordens de Portugal.

[5] Proclamação da República – um dia para aprender a história do País. Disponível em: <<http://www.br>

asil.gov.br/educacao/2017/11/proclamacao-da-republica-um-dia-para-aprender-a-historia-do-pais>

Acesso em 12 de dezembro de 2017.

[6] No período colonial existiam quatro poderes. Sendo o quarto, o poder moderador, exercido pelo imperador. Os demais poderes – legislativo, executivo e o judiciário - dependiam do crivo do monarca. Com a era da República, extinguiu-se o quarto poder, e os demais tornaram-se independentes.

[7] Capa da Revista Época. Jesus vai à escola. Disponível em: Acesso em 18 de dezembro de 2017

DA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS EM DECORRÊNCIA DA INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SCR-SISBACEN

NESTOR HENRIQUE MENDES:
Advogado.

RESUMO: O presente artigo possui o objetivo de analisar a condenação em danos morais em decorrência de inscrição indevida no Sistema de informações do Banco Central- SCR/SISBACEN;

Palavras chave: Danos morais, inscrição indevida, SCR- SISBACEN

Abstract: The purpose of this article is to analyze the conviction in moral damages as a result of improper registration in the Information System of the Central Bank - SCR / SISBACEN;

Keywords: Moral damages, improper registration, SCR- SISBACEN

SUMÁRIO: 1. Noções introdutórias acerca da natureza jurídica do SCR-SISBACEN. 2. *Legislação consumerista aplicável e do entendimento jurisprudencial acerca do scr- sisbacen e 4. Conclusão;*

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS- DA NATUREZA JURIDICA DO SCR-SISBACEN

O presente estudo pretende analisar de forma perfunctória possibilidade de condenação em danos morais ao consumidor que está inscrito indevidamente junto ao SCR- SISBACEN.

Alicerçado em substrato doutrinário, e jurisprudencial o tema bailado é de suma importância para as relações consumeristas cotidianas.

De *Prima facie*, o sistema de Informações de Crédito do Banco Central – SCR é um instrumento de registro e consulta de informações sobre as operações de crédito, avais e fianças prestados e limites de crédito concedidos por instituições financeiras a pessoas físicas e jurídicas no país.

O sistema em comento foi criado pelo Conselho Monetário Nacional e é administrado pelo Banco Central do Brasil, a quem cumpre armazenar as

informações encaminhadas e também disciplinares o processo de correção e atualização da base de dados pelas instituições financeiras participantes.

Segunda consta no site do Bacen, o SCR é o principal instrumento utilizado pela supervisão bancária para acompanhar as carteiras de crédito das instituições financeiras. Nesse sentido, desempenha papel importante na garantia da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional e na prevenção de crises.

Assim sendo, o SCR é alimentado mensalmente pelas instituições financeiras, mediante coleta de informações sobre as operações concedidas. Inicialmente determinou-se que as instituições enviassem informações sobre o total das operações dos clientes com responsabilidade total igual ou superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Paulatinamente, esse valor foi sendo diminuído, inicialmente para o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), depois para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em seguida para R\$ 1.000,00 (mil reais) e atualmente são armazenadas no banco de dados do SCR as operações dos clientes com responsabilidade total igual ou superior a R\$ 200,00 (duzentos reais), a vencer e vencidas, e os valores referentes às fianças e aos avais prestados pelas instituições financeiras a seus clientes, além de créditos a liberar contabilizados nos balancetes mensais.

As instituições financeiras são responsáveis pelo encaminhamento sistemático de dados sobre as operações de crédito. Cumpre a elas também corrigir ou excluir as informações imprecisas. Eventuais questionamentos judiciais devem ser encaminhados diretamente à instituição financeira que informou os dados sobre a operação.

A base legal para o sistema coletar e compartilhar informações entre as instituições participantes do Sistema Financeiro Nacional e o respeito à privacidade do cliente quanto ao sigilo e à divulgação de informações obedecem às condições previstas na Lei Complementar 105/01 e na Resolução 3.658 de 17/12/2008.

Curial dizer ainda que o acesso ao SCR/SISBACEN será realizado mediante consulta feita pelo consumidor através do próprio site BACEN mediante o sistema **REGISTRATO**, via correio ou pessoalmente.

Mas, qual a importância do SCR/SISBACEN para as relações consumeristas?

A praxe demonstra que a cada dia existem inúmeros consumidores que dirigem-se às agências bancárias, financeiras, etc em busca de crédito se deparando com a restrição conhecida como "interna". Provavelmente se o consumidor estabeleceu junto a qualquer entidade financeira contrato de empréstimo, cartão de crédito, *etc.* poderá estar com o nome negativado junto ao SCR- SISBACEN, como já anunciado possui caráter restritivo em iguais proporções ao do SPC, SERASA, por exemplo.

Nesta toada tendo o contrato de empréstimo, cartão de crédito, leasing em todas as suas modalidades financeiras tendo expirado e totalmente quitado a continuidade do consumidor junto ao SCR/SISBACEN acarretará a condenação por danos morais consoantes à maciça jurisprudência dos sodalícios estaduais, e conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça.

2. DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA APLICAVEL E DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO SCR- SISBACEN

Para maior compreensão acerca da existência do SCR- SISBACEN devemos considerar o que o dispõe o art. 43 do Código de Defesa do consumidor que é categórico:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir

sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

A definição e o propósito do SISBACEN estão conceituados na Circular nº 3.232/2004, do Banco Central do Brasil, in verbis:

Art. 1º O Sisbacen - Sistema de Informações Banco Central - é um conjunto de recursos de tecnologia da informação, interligados em rede, utilizado pelo Banco Central do Brasil na condução de seus processos de trabalho, de forma a:

I - prover o Banco Central do Brasil de instrumentos de tecnologia da informação para o cumprimento da sua missão institucional;

II - facilitar a captação, o tratamento e a divulgação de informações de interesse do Banco Central do Brasil, relativamente às instituições objeto da sua ação controladora, reguladora e fiscalizadora;

III - disponibilizar para órgãos e entidades do Poder Público, bem como a pessoas físicas e jurídicas, informações constantes das suas bases de dados e de interesse desses entes, observados os preceitos de sigilo que legalmente as envolvem. (Destaque nosso).

Lado outro, o Banco Central do Brasil editou a Resolução 3.658/2008, que tratou de determinar a prestação de informações sobre o montante dos débitos e responsabilidades por garantias de clientes pelos bancos múltiplos, bancos comerciais etc., e tem por finalidade, a análise dos Riscos de Crédito em termos de débitos e responsabilidades por cliente, in verbis:

Art. 2º As informações de que se trata:
I - serão consolidadas no sistema Central de Risco de Crédito em termos de débitos e responsabilidades por cliente;

II - são de exclusiva responsabilidade das instituições mencionadas no art. 1º, inclusive no que diz respeito às respectivas inclusões, atualizações ou exclusões do sistema.

Quanto ao dever de sigilo, a Lei Complementar nº 105/2001, dispõe em seu art. 1º, § 3º, inc. I e II, que:

Art. 1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º. Não constitui violação do dever de sigilo:
I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; [...] (destaque nosso).

Do que se conclui, o SISBACEN destina-se à troca de informações, de forma sigilosa e restrita, do Sistema financeiro, relativamente a transações bancárias, de forma que as instituições de crédito poderão avaliar o perfil dos clientes para fins de contratação de empréstimos.

Bem por isso, resta clara previsão, pelo Banco Central do Brasil, de norma que possibilite às instituições bancárias, em estrito caráter sigiloso, analisar mediante os cadastros de informações, os dados, tanto positivo, como

negativos, dos clientes bancários, para análise de riscos de concessão de crédito.

A Lei n. 12.414/2011, chamada de lei do "cadastro positivo", apesar de disciplinar a formação e consulta a banco de dados com informações de adimplemento para histórico de crédito (art. 1º), estabelece que os bancos de dados de natureza pública terão regramento próprio (parágrafo único do art. 1º), o que, a contrario sensu, significa dizer que eles também são considerados bancos de dados de proteção ao crédito, os quais futuramente serão objeto de regulamentação própria. [...] (REsp 1365284/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 21/10/2014).

Sobre a natureza do referido Sistema do Banco Central, confira-se a explicação proferida pela ilustre Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial Nº 1.117.319 - SC, de sua relatoria: "O SCR - Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil -, conforme definição extraída do sítio do BACEN, "é um banco de dados sobre operações e títulos com características de crédito e respectivas garantias contratadas por pessoas físicas e jurídicas perante instituições financeiras (IFs) no país" (in <http://www.bcb.gov.br/pre>) Como todo sistema de informações, o Sisbacen - e nele inclui-se o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil (SCR) - deve ser alimentada, missão que cabe às instituições bancárias. A Resolução 2.724/00 do BACEN determina que as instituições financeiras prestem a essas informações sobre o montante dos débitos e responsabilidades contratuais de seus clientes, ainda que não haja inadimplência, sempre que ultrapassar determinado valor, constante das normas emanadas pelo BACEN. Prestar informações ao BACEN das operações financeiras realizadas constitui, portanto, obrigação do banco, e não faculdade, como ocorre com os cadastros de inadimplentes, conforme se depreende pela leitura do art. 1º da mencionada resolução. (...)

"Assim, as informações fornecidas pelas instituições financeiras ao Sisbacen afiguram-se como restritivas de crédito, visto que esse sistema de informação avalia a capacidade de pagamento do consumidor de serviços bancários" (Precedente do STJ - REsp 1099527/MG).

Resta claro que o SCR- SISBACEN possui caráter restritivo segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça- STJ tais como outros órgãos de cadastros de proteção ao crédito tais como: SPC, SCPC, e o Serasa/Experian, dentre outros.

Portanto, em que pese configurar um sistema essencialmente restritivo, a manutenção de informações nessa base de dados pode sim causar transtornos ao consumidor para aprovação de crédito junto a instituições financeiras.

A praxe mostra que os consumidores após ingressaram nas relações bancárias através de cartões de crédito, contratos bancários em todas suas espécies tem o nome gravado no SCR/SISBACEN, que inclusive na maioria das vezes possui permissivo contratual.

Após a extinção da relação bancária contratual, a instituição bancária deve enviar ao BACEN as respectivas informações para cancelamento do apontamento no SCR/SISBACEN que não maioria das vezes não acontece fazendo com que os consumidores fiquem impedidos de contraírem novos negócios jurídicos bancários.

Trata-se da famosa "restrição interna" que impede o consumidor de realizar novos empréstimos, contrair cartões de crédito, etc. E, inconformados os consumidores buscam o poder judiciário a exclusão junto ao cadastro do SCR/SISBACEN obtendo considerações indenizações a título de dano moral puro, *in re ipsa*, como ocorre nos órgãos de proteção ao crédito mais comum, tais como SPC, SCPC do banco Boavista, e o SERASA, pois possui caráter restritivo.

Neste sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DE PESSOA JURÍDICA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DO SISBACEN/SCR. DETERMINAÇÃO JUDICIAL PROFERIDA EM LIMINAR EM AÇÃO REVISIONAL DETERMINANDO QUE A RÉ SE ABSTIVESSE DE INCLUIR OU MANTER O NOME DA AUTORA NO ROL DE "QUALQUER ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO". ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM.

1. O **Sistema de Informações do Banco Central - Sisbacen, mais**

precisamente o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central - SCR, é cadastro público que tem tanto um viés de proteção do interesse público (como regulador do sistema - supervisão bancária), como de satisfação dos interesses privados (seja instituições financeiras - gestão das carteiras de crédito -, seja mutuários - demonstração de seu cadastro positivo). 2. Por óbvio que referido órgão deve ser tratado de forma diferente dos cadastros de inadimplentes como o Serviço de Proteção ao Crédito - SPC e o Serasa. **Contudo, não se pode olvidar que ele também tem a natureza de cadastro restritivo de crédito, justamente pelo caráter de suas informações, tal qual os demais cadastros de proteção, pois visam a diminuir o risco assumido pelas instituições na decisão de tomada de crédito.** 3. Observa-se, pois, que apesar da natureza de cadastro público, não tem como se desvincular de sua finalidade de legítimo arquivo de consumo para operações de crédito, voltado principalmente às instituições financeiras para que melhor avaliem os riscos na sua concessão à determinada pessoa, isto é, o crédito é justamente o objeto da relação jurídica posta. 4. A Lei n. 12.414/2011, chamada de lei do "cadastro positivo", apesar de disciplinar a formação e consulta a banco de dados com informações de adimplemento para histórico de crédito (art. 1º), estabelece que os bancos de dados de natureza pública terão regramento próprio (parágrafo único do art. 1º), o que, contrario sensu, significa dizer que eles também são considerados bancos de dados de proteção ao crédito, os quais futuramente serão objeto de regulamentação própria. 5. Na hipótese, a informação do Sisbacen sobre o débito que ainda está em discussão judicial pode ter sido apta a restringir, de alguma forma, a obtenção de crédito pela recorrida, haja vista que as instituições financeiras, para a concessão de qualquer empréstimo, exigem (em regra, via contrato de adesão) a autorização do cliente para acessar o seu histórico nos arquivos do Bacen. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1365284/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 21/10/2014)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTIMAÇÃO. NULIDADE. CADASTRO DE INADIMPLENTES. INSCRIÇÃO INDEVIDA. SISBACEN/SCR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. 1. Rever o entendimento do acórdão impugnado, no tocante à regularidade da intimação, implicaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento inadmissível em recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ.2. O Superior Tribunal de Justiça não reconhece o prequestionamento pela simples oposição de embargos declaratórios (Súmula nº 211). Persistindo a omissão, é necessário interpor recurso especial por afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento.3. **Entende esta Corte que o Sistema de Informações de Créditos do Banco Central do Brasil - SISBACEN - tem a natureza de cadastro restritivo em razão de inviabilizar a concessão de crédito ao consumidor.**Precedentes.4. A fixação das astreintes por descumprimento de decisão judicial baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando-se a incidência da Súmula nº 7/STJ, somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisória ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos.5. Agravo interno não provido.(AgInt no AREsp 899.859/AP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 19/09/2017)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE CRÉDITO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL (SISBACEN/SCR) - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECLAMO PARA CONDENAR A RÉ AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS. I NSURGÊNCIA DO AUTOR. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a revisão do valor arbitrado a título de indenização por danos morais apenas será viável quando irrisório ou exorbitante o montante fixado, em evidente ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. Na espécie, a indenização por danos morais fixada em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) mostra-se adequada e condizente com precedentes desta Corte, em casos análogos. 3. Agravo interno desprovido.(AgInt no REsp 1302526/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017)

Percebe-se, portanto, que o argumento de que o SCR pode também conter informações positivas obviamente não deve alterar o resultado desta lide, em que a indevida anotação em exame constitui evidente prejuízo ao consumidor. Por oportuno, confirmam-se as ementas dos diversos tribunais pátrios:

CIVIL E PROCESSO CIVIL - DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - PAGAMENTO DE DÍVIDA - MANUTENÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL (SISBACEN OU SCR BACEN) - DANO MORAL PRESUMIDO. As informações fornecidas pela instituição financeira requerida ao SISBACEN o ao SCR Bacen acabam por restringir o crédito do consumidor/cliente bancário, já que tais sistemas são utilizados para avaliar a capacidade de pagamento desse consumidor. (TJMG - Apelação Cível 1.0287.14.010700-7/001, Relator(a): Des.(a) Otávio Portes , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/03/2017, publicação da súmula em 27/03/2017)

NEGATIVAÇÃO INDEVIDA DE NOME - SISTEMA DE INFORMAÇÕES DE CRÉDITO (SCR) DO BANCO CENTRAL DO BRASIL - INFORMAÇÕES DESABONADORAS - CARÁTER DE ÓRGÃO RESTRITIVO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - VALOR DA COMPENSAÇÃO - MAJORAÇÃO - JUROS DE MORA - DATA DA CITAÇÃO. Em acordo extrajudicial celebrado entre as partes, que não chegou a ser assinado, porém, deu-se início à sua execução em atenção a prévio acordo, devem ser declaradas abusivas e extirpadas as cláusulas estipuladas de forma unilateral e em violação à boa-fé objetiva. O Sistema de Informações de Crédito (SCR) do Banco Central do Brasil pode conter tanto informações positivas quanto negativas de pessoas físicas ou jurídicas, no tocante às operações de crédito por elas realizadas. Assim, se contiver informações negativas, por óbvio possui caráter de órgão restritivo de crédito, sendo apto a obstar posteriores operações de crédito solicitadas em instituições financeiras.

Havendo, pois, informações negativas equivocadas e indevidas no SCR são inequívoca a configuração de danos morais à respectiva pessoa física ou jurídica, equiparando-se a situações que comumente ocorrem em relação aos cadastros de restrição ao crédito.

Com efeito, a existência dos danos morais no caso vertente é in re ipsa, ou seja, decorre automaticamente da negativação do nome do consumidor junto aos órgãos de proteção ao crédito, ao que pode ser equiparado o SCR, sendo prescindível a comprovação de efetivo prejuízo, na medida em que o mesmo é presumido.

O dano em situações que tais - isso é pacífico na jurisprudência - dispensa a prova da sua ocorrência, pela natural suposição de que com a

negativação do nome, os prejuízos à moral surgem automaticamente, pela exposição negativa da pessoa na praça onde reside e trabalha. (Ministro Aldir Passarinho Júnior no julgamento do Resp Nº 924.079).

Nesse sentido, colhe-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABERTURA DE CONTA CORRENTE POR TERCEIRO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO NA DECISÃO ORA AGRAVADA. ASSERTIVA RELATIVA À EXISTÊNCIA DE OUTRA INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR (SÚMULA 385/STJ). AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF E 7 DO STJ. DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 2. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à desnecessidade, em hipóteses como a dos autos, de demonstração da efetiva ocorrência de dano moral, que, por ser inerente à ilicitude do ato praticado, decorre do próprio fato, operando-se in re ipsa. (...) (STJ. AgRg no Ag 1235525. Ministro RAUL ARAÚJO J. 07/04/2011)

E o entendimento do Tribunal de Justiça Mineiro não destoa:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA C/CINDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS- INCLUSÃO IRREGULAR DO NOME EM CADASTRO DE NEGATIVAÇÃO AO CRÉDITO - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DANO MORAL - DEVIDO-COMPROVAÇÃO - DESNECESSIDADE - REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO - FRAUDE - POSSIBILIDADE! (...) II - É presumido o dano moral em casos de inscrição indevida do nome da parte nos cadastros de negativação ao crédito, por inegável abalo ao nome, direito da personalidade; (...) (Apelação Cível 1.0027.10.019906-9/001, Rel. Des.(a) Luciano Pinto, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/11/2012, publicação da súmula em 04/12/2012)

Ante aos fortes argumentos jurisprudenciais colacionados é de asseverar que a inscrição dos consumidores no cadastro do SCR/SISCABEN configura dano moral puro o que acarreta a condenação por danos morais diante do seu caráter restritivo.

3. CONCLUSÕES:

Diante do estudo consubstanciado nas decisões dos tribunais pátrios, e da maciça jurisprudência do STJ pode chegar a conclusão é plenamente cabível a condenação em danos morais em decorrência de inscrição no SCR/SISBACEN face o seu caráter restritivo.

Portanto, os consumidores de um modo geral devem ficar atentos no momento das transações bancárias ao se depararem com qualquer restrição interna que com certeza deve ser atrelada ao SCR/SISBACEN sendo cabível inclusive o manejo da ação judicial para a exclusão do nome naquele cadastro, bem como a condenação em Danos morais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

TARTUCE, Flávio, AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel. Manual do Direito do Consumidor- Direto Material e processual. São Paulo, Editora Metodo, 2016. Volume único- 5ª edição.

MEDEIROS GARCIA, Leonardo. Código de Defesa do consumidor comentado artigo por artigo-. São Paulo, Editora juspodvim, 2017. Volume único- 13ª edição.

Lei nº 8.078/90. In: Vade Mecum - obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes – 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Notas do Autor:

Bacharel em direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC- Bom Despacho. Pós graduado em direito Público pela Faculdade Dom Bosco- Curitiba/PR. Pós graduando em Direito do consumidor pela faculdade legale. Advogado

DO (DUPLO) RITO PARA A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO CPC/15 DECORRENTE DE TÍTULOS JUDICIAIS (CUMPRIMENTO DE SENTENÇA)

NESTOR HENRIQUE MENDES:
Advogado.

1- INTRODUÇÃO

Este trabalho resulta na tentativa de esclarecer como a cobrança de alimentos é feita no Novo CPC. Inegável que a execução de alimentos sempre causou inúmeras dificuldades no cotidiano dos advogados, promotores e juízes espalhados pelo país. Através de diversas reformas, o CPC/73 tentou, sem sucesso, estabelecer mecanismos mais simples para facilitar essa cobrança que, quase sempre é feita por menores que necessitam da prestação para sua manutenção.

Dessa forma, tenta-se esclarecer neste artigo e elucidar as alterações previstas no CPC/15, que ao passo que previu inovações que já não eram sem tempo de vir, por outro lado também trouxe complicadores em relação ao procedimento de cobrança dos alimentos. O que tentará ser esclarecido neste artigo, falando primordialmente do cumprimento de sentença.

2-EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO CPC/73

No CPC/73, a execução de alimentos era normatizada nos artigos 732 a 735.

Conforme leciona a doutrina, os dispositivos mencionados previam dois procedimentos executivos distintos: a) a execução de alimentos pelo rito da expropriação, sob pena de penhora de bens do devedor (art. 732/CPC) e; b) a execução de alimentos pelo rito coercitivo, passível de prisão civil (art. 733/CPC). Sendo que, o enunciado 309 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, já dispunha o *débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.*”

Importante mencionar que os procedimentos mencionados acima, poderiam ou não ser autônomos. Em outras palavras, além da ação de alimentos para que haja a condenação do alimentante ao pagamento da

pensão alimentícia, em razão do sincretismo processual, poderia-se fazer a cobrança nos mesmos autos, de apenas um débito, (geralmente o credor optava pelo rito presente no art. 733 do CPC/73, referente aos débitos atuais), e posteriormente, ingressar com um novo procedimento de execução, a fim de buscar a satisfação da obrigação fixada em sentença judicial (geralmente esse novo procedimento seria o pelo rito do art. 475-J, para os débitos anteriores aos três últimos meses.

Em que pese parecer que, o fato de ser necessário ajuizar um novo procedimento de execução, seja para cobrar débitos antigos ou débitos recentes, ser algo que contribuísse para a mora processual, essa duplicidade de procedimentos é extremamente necessária, em virtude das diferenças de formas de efetivação do crédito alimentar disponíveis ao credor em face do executado.

Feitas essas breves considerações sobre o como o procedimento de execução era, vamos passar a analisar como ficou, para depois chegar a conclusão sobre a unicidade ou duplicidade dos procedimentos de cobrança dos alimentos.

3. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO CPC/2015

3.1. Do cumprimento de sentença na ação de alimentos

De forma correta, o CPC/15 faz a regra para a execução de alimentos outorgados em sede de decisão judicial, o rito mais célere e eficaz do cumprimento de sentença.

De fato, não havia necessidade para que o procedimento fosse aplicado a outros títulos judiciais, com exceção dos alimentos, uma vez que, em sede de ação de alimentos, a necessidade de o autor ter seu pleito atendido se mostra ainda mais urgente. Neste sentido, já lecionava Maria Berenice Dias^[1]:

Diante dos novos paradigmas, é necessário atentar mais aos objetivos do que à literalidade do direito em causa. Descabe proceder à singela leitura do texto legal e professar o alijamento da nova legislação justamente com relação aos alimentos,

cuja urgência sequer necessita ser lembrada. Pela natureza da dívida não é possível concluir que a omissão do legislador, em atualizar os dispositivos que regulam a execução dos alimentos, desautoriza o uso da forma simplificada e célere que as reformas visaram implementar

Já o cumprimento de sentença ou decisão interlocutória, frise-se, da decisão interlocutória, em que haja fixação de pagamento de prestação alimentícia é tratado nos arts. 528 e seguintes do novo código.

Importante mencionar que, conforme se depreende do *caput* do art. 528, a intimação para que o executado pague o débito, prove que o fez, ou justifique a impossibilidade de fazê-lo, deverá ser pessoal e não na pessoa de seu procurador.

Para que flua o prazo de três dias, necessitar-se-á, ainda, de requerimento do exequente, não havendo de se cogitar de transcurso automático do lapso temporal unicamente pela ciência do réu da sentença condenatória.

Importante mencionar, que esse prazo para pagamento em três dias, não é dirigida ao advogado, mas sim a parte. Portanto, entendo que tal prazo não deve ser contado em dias úteis, mas sim em dias corridos, tal como o prazo para pagamento de 15 (quinze) dias previsto no art. 523 do CPC.

Assim, estabelecidos por sentença ou decisão judicial, os alimentos são cobrados via cumprimento de sentença. Quando se trata de sentença definitiva ou acordo judicial, a busca pelo adimplemento é promovida nos mesmos autos (CPC 531 § 2º). A cobrança dos alimentos provisórios e dos fixados em sentença sujeita a recurso se processa em autos apartados (CPC 531 § 1º).

O caso mais tormentoso, e o que necessita de maiores esclarecimentos se dá quando os alimentos são fixados na sentença, uma vez que, quanto aos alimentos definidos em decisão interlocutória, o §1º do art. 531 não deixou dúvidas que seu processamento se dá em autos apartados.

Assim, §2º do art. 531 não deixa dúvidas que os alimentos fixados em decisão interlocutória e por sentença não transitada em julgado, se dão em autos apartados.

Como já dito, o problema maior se verifica quando há o trânsito em julgado da sentença, e o pedido de cumprimento de sentença.

Esse problema se dá, porque, na prática em 90% das lides nas quais já pude analisar, os exequentes aguardam um certo tempo para que o requerido/executado possa fazer o pagamento da pensão, isso claro quando o mesmo não está empregado formalmente.

Dessa forma, nesses casos, sempre haverá dois tipos de débito a serem cobrados, as parcelas mais recentes, ou seja, as três últimas não pagas, e as anteriores as três últimas.

A partir daí que a questão se apresenta tormentosa, e até o presente momento, não consegui achar um artigo que trate ou aborde esse assunto. Parece que os processualistas fogem ao tema.

Ora, se existem débitos antigos e débitos recentes, como já vimos linhas acima, existem duas modalidades de cobrança,

Observa-se que o Novo Código de Processo aparentemente tratou num único artigo, os procedimentos para execução de alimentos que eram tratados em dois dispositivos diferentes no CPC/73.

Entretanto, tal regramento não aboliu a dicotomia procedimental que era estabelecida pelo CPC/73 uma vez que continua sendo não recomendado, na prática, promover a execução das parcelas recentes, previstas no §7º do art. 528 em conjunto com as parcelas pretéritas mencionados no §8º do art. 528, ante a diferença de procedimentos para as formas de efetivação do crédito alimentar; uma prevendo a prisão civil do devedor e outra prevendo atos de constrição patrimonial.

Assim, entendo que a tramitação de dois procedimentos diferentes, nos mesmos autos, gera um enorme tumulto processual, indo de encontro aos princípios da efetividade e celeridade processual.

A maioria dos doutrinadores e artigos que falam sobre a execução de alimentos, mencionam que o cumprimento de sentença, em ambos os débitos, pretéritos e recentes, devem ser feitos no mesmo processo, por disposição do §2º do art. 528. Entretanto, frise-se, NA PRÁTICA forense, é extremamente complicado serem processados dois procedimentos distintos, e com sanções diferentes, nos mesmos autos. Vejamos.

Os débitos mais recentes, são executados conforme o artigo 528 do CPC, com prazo para pagamento em 03 dias, podendo o executado nesse prazo, pagar o débito, apresentar justificativa ou provar que o já o fez. Caso apresente justificativa, e ela não seja aceita, o juiz decreta a prisão do executado;

Nos débitos mais antigos, por disposição do §8º do art. 528, os mesmos são executados pelo rito do art. 523 do CPC, que tem como prazo para pagamento, 15 dias, podendo o executado também pagar o débito, ou provar que o fez. Caso nesses 15 dias, não pague o débito, inicia o prazo para apresentar impugnação, nas matérias elencadas no art. 525 do CPC. Após a apresentação de impugnação o juiz a decidirá. Caso não seja aceita, iniciam-se os atos de expropriação judicial para satisfação do crédito.

Nesse sentido é a doutrina de Maria Berenice Dias^[2] que dispõe o seguinte:

A cobrança dos alimentos definitivos pode ser levada a efeito nos mesmos autos, seja por meio do cumprimento da sentença ou da execução por coação pessoal. Pretendendo o credor fazer uso de ambos os procedimentos, isto é, quando quiser cobrar tanto as parcelas vencidas há mais de três meses como a dívida recente, mister que o pedido de execução sob a modalidade de prisão seja veiculado em apartado. Nos mesmos autos será buscado o cumprimento da sentença. A diversidade de rito entre as duas formas de cobrança certamente retardaria o adimplemento da obrigação se processadas em conjunto.

E a ilustre doutrinadora continua^[3]:

Havendo parcelas antigas e atuais, não conseguiu o legislador encontrar uma saída. Parece que continua a ser indispensável que o credor proponha dupla execuções, o que só onera as partes e afoga a justiça. A não ser que a cobrança seja feita em sequência. Frustrada a via da prisão, a execução segue pelo rito da expropriação (CPC 530) (grifo nosso)

Como bem observa a autora, permanece assegurado ao exequente, quando seu crédito consistir nas três últimas parcelas, o direito de optar se prefere executar seu crédito pelo rito expropriatório ou pelo rito da prisão civil, devendo este considerar o que lhe é mais favorável:

Mesmo com relação às prestações recentes, independente do período do débito, o credor pode preferir o rito expropriatório (CPC 831 e ss). E este é o único jeito de buscar a cobrança se: não foi aceita a justificativa apresentada o devedor (CPC 528 § 3º) ou se ele já cumpriu a pena de prisão e não pagou (CPC 530)

O Professor Denis Donoso^[4], também tem opinião nesse sentido:

Com o devido respeito, contudo, a opinião contrária – que rejeita a possibilidade de cumulação de execuções de alimentos sob ritos distintos – parece ser mais aceitável, não apenas porque os procedimentos são diferentes (e o art. 780 do CPC literalmente exige que sejam idênticos), mas especialmente pelo fato de que tal cumulação seria agressiva ao princípio da economia processual e à instrumentalidade do processo, fato que se torna mais grave quando o pleito é de alimentos. Não é exagero imaginar, por exemplo, que num determinado momento processual não se saberá mais o que se está cobrando ou a que título o executado fez um pagamento parcial (parcelas recentes ou pretéritas). O direito aos alimentos, exatamente pelas qualidades que ostenta, deve estar blindado de discussões desnecessárias e contraproducentes que invariavelmente surgirão se admitida a cumulação de execuções por técnicas distintas. (grifo nosso)

E ele conclui:

Os requisitos para a cumulação de execuções são aqueles previstos no art. 780 do CPC/2015, entre os quais se inclui a identidade de procedimentos. Deste modo, uma vez constatada a diversidade dos procedimentos das execuções de alimentos pela prisão e pela penhora, revela-se inapropriada a cumulação de execuções utilizando concomitantemente as duas técnicas. Em reforço de argumento, lembre-se de que tal cumulação, longe de proporcionar efetividade à execução de alimentos, causará tumulto processual, exatamente pela diversidade insuperável dos ritos, atentando contra as legítimas e peculiares pretensões do exequente. (grifo nosso)

O STJ já tinha tal entendimento, quando da vigência do CPC de 1973, vejamos:

Ementa:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ALIMENTOS. INADIMPLÊNCIA DE DÉBITO ALIMENTAR ATUAL E PRETÉRITO. AJUIZAMENTO DE DUAS AÇÕES DE EXECUÇÃO. DÉBITOS DIVERSOS. RITOS DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA. INADIMPLEMENTO DOS TRÊS ÚLTIMOS MESES E DOS VENCIDOS APÓS O AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. PRISÃO CIVIL. CABIMENTO. SÚMULA N. 309/STJ. ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE DE PAGAMENTO DO VALOR INTEGRAL DA PRESTAÇÃO ALIMENTAR. EXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO NO WRIT. 1. É cabível o decreto de prisão civil em razão do inadimplemento de dívida atual, assim consideradas as parcelas alimentares vencidas nos três meses antecedentes ao ajuizamento da execução, bem como aquelas que se vencerem no curso da lide. Súmula n. 309/STJ. **2. A cobrança de dívida pretérita composta pelas prestações vencidas há mais de três meses deve seguir o rito da execução por quantia certa contra devedor solvente, prevista no art. 732 do CPC.** 3. **Não há litispendência entre duas ações de execução que versam acerca de prestações alimentares distintas, se uma cobra dívida pretérita pelo rito do art. 732 do CPC e a outra cobra dívida atual, nos moldes do art. 733 do CPC.** 4. O recurso ordinário em habeas corpus não é a via adequada para o exame aprofundado de provas relativas à condição econômica do devedor e à necessidade do credor dos

alimentos. 5. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ - RHC: 33269 PB 2012/0135284-4, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 04/06/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/06/2013) (grifo nosso)

Nesse breve resumo sobre as etapas iniciais dos procedimentos, verifica-se o tumulto processual que pode ser causado, com o processamento de dois procedimentos nos mesmos autos, não somente em relação as sanções para os tipos de inadimplemento, mas pela natureza dos atos processuais a serem seguidos em cada um deles.

A meu ver, o mais acertado é fazer com que um dos procedimentos, tramite em apenso, não como uma forma de deixar o processo mais burocrático e não célere, mas apenas como uma forma de organização e encadeamento dos atos processuais de forma coesa, inclusive para possibilitar as partes, a certeza sobre qual débito está sendo executado, bem como as impugnar as decisões judiciais de forma mais acertada.

4-CONCLUSÃO

Com este pequeno trabalho, procurei mostrar que havendo parcelas antigas e atuais (vencidas a mais de três meses), não conseguiu o legislador encontrar uma saída. Continua sendo indispensável que o credor desencadeie duplo procedimento.

Com relação às três últimas parcelas, pode usar a via da prisão. Quanto às mais antigas, é necessário fazer uso da via expropriatória. Ambos os processos correm em paralelo. Mesmo que o devedor cumpra a pena e não pague os alimentos, a execução prossegue pelo rito da expropriação (CPC 530). Impositivo que, neste caso, as execuções sejam apensadas e prossigam em um único processo, pela integralidade do débito.

5-REFERÊNCIAS

Prisão ou expropriação: os procedimentos para cobrança de alimentos no Novo CPC – Por Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/prisao-ou-expropriacao-os-procedimentos->

para-cobranca-de-alimentos-no-novo-cpc-por-fernanda-sell-de-souto-goulart-fernandes/. Acesso em 16/02/2017.

-DIAS, Maria Berenice. A cobrança dos alimentos no novo CPC. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/cobranca-dos-alimentos-no-novo-cpc/>. Acesso em 15/02/2017.

-Madaleno, Rolf. Curso de direito de família – 6ª ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 1106.

- A Execução de Alimentos pelo novo Código de Processo Civil. FOGAÇA. Magno Angelo Ribeiro. Disponível em: <https://magnofogaca.jusbrasil.com.br/modelos-pecas/323450471/a-execucao-de-alimentos-pelo-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 15/02/2017.

-DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2004. V. 4.

-THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 41. Ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. V. 2.

-ARCOS. Artigos. A execução da ação de alimentos e o cumprimento de sentença. Disponível em: ? <http://www.arcos.org.br/artigos/a-execucao-da-ação-de-alimentoseo-cumprimento-de-sentenca/>>. Acesso em: 15/02/2015.

-MARATIMBA. Da execução de alimentos no Novo CPC. Disponível em: <http://WWW.maratimba.com/news/da-execucao-de-alimentos-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 15/02/2015.

- Dias, Maria Berenice. EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS E AS REFORMAS DO CPC. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Editora Espaço Jurídico.

- DIAS, Maria Berenice. A cobrança dos alimentos no novo CPC. Migalhas. [S. l.]. 2015.

NOTAS:

[1] BERENICE DIAS, Maria. A execução de alimentos frente às reformas do CPC. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/29 - a execu%27%23o dos alimentos frente %20s reformas do cpc.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/29_-_a_execu%27%23o_dos_alimentos_frente_%20s_reformas_do_cpc.pdf).

[2] Dias, Maria Berenice. EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS E AS REFORMAS DO CPC. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Editora Espaço Jurídico.

[3] DIAS, Maria Berenice. A cobrança dos alimentos no novo CPC. Migalhas. [S. l.]. 2015.

[4] (DA (IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE EXECUÇÕES DE ALIMENTOS: RITO DA PENHORA E RITO DA PRISÃO. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/da-im-possibilidade-de-cumulacao-de-execucoes-de-alimentos-rito-da-penhora-e-rito-da-prisao-por-denis-donoso>. Acesso em 20/06/2018.

ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS NOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO E DOS ÓRGÃOS GESTORES DE RECURSOS HÍDRICOS ESTADUAIS

ALICE SANTOS VELOSO NEVES: Advogada, graduada em 2002/02 pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas - PPGDP, nível Mestrado Profissional, da Universidade Federal de Goiás. Assessora jurídica da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

RESUMO: Com intuito de discussão sobre o complexo assunto de regulação de recursos hídricos e de saneamento básico, eminentemente para solução de quem é o ente competente para fiscalização em momentos de crises hídricas, necessário se faz melhor definição e compreensão dos limites de competência de cada órgão e ente para a melhoria das políticas públicas dessas duas áreas e para incentivar o aumento da eficiência dos serviços de saneamento básico. Discute-se, ainda, a recente editada a Medida Provisória nº 844 de 06 de julho de 2018, que *atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, e a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País.*

Palavras-chave: Regulação; Políticas Públicas; Gestão de Recursos Hídricos; Saneamento Básico; Medida Provisória nº 844/2018.

1. Declaração de escassez hídrica

A declaração de situação de escassez hídrica deve ser embasada em estudo de disponibilidade de água em quantidade e qualidade para os usos

múltiplos, dentre outros elementos que possam estabelecer a segurança hídrica, bem como que possibilitem a indicação de diretrizes e critérios gerais para a definição de situação crítica de escassez hídrica e estado de restrição de uso de recursos hídricos de domínios hidrográficos federais ou estaduais.

O uso racional dos recursos hídricos permeia toda a legislação da matéria. O art. 46 da Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento dispõe que:

Art. 46. Em situação crítica de escassez ou contaminação de recursos hídricos que obrigue à adoção de racionamento, **declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos**, o ente regulador poderá adotar mecanismos tarifários de contingência, com objetivo de cobrir custos adicionais decorrentes, garantindo o equilíbrio financeiro da prestação do serviço e a gestão da demanda.

Sobre os Planos de Recursos Hídricos o art. 7º da Lei nº 9.433/97 esclarece que:

Art. 7º Os Planos de Recursos Hídricos são planos de longo prazo, com horizonte de planejamento compatível com o período de implantação de seus programas e projetos e terão o seguinte conteúdo mínimo:

I - diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos;

II - análise de alternativas de crescimento demográfico, de evolução de atividades produtivas e de modificações dos padrões de ocupação do solo;

III - balanço entre disponibilidades e demandas futuras dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade, com identificação de conflitos potenciais;

IV - metas de racionalização de uso, aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponíveis;

V - medidas a serem tomadas, programas a serem desenvolvidos e projetos a serem implantados, para o atendimento das metas previstas;

VI - (VETADO)

VII - (VETADO)

VIII - prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos;

IX - diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos;

X - propostas para a criação de áreas sujeitas a restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos.

Nesse sentido, verifica-se que nos termos do inciso IV do artigo acima descrito cabe aos Planos de Recursos Hídricos, que são de longo prazo, a previsão de metas de racionalização de uso.

Em tempos de racionamento do uso da água cada vez mais verifica-se a determinação de racionalização dos usos dos recursos hídricos, que podem ser de domínio federal ou estaduais.

O art. 29 a 31 da Lei nº 9.433/1997 estabelece o sistema de competências sobre os recursos hídricos:

Art. 29. Na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, compete ao Poder Executivo Federal:

I - tomar as providências necessárias à implementação e ao funcionamento do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

II - outorgar os direitos de uso de recursos hídricos, e regulamentar e fiscalizar os usos, na sua esfera de competência;

III - implantar e gerir o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos, em âmbito nacional;

IV - promover a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental.

Parágrafo único. O Poder Executivo Federal indicará, por decreto, a autoridade responsável pela efetivação de outorgas de direito de uso dos recursos hídricos sob domínio da União.

Art. 30. Na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, cabe aos Poderes Executivos Estaduais e do Distrito Federal, na sua esfera de competência:

I - outorgar os direitos de uso de recursos hídricos e regulamentar e fiscalizar os seus usos;

II - realizar o controle técnico das obras de oferta hídrica;

III - implantar e gerir o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos, em âmbito estadual e do Distrito Federal;

IV - promover a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental.

Art. 31. Na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, os Poderes Executivos do Distrito Federal e dos municípios promoverão a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federal e estaduais de recursos hídricos.

Observe que o art. 31 da lei de gestão de recursos hídricos menciona a necessidade de atuação conjunta dos poderes para implementação da Política Nacional e Estadual de Recursos Hídricos e integração com a política de saneamento básico.

E é nesse ponto que este artigo merece quer trazer reflexão, como integrar as políticas de saneamento básico e de recursos hídricos, que facilitem tanto o uso adequado e racional das águas quanto melhorem a eficiência da prestação dos serviços de saneamento básico?

2. Gestão de Recursos Hídricos Estaduais

Para melhor compreensão da Gestão dos Recursos Hídricos torna-se primordial o esclarecimento sobre os instrumentos dispostos na Política Nacional de Recursos Hídricos, nos termos da Lei federal nº 9.433/97, a qual geralmente encontra legislação similar de âmbito estadual, como a lei do estado de Goiás nº 13.123/97, que dispõe sobre normas de orientação à política estadual de recursos hídricos, bem como ao sistema integrado de gerenciamento de recursos hídricos de sua competência.

A gestão dos recursos hídricos constitui-se em um processo compartilhado, de decisão descentralizada, da forma dos usos das águas, proteção e conservação, em que participam o poder público, a sociedade e os usuários, por meio do Conselho de Recursos Hídricos e dos Comitês de Bacias Hidrográficas.

Um dos princípios da política estadual de recursos hídricos é o gerenciamento participativo e integrado e a *compatibilização do gerenciamento dos recursos hídricos com o desenvolvimento regional, observando os aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos e com a proteção do meio ambiente*, conforme incisos I e VII da Lei do estado de Goiás nº 13.123/97.

Nos termos do art. 33 da Lei federal nº 9.433/97 temos que o Sistema de Gestão de Recursos Hídricos é integrado essencialmente pelo:

- **Conselho de Recursos Hídricos (nacional ou estadual):** um Conselho consultivo, normativo e deliberativo, responsável pelas diretrizes da gestão e organização do sistema;

- **Comitês de Bacias Hidrográficas:** Colegiado com atribuições consuntivas, normativas e deliberativas, responsável pelas diretrizes da gestão na bacia hidrográfica;

- **Órgão Gestor:** órgão responsável por executar as ações necessárias à gestão e aplicação dos instrumentos de gestão.

Dentre as atribuições dos Comitês de Bacia Hidrográfica verifica-se que é de sua competência o acompanhamento da execução do Plano de Recursos Hídricos da bacia e sugestão necessárias ao cumprimento de suas metas, conforme descrição do inciso IV do art. 38 da Lei federal nº 9.433/97.

Nesse sentido denota-se que os comitês de bacia hidrográfica deliberam sobre o uso das águas e aos órgãos gestores de recursos hídricos competem a execução das ações para colocar em prática as decisões dos comitês de bacia hidrográfica.

Os estados brasileiros e o Distrito Federal possuem órgãos específicos para a gestão da água. O gerenciamento é realizado por meio da emissão da autorização de uso dos recursos hídricos de domínio dos Estados e através da fiscalização dos usos da água. Além disso, os órgãos gestores são responsáveis por planejar e promover ações direcionadas à preservação da quantidade e da qualidade das águas.

Esses órgãos fazem parte da estrutura do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH) e atuam de forma integrada e articulada com os demais entes do Sistema.

Em todo o território brasileiro apenas à Agência Nacional de Águas (ANA) e a Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal (ADASA) são agências reguladoras e concomitantemente órgão gestor dos recursos hídricos e ente fiscalizador do serviço de saneamento básico. Nos demais estados brasileiros a adoção de medidas em relação aos recursos hídricos estaduais demandam de ação da estrutura da gestão das referidas águas e execução pelo órgão gestor estadual que compete a Administração Direta.

O gestor das porções de recursos hídricos estaduais é quem executa a eventual declaração de escassez hídrica, realizando atos como a suspensão tanto da emissão de novas outorgas de direito de uso consuntivo de recursos hídricos como o provimento de solicitações de retificação de aumento de vazões e/ou de volumes captados.

3. Política de Saneamento Básico

A lei federal nº 11.445/2007 estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico.

O conceito de saneamento básico é previsto na indicada lei como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais urbanas.

A Lei federal nº 11.445/2007 reforçou o papel das entidades reguladoras dos serviços públicos de saneamento básico, atribuindo-lhes competências para regular sobretudo os aspectos técnicos, econômicos e sociais, visando a melhoria da qualidade dos serviços, a sustentabilidade econômico-financeira e a modicidade tarifária.

Houve também a definição das competências quanto à coordenação e atuação dos diversos agentes envolvidos no planejamento e execução da política federal de saneamento básico no País.

O art. 52 da lei que estabelece a política nacional de saneamento básico impõe obrigação à União a elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico e dos Planos Regionais de Saneamento Básico, que devem ser elaborados e executados em articulação com os entes estatais, Distrito Federal e Municípios, senão vejamos:

Art. 52. A União elaborará, sob a coordenação do Ministério das Cidades:

I - o Plano Nacional de Saneamento Básico - PNSB que conterà:

a) os objetivos e metas nacionais e regionalizadas, de curto, médio e longo prazos, para a universalização dos serviços de saneamento básico e o alcance de níveis crescentes de saneamento básico no território nacional, observando a compatibilidade com os demais planos e políticas públicas da União;

b) as diretrizes e orientações para o equacionamento dos condicionantes de natureza político-institucional, legal e jurídica, econômico-financeira, administrativa, cultural e tecnológica com impacto na consecução das metas e objetivos estabelecidos;

c) a proposição de programas, projetos e ações necessários para atingir os objetivos e as metas da Política Federal de Saneamento Básico, com identificação das respectivas fontes de financiamento;

d) as diretrizes para o planejamento das ações de saneamento básico em áreas de especial interesse turístico;

e) os procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações executadas;

II - planos regionais de saneamento básico, elaborados e executados em articulação com os Estados, Distrito Federal e Municípios envolvidos para as regiões integradas de desenvolvimento econômico ou nas que haja a participação de órgão ou entidade federal na prestação de serviço público de saneamento básico.

A regulação e atuação das agências reguladoras que fiscalizam os serviços de saneamento básico fica limitada à busca da eficiência da prestação dos serviços de saneamento básico e para verificação das condições de sua sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro, nos termos dos artigos 12 e 22 da Lei federal nº 11.445/2007:

Art. 12. Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e de fiscalização.

§ 1º A entidade de regulação definirá, pelo menos:

[...]

II - as normas econômicas e financeiras relativas às tarifas, aos subsídios e aos pagamentos por serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos;

[...]

§ 2º O contrato a ser celebrado entre os prestadores de serviços a que se refere o caput deste artigo deverá conter cláusulas que estabeleçam pelo menos:

[..]

V - as regras para a fixação, o reajuste e a revisão das taxas, tarifas e outros preços públicos aplicáveis ao contrato;

Art. 22. São objetivos da regulação:

I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;

II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;

III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência;

IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

No Brasil a responsabilidade pelo planejamento e execução dos serviços de saneamento básico é municipal.

O art. 23, inciso IX da Constituição Federal atribui à União, Estados e Municípios a competência comum para a promoção de melhorias nas condições de saneamento básico. Entretanto, a titularidade dos serviços de saneamento foi alvo de grande discussão jurídica, vez que não há designação expressa do ente titular desses serviços.

O inciso V do art. 30 da carta Magna indica que compete *aos municípios organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte coletivo que tem caráter essencial.*

Com o intuito de resolver a questão o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842/RJ decidiu que a titularidade dos serviços de saneamento é realmente municipal, com exceção das regiões metropolitanas, onde essa titularidade municipal é dividida com o poder estadual.

A lei federal 11.445/2007 define em seu artigo 8º que os *titulares dos serviços de saneamento poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços.* Nesse sentido, torna-se possível a delegação dos serviços de saneamento básico de ente titular do serviço.

O art. 19 da Lei nº 11.445/2007 reforça a competência do titular do serviço de saneamento nos parágrafos abaixo transcritos:

Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:

§ 1º Os planos de saneamento básico serão editados pelos titulares, podendo ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço.

§ 2º A consolidação e compatibilização dos planos específicos de cada serviço serão efetuadas pelos respectivos titulares.

§ 3º Os planos de saneamento básico deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos.

[...]

Assim temos, uma situação interessante. Apesar dos recursos hídricos e saneamento básico serem indissociáveis a fiscalização e controle pelos usos das águas, sua outorga e gestão dos recursos hídricos de domínios estaduais são realizadas pelo órgão gestor que geralmente são distintos daqueles que realizam a fiscalização dos serviços de saneamento básico, titular do serviço ou o Estado, mediante convênio ou em região metropolitana, com exceção do ente distrital - Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal (ADASA) - que é concomitantemente agência reguladora fiscalizadora dos serviços de saneamento básico e órgão gestor dos recursos hídricos.

4. Medida Provisória nº 844/2018

A recente Medida Provisória nº 844 de 06 de julho de 2018 atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, e a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País.

Sobre o tema a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR emitiu em 9 de julho de 2018 nota de repúdio à MP 844/2018, pois entende que a ampliação da competência da Agência Nacional de Águas – ANA, para também exercer a regulação do saneamento básico em caráter referencial, com vinculação do repasse de recursos da União à aderência às normas editadas pela Agência, interfere na autonomia das entidades reguladoras subnacionais^[1] e esclarece que adotará todas as medidas que julgar necessárias para a manutenção do Pacto Federativo. Segue nota integral abaixo colacionada:

Nota de Repúdio à Medida Provisória 844/2018
9 de julho de 2018

A Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR emitiu em 9 de julho de 2018 nota de repúdio à MP 844/2018,

assinada por seu Presidente, Fernando Alfredo Rabelo Franco. Confira:

O Governo Federal apresentou, no dia 06 de julho, a Medida Provisória (MP) nº 844/2018, que altera o marco regulatório do saneamento básico. A referida MP apresenta temas complexos e polêmicos, com propostas em graus de maturidade diferentes, razão pela qual a sua aprovação necessitaria de um debate aprofundado com a sociedade e as instituições afetas ao setor. Neste sentido, lamentamos profundamente a falta de sensibilidade por parte do Governo ao editar tais mudanças na forma de MP que, se aplicadas, causarão desorganização do setor, com impactos nos investimentos e prejuízos à prestação e regulação dos serviços.

Na MP nº 844/2018, a competência da Agência Nacional de Águas – ANA foi ampliada para a regulação do saneamento básico. Embora seu caráter seja referencial, a MP impõe a atuação da regulação pela ANA, uma vez que vincula o repasse de recursos da União à aderência às normas editadas pela Agência.

Numa leitura inicial, considerando que o setor depende de recursos federais, verifica-se que a ANA se tornará a agência setorial, o que enfraquecerá a autonomia das entidades reguladoras subnacionais, que se tornarão, por conseguinte, meras executoras das decisões da ANA.

No que tange ao aspecto da competência regulatória, a nosso ver, na forma apresentada, o texto é inconstitucional, ao adentrar na competência das agências reguladoras subnacionais, posto que as regras contidas no §1º do artigo 4º da citada MP tratam de matéria eminentemente regulatória, que não pode ser minimizada mediante a malsinada conotação de se tratar tais imposições como normas de referência.

A Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR apoia a iniciativa de elaboração de normas de referência e, desde a sua fundação, tem atuado neste sentido, ofertando às Agências Reguladoras documentos de referência para a edição de normas regulatórias, respeitadas as características regionais.

Além disso, atua fortemente em capacitação e parcerias com o Governo Federal, em especial junto aos Ministérios das Cidades e do Planejamento, elevando, desta forma, o nível de atuação dos reguladores.

Atribuir os problemas que impedem a universalização dos serviços de saneamento básico ao Marco Regulatório consiste em um grande equívoco. Sua reformulação na forma imposta em nada contribuirá para a modificação dos índices de cobertura do saneamento básico, haja vista a necessidade de se avançar, por exemplo, no planejamento e em regras que estimulem de forma transparente e eficaz a participação do segmento privado, bem como o fortalecimento da regulação subnacional.

Diante do exposto e considerando a relevância do tema, faz-se necessária a revisão da Lei nº 11.445/2007. Porém, o processo de debate necessita ser ampliado em termos de participação das entidades setoriais, possibilitando a manifestação da sociedade e impedindo que Estados e Municípios sejam prejudicados ou tenham suas competências constitucionais usurpadas.

Com fundamento nas razões expostas, a ABAR considera a aprovação da aludida MP uma afronta às suas iniciativas já levadas a efeito, bem como as contribuições encaminhadas aos diversos setores do governo, sempre no sentido de cooperar para que o Marco Regulatório do Saneamento fosse aperfeiçoado de maneira a atender as expectativas de todos os segmentos envolvidos, públicos e privados, entes de governo em seus diversos níveis, sem gerar consequências que julgamos danosas e irreversíveis para a sociedade brasileira, principalmente se considerarmos o atual momento político, econômico e social pelo qual atravessa o País.

A ABAR adotará, doravante, todas as medidas que julgar necessárias para a manutenção do Pacto Federativo, mediante mobilização de suas Associadas, visando à conscientização da base parlamentar em seus respectivos Estados, com o objetivo de levar ao conhecimento do Congresso Nacional os efeitos negativos que a mencionada MP trará ao setor do saneamento básico brasileiro.

5. Conclusão

As porções hídricas estaduais não podem ser esquecidas quando se fala em gestão de recursos hídricos e saneamento básico, pois o que se verifica é que as discussões de interação entre as políticas públicas dessas duas áreas geralmente levam em conta apenas os recursos hídricos federais, devendo ser visto com precaução atos de inovação como a edição da Medida Provisória nº 844 de 06 de julho de 2018.

É certo que há necessidade de padronização dos atos para melhoria constante da regulação, controle e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, mas que estas não sejam realizadas via engessamento e corte da autonomia dos estados e municípios pela União, via a Agência Nacional de Águas – ANA.

A atuação em cooperação entre os diversos atores é fundamental para a prestação do serviço de saneamento básico com a eficiência almejada e na forma descrita em lei. Para tanto necessário se faz a coordenação de atos que visem a melhoria da gestão de recursos hídricos de domínio estadual sem a retirada da autonomia dos titulares dos prestadores de serviços de saneamento básico do âmbito estadual e municipal, a quem compete atuar nas questões tarifárias desse setor, devendo definir inclusive sobre eventual pedido de contingência tarifária.

REFERÊNCIAS

ABAR. **Nota de Repúdio à Medida Provisória nº 844/2018**. Disponível em: Acesso em 10 de jul. 2018.

BRASIL. Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997. **Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989**. Disponível em Acesso em 10 Jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.455, de 5 de janeiro de 2007. **Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de**

dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em Acesso em 10 Jul. 2018.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GOIÁS. Lei nº 13.123, de 16 de julho de 1997. **Estabelece normas de orientação à política estadual de recursos hídricos, bem como ao sistema integrado de gerenciamento de recursos hídricos e dá outras providências.** Disponível em <
http://www.gabinetcivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=2760> Acesso em 10 de Jul. 2018.

OLIVEIRA, Guilherme Resende. **Apostila de Avaliação de Políticas Públicas – avançado.** Goiânia: Superintendência da Escola de Governo Henrique Santillo, 2017.

STF. Notícias STF. **Julgada ADI sobre criação da região metropolitana do Rio.** Disponível em: Acesso em 10 de Jul. de 2018.

NOTA:

[1] Disponível em: Acesso em 10 de jul. 2018.

LICITAÇÕES

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo fazer um breve estudo sobre o instituto da licitação, analisar o instituto da licitação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o seu procedimento. Aborda de forma clara e objetiva os conceitos básicos de licitações bem como o entendimento da doutrina consagrada.

Palavras-chave: Licitações. Procedimento. Administração pública.

Abstract: This article aims to make a brief study on the bidding institute, to analyze the bidding institute in the Brazilian legal system, as well as its procedure. It addresses clearly and objectively the basic concepts of bidding as well as the understanding of consecrated doctrine.

Keywords: Tenders. Procedure. Public administration.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo hacer un breve estudio sobre el instituto de la licitación, analizar el instituto de la licitación en el ordenamiento jurídico brasileño, así como su procedimiento. Aborda de forma clara y objetiva los conceptos básicos de licitaciones así como el entendimiento de la doctrina consagrada.

Palabras clave: Las licitaciones. Procedimiento. Administracion publica.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

A licitação é o procedimento obrigatório a ser utilizado pela Administração Pública para realizar suas contratações, sejam as aquisições de bens e serviços ou as alienações. É regida principalmente pela Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) e Lei Federal nº 10.520/02 (Lei do Pregão).

O ato convocatório (edital ou convite) tem por finalidade fixar as condições necessárias à participação dos licitantes, ao desenvolvimento da licitação e à futura contratação, além de estabelecer um elo entre a Administração e os licitantes. Deve ser claro, preciso e fácil de ser consultado.

A licitação é o procedimento administrativo formal, indispensável aos procedimentos de compra, aquisição ou contratação de bens e serviços, em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para esse fim.

2 Desenvolvimento

A Licitação Pública é um instrumento consagrado na Constituição Federal do Brasil de 1988 no seu artigo 37, inciso XXI, que diz:

(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).

A Constituição de 1988 foi fundamental para a criação de novas leis no ordenamento jurídico e administrativo, dentre as quais: a Lei Federal nº 8.666 de 1993, que instituiu o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

A Lei 8.666/93 constitui um meio pelo qual o gestor público procederá à administração do erário na contratação de bens e serviços, optando pela melhor forma de aquisição, ou seja, pelo menor preço, prazo e qualidade, observando a necessidade do órgão público licitante quanto à descrição do objeto ou serviço de aquisição.

Na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello^[1], "Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas

relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir". (MELLO, Curso de Direito Administrativo, 2004. p. 483.)

Nas palavras de Adilson Abreu Dallari^[2] "o instituto da licitação assumiu grande importância atualmente, devido ao aumento na esfera de atuação da Administração Pública, por meio do desempenho de novas funções exigidas pela complexidade da vida moderna". (DALLARI, Aspectos jurídicos da licitação, 1992. p. 89.)

O procedimento licitatório deve observar os seguintes princípios:

Moralidade: comportamento correto, liso e honesto da Administração.

Impessoalidade: proibição de qualquer critério subjetivo, tratamento diferenciado ou preferência, durante o processo licitatório para que não seja frustrado o caráter competitivo desta.

Legalidade: disciplina a licitação como uma atividade vinculada, ou seja, prevista pela lei, não havendo subjetividade do administrador.

Probidade: estrita obediência às pautas de moralidade, incluindo não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, bem como as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes.

Publicidade: transparência dos atos da Administração Pública.

Julgamento objetivo: vedação da utilização de qualquer critério ou fator sigiloso, subjetivo, secreto ou reservado no julgamento das propostas que possa elidir a igualdade entre os licitantes. Artigo 44, da Lei 8666/93.

Vinculação ao Instrumento Convocatório: respeito às regras estabelecidas no edital ou na carta-convite – artigo 41, Lei 8666/93.

Sigilo das propostas: é um pressuposto de igualdade entre os licitantes. O conteúdo das propostas não é público, nem acessível até o momento previsto

para sua abertura, para que nenhum concorrente se encontre em situação vantajosa em relação aos demais.

Competitividade: o procedimento de licitação deve buscar o melhor serviço pelo menor preço.

As licitações possuem seis modalidades: Concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão.

A Concorrência exige requisitos de habilitação (exigidos no edital), na fase inicial, comprovados documentalmente. Esta modalidade ocorre quando se trata de concessão de direito real de uso, de obras ou serviços públicos – de engenharia ou não –, na compra e venda de imóveis (bens públicos), licitações internacionais. A Lei 8666/93 em seu art. 23 define os limites de valores para esta modalidade: Acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia; e acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços de outras naturezas.

A Tomada de preços é a espécie que necessita de um certificado do registro cadastral (CRC), ou seja, necessita comprovar os requisitos para participar da licitação até o terceiro dia anterior ao término do período de proposta.

O Convite não requer publicação de edital. Trata-se de uma contratação mais célere. Os interessados sejam cadastrados ou não, são escolhidos e convidados em número mínimo de três licitantes. Os demais interessados que não forem convidados, poderão comparecer e demonstrar interesse com vinte e quatro horas de antecedência à apresentação das propostas.

No Concurso, ocorrerá a escolha de trabalho científico, artístico, ou técnico com prêmio ou remuneração aos vencedores, conforme o edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias. A escolha do vencedor será feita por uma comissão julgadora especializada na área.

A modalidade de licitação denominada Leilão não se confunde com o leilão mencionado no Código de Processo Civil. Esta espécie licitatória versa

sobre a venda de bens inservíveis para a Administração Pública, de mercadorias legalmente apreendidas, de bens penhorados (dados em penhor – direito real constituído ao bem) e de imóveis adquiridos pela Administração por dação em pagamento ou por medida judicial.

O Pregão foi instituído pela lei 10520/02, e versa sobre a aquisição de bens e serviços comuns (serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital).

O Decreto nº 9.412/2018, que atualiza os valores limite de três modalidades de licitação – convite, tomada de preços e concorrência. Os valores alterados na Lei nº 8.666/1993 foram reajustados em 120 %, que correspondem à metade do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) acumulado de maio de 1998 a março de 2018.

Além da atualização de acordo com a inflação, a medida visa aprimorar a gestão pública. Os novos valores terão como resultado procedimentos de compras menos onerosos, considerando-se o custo indireto de uma licitação em relação aos valores dos bens e contratações que são objeto dessas modalidades de licitação.

Os valores estabelecidos ficam atualizados da seguinte forma:

Para obras e serviços de engenharia na modalidade convite até R\$ 330 mil; tomada de preços até R\$ 3,3 milhões e concorrência acima de R\$ 3,3 milhões.

Compras e serviços na modalidade convite até R\$ 176 mil; tomada de preços até R\$ 1,43 milhão e concorrência acima de R\$ 1,43 milhão.

Contratações por meio de dispensa de licitação também foram atualizadas. Nesse caso, os valores máximos são de R\$ 33 mil para obras e serviços de engenharia e R\$ 17,6 mil para as demais licitações. Os limites correspondem a 10% do previsto na modalidade convite, conforme estabelece a Lei de Licitações, no artigo 24.

O Decreto nº 9.412/2018 se aplica a todos os entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), uma vez que cabe à União, exclusivamente, legislar sobre normas gerais de licitação e contratação.

Muitas pessoas confundem as modalidades de licitação com os tipos de licitação, porém ambos são distintos.

Os tipos de licitação são os critérios de julgamento utilizados para a seleção do tipo de negócio mais vantajoso pela Administração Pública. Os principais são: Menor preço; Melhor Técnica; e Técnica e Preço.

Menor preço: quando a proposta mais vantajosa para a entidade pública é o menor preço.

Melhor técnica: quando a proposta escolhida pela entidade pública é feita com base em características de ordem técnica.

Técnica e preço: consiste na proposta com o melhor custo-benefício, ou seja, um equilíbrio ponderado entre boas técnicas e bons preços para a Administração Pública.

Maior lance: quando relacionado a venda de bens, o licitante que oferecer o maior valor pelo produto é o contemplado.

Fase interna

Nessa fase é que se concentram os atos que definirão os rumos da licitação, isto é, o planejamento da licitação.

“Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para então, partir-se para verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e

estudos que permitam chegar a essa conclusão". (Acórdão nº 994/2006, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar.)

Ao dar início a uma licitação, a Administração Pública deve atentar para a existência de previsão orçamentária. Fazer uma licitação sem recursos previstos é, no mínimo, ato de má gestão. A Lei nº 8.666/93 é clara, no art. 7º, § 2º, inc. III, ao prever que:

"§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;"

"6. De acordo com o caput do art. 38, da Lei 8.666/93, desde a abertura do processo administrativo da licitação é necessária a indicação dos recursos apropriados. No edital, é obrigatório definir as condições para o atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento do seu objeto, segundo o inciso VIII do art.40 da mesma lei.

7. Também, pelo inciso III do § 2º do art. 40 da Lei 8.666/93, é preciso que o edital da licitação esteja acompanhado da minuta do contrato a ser firmado, onde, em cumprimento ao inciso V do art. 55, há que ficar estabelecido 'o crédito pelo qual correrá a despesa com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica'

8. Daí decorre a jurisprudência deste Tribunal, que se posiciona pela exigência de que o edital venha consignado da dotação orçamentária que dará suporte às despesas.

9. Entretanto, é de se reconhecer que a Lei nº 8.666/93 tem como efetivamente grave e passível de anulação a compra realizada sem a indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, consoante o art. 14". (Acórdão nº 3.034/2005, 1ª C., Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça.)

Além da previsão orçamentária, a Administração Pública deve ter conhecido e definido quanto quer gastar com aquela contratação. Encontramos rica jurisprudência acerca da necessidade de realização da pesquisa de preços. Vejamos posicionamento do TCU:

“A importância da realização de uma ampla pesquisa de preços no mercado e de uma correta estimativa de custos é inconteste, pois fornece os parâmetros para a Administração avaliar a compatibilidade das propostas ofertadas pelos licitantes com os preços praticados no mercado e verificar a razoabilidade do valor a ser desembolsado, afastando a prática de atos possivelmente antieconômicos.

6. O preço estimado é o parâmetro de que dispõe a Administração para julgar as licitações e efetivar contratações, e deve refletir adequadamente o preço corrente no mercado e assegurar efetivo cumprimento, dentre outros, dos princípios da economicidade e da eficiência”. (Acórdão nº 710/2007, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro.)

“É importante notar que a pesquisa de preços não constitui mera exigência formal estabelecida pela Lei. Trata-se, na realidade, da etapa essencial ao processo licitatório, pois estabelece balizas para que a Administração julgue se os valores ofertados são adequados. Sem valores de referência confiáveis, não há como avaliar a razoabilidade dos preços dos licitantes”. (Acórdão nº 1.405/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça.)

Definir com clareza e exatidão o objeto que vai atender à necessidade da Administração é de grande importância para o sucesso da licitação. O mercado é rico em opções, e a Administração Pública é livre para utilizar os recursos disponíveis para chegar ao objeto que melhor atenda àquela necessidade.

A modalidade de licitação não é definida aleatoriamente, ela será feita com base no art. 22, da Lei nº 8.666/93.

“Com relação à modalidade de licitação, sabe-se que o principal critério para definir se o administrador utilizará o convite, a tomada de preços ou a concorrência é o valor estimado do objeto a ser licitado”. (Acórdão TCU nº 103/2004.)

Abrimos um parêntese para uma observação acerca da modalidade Pregão, uma modalidade recente em nosso ordenamento, posterior à Lei nº 8.666/93.

O pregão presencial possui diploma legal próprio, sendo a Lei nº 10.520/02 encarregada das normas gerais da modalidade. Já o Pregão Eletrônico encontra-se regulamentado pelo Decreto nº 5.540/05. Contudo, os preceitos gerais ditados pelas Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02 deverão ser observados, bem como aplicados, no que couber, ao Pregão Eletrônico.

No que se refere à aplicação da Lei nº 10.520/02 e do Decreto 5.450/05, Joel de Menezes Niebuhr^[3], afirma: “Como já afirmado, o pregão eletrônico subordina-se às disposições da Lei nº 10.520/02, ainda que ela não prescreva normas que se seja específicas. É a Lei nº 10520/02 que cria a modalidade pregão, tanto em sua faceta presencial, quanto em sua faceta eletrônica”. (NIEBUHR, Pregão Presencial e Eletrônico, 2006. p. 297.)

O pregão eletrônico foi instituído pela União a todos os entes da Administração Federal com adoção obrigatória para compras e contratação de serviços comuns, por se tratar de uma modalidade extremamente moderna e transparente.

Outro ponto importante é a definição expressa do tipo de licitação, consubstanciado no § 1º do art. 45, da Lei de Licitações, pois, segundo comentário de Marçal Justen Filho^[4], “A definição do tipo de licitação produz reflexos não apenas sobre o julgamento das propostas. O próprio procedimento licitatório, em toda sua fase externa, variará consoante o tipo de licitação”. (JUSTEN FILHO, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2008. p. 554.)

Art. 45 (...)

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que

apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

A importância do edital

Na obra de Adilson Abreu Dallari encontramos a definição de edital, em sentido amplo, segundo o que ensinou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assim definido como 'instrumento pelo qual se faz pública, pela imprensa ou em lugares apropriados das repartições, certas notícias, fato ou ordenança, às pessoas nele referidas e outras que possam ter interesse a respeito do assunto que nele contém'. Já em sentido estrito, 'Hely Lopes Meirelles, com a clareza que lhe é peculiar, afirma que o edital é instrumento pelo qual a administração leva ao conhecimento público sua intenção de realizar uma licitação e fixa as condições de realização dessa licitação'''. (DALLARI, Aspectos jurídicos da licitação, 1992. p. 90.)

A elaboração do edital, ou ato convocatório, é atividade de elevada importância e deverá possuir amplo caráter de legalidade. É nele que serão estipuladas as regras que se aplicarão à disputa: desde critérios de habilitação e classificação, a preço, pagamento, sanções, demais regras procedimentais, e minuta do contrato administrativo que será firmado com o vencedor.

O art. 41 da Lei nº 8.666/93, prevê que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei.

A impugnação ao edital é um meio administrativo de contestação da legalidade de cláusulas do ato convocatório, que pode ser exercitado pelo licitante ou por qualquer cidadão (§§ 1º e 2º do art. 41). Deve ser entendido como uma forma de provocação da Administração à verificação da legalidade do ato convocatório (Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, edição 720/67/SET/1999, Seção Perguntas e Respostas, p. 1.)

Os licitantes se submeterão às cláusulas do edital, que estipulará os requisitos para habilitação e qualificação no certame, bem como a minuta de contrato. Daí a importância de este estar revestido de legalidade, só assim, garantirá o tratamento igualitário entre os interessados, e afastando cláusulas que restrinjam ou venham ferir o princípio da competitividade.

Para que isso aconteça, o edital deve ser submetido à análise e aprovação da assessoria jurídica do órgão que está promovendo a licitação, e, de acordo com o art. 41 da Lei nº 8.666/93, a Administração não pode descumprir as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Com o parecer favorável da assessoria jurídica, finaliza-se assim a fase interna da licitação

Fase externa

A Lei nº 8.666/93 prevê, no art. 3º, § 3º, que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os seus atos, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até sua respectiva abertura.

Com a publicação do edital, os interessados tomarão conhecimento da licitação e regras da disputa, e apresentarão suas ofertas.

A habilitação tem como finalidade o exame de idoneidade jurídica, técnica e financeira da empresa que pretende com a Administração Pública contratar, de acordo com o previsto nos arts. 28, 29, 30 e 31, da Lei nº 8.666/93.

Atendidos os requisitos de habilitação, o licitante terá suas propostas técnica e comercial analisadas. Essa etapa é regida pelos arts. 44 a 48, da Lei nº 8.666/93. Para o professor Marçal Justen Filho^[5], "a Lei nº 8.666 impôs a obrigatoriedade da distinção formal entre o exame da regularidade das propostas e o julgamento de sua vantajosidade. As propostas desconformes com o edital ou a lei serão desclassificadas. Passar-se á ao exame apenas das propostas cujo conteúdo se encontrar dentro dos parâmetros exigidos". (JUSTEN FILHO, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2008. p. 572.)

De acordo com o art. 45 da Lei nº 8.666/93, temos que:

Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

É importante ressaltar que, das decisões tomadas nesta fase cabem recursos, os quais estão previstos no art. 109, da Lei nº 8.666/93.

Definido o vencedor, a Administração Pública procederá à homologação e adjudicação da proposta, ato que antecede a formalização do contrato administrativo. A execução do contrato administrativo não fugirá aos olhos da Administração que, por lei, tem o dever de fiscalizá-lo, de acordo com os arts. 66 e 67, da Lei de Licitações.

Dispensa de Licitação: Nas hipóteses de dispensa de licitação, embora haja possibilidade de competição, algumas razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida, segundo o que estabelece o legislador. Nesse caso, a licitação poderá ser dispensada ou dispensável. Na licitação dispensada não cabe ao Administrador o juízo de valor, ou seja, não há possibilidade de escolha se vai ou não realizar o certame. A lei diz que não licita e pronto. Encontra-se essa hipótese nas alienações de bens públicos móveis e imóveis, previstas no art. 17, incisos I e II. De outro lado, a licitação também poderá ser dispensável, hipótese em que a competição é possível. O legislador a dispensa, mas quem decide se está deve ou não ocorrer é o administrador, cabendo-lhe o juízo de valor. As situações em que é dispensável a licitação está enumerada no art. 24 da Lei no 8.666/1993, que teve a última alteração pela Lei no 12.873, de 24.10.2013, representando, esse, um rol taxativo.

Inexigibilidade de Licitação: A contratação direta, em caso de inexigibilidade de licitação, resulta da inviabilidade de competição, o que decorre da ausência dos pressupostos que justificam a sua realização. Algumas hipóteses de inexigibilidade estão previstas no texto legal, em seu art. 25. Entretanto, lembre-se de que o rol é só exemplificativo e envolve basicamente a ausência de pressuposto lógico (pluralidade de objeto ou de ofertante), que não é a única causa que gera a impossibilidade de competição. As hipóteses

expressas são: para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Saliente-se que essa hipótese não pode ser utilizada para a escolha de marca de produto. A exclusividade deve ser comprovada por intermédio de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação, ou a obra, ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes. Para a contratação de serviços de natureza singular, conforme requisitos apresentados no tópico anterior, sendo vedada essa hipótese para os serviços de publicidade e divulgação. Para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

De modo geral, o edital em uma licitação pública serve para identificar tudo o que será necessário para a realização do projeto, de modo que os concorrentes possam avaliar sua capacidade de fornecer os serviços a serem contratados. Por isso, esse é um dos itens sobre os quais se devem ficar atento. O edital de licitação pública, portanto, serve para garantir que as empresas tenham conhecimento prévio de tudo o que será necessário, evitando que a Administração habilite uma empresa que não será capaz de cumprir com o proposto. A concorrência também se torna mais justa, já que todas as empresas possuem acesso às mesmas informações e podem se preparar da mesma maneira. De modo geral, o edital de licitação pública funciona como um documento para estabelecer quais serão as regras de cada licitação. O edital de licitação pública é o documento que funciona como lei interna e que rege todas as condições necessárias à concorrência e realização da licitação. Sua importância reside no fato de que é ele o responsável por estabelecer quais serão as regras, além de garantir o cumprimento posterior do processo.

Na realidade o registro de preços é um PROCEDIMENTO especial de licitação que se efetiva utilizando-se as modalidades de licitações de Concorrência Pública e Pregão (eletrônico ou presencial), o qual seleciona a proposta mais vantajosa com observância fiel do princípio da isonomia, pois sua compra é projetada para uma futura contratação. A Administração Pública firma um compromisso por meio de uma ATA DE REGISTRO DE PREÇOS, onde se precisar de determinado produto registrado, o Licitante Vencedor estará obrigado ao fornecimento dentro do prazo de validade da referida ATA. O

prazo de validade da Ata de Registro de Preço não poderá ser superior a um ano, computadas neste as eventuais prorrogações. Regulamentado pelo Decreto Nº 3.931, de 19 de setembro de 2001.

Os preços registrados poderão ter uma validade de 6 ou 12 meses período no qual, os respectivos produtos ou serviços poderão ser adquiridos ou contratados pelos órgãos públicos gerenciadores e os órgãos participantes do SRP. Outros órgãos públicos também podem "pegar carona" nestes preços, bastando para isso, pertencer a mesma esfera administrativa.

A Administração também se cuidou de quebrar a rigidez do processo licitatório para casos especiais de compra sem desprezar os princípios de moralidade e da isonomia. A contratação por meio da dispensa de licitação deve limitar-se a aquisição de bens e serviços indispensáveis ao atendimento da situação de emergência e não qualquer bem ou qualquer prazo.

A licitação é dispensável quando:

Em situações de emergência: exemplos de Casos de guerra; grave perturbação da ordem; calamidade pública, obras para evitar desabamentos, quebras de barreiras, fornecimento de energia.

Por motivo de licitação frustrada por fraude ou abuso de poder econômico: preços superfaturados, neste caso pode-se aplicar o artigo 48 parágrafo 3º da Lei 8666/93 para conceder prazo para readaptação das propostas nos termos do edital de licitação.

Intervenção no Domínio Econômico: exemplos de congelamento de preços ou tabelamento de preços.

Dispensa para contratar com Entidades da Administração Pública: Somente poderá ocorrer se não houver empresas privadas ou de economia mista que possam prestar ou oferecer os mesmos bens ou serviços. Exemplos de Imprensa Oficial, processamento de dados, recrutamento, seleção e treinamento de servidores civis da administração.

Contratação de Pequeno Valor: Materiais, produtos, serviços, obras de pequeno valor, que não ultrapassem o valor estimado por lei para esta modalidade de licitação.

Dispensa para complementação de contratos: Materiais, produtos, serviços, obras no caso de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

Ausência de Interessados: Quando não tiver interessados pelo objeto da licitação, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas em edital.

Comprometimento da Segurança Nacional: Quando o Presidente da República, diante de um caso concreto, depois de ouvido o Conselho de Defesa Nacional, determine a contratação com o descarte da licitação.

Imóvel destinado a Administração: Para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia. Deverá a Administração formalizar a locação se for de ordem temporária ou comprá-lo se for de ordem definitiva.

Gêneros Perecíveis: Compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis durante o tempo necessário para a realização do processo licitatório correspondente.

Ensino, pesquisa e recuperação social do preso: Na contratação de instituição brasileira dedicada a recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos na aplicação de suas funções.

Acordo Internacional: Somente para aquisição de bens quando comprovado que as condições ofertadas são vantajosas para o poder público.

Obras de Arte e Objetos Históricos: Somente se justifica a aplicação da dispensa de licitação se a finalidade de resgatar a peça ou restaurar for de importância para a composição do acervo histórico e artístico nacional.

Aquisição de Componentes em Garantia: Caso a aquisição do componente ou material seja necessário para manutenção de equipamentos durante o período de garantia. Deverá a Administração comprá-lo do fornecedor original deste equipamento, quando a condição de exclusividade for indispensável para a vigência do prazo de garantia.

Abastecimento em Trânsito: Para abastecimento de embarcações, navios, tropas e seus meios de deslocamento quando em eventual curta duração, por motivo de movimentação operacional e for comprovado que compromete a normalidade os propósitos da operação, desde que o valor não exceda ao limite previsto para dispensa de licitação.

Compra de materiais de uso pelas forças armadas: Sujeito à verificação conforme material, ressaltando que as compras de material de uso pessoal e administrativo sujeitam-se ao regular certame licitatório.

Associação de portadores de deficiência física: A contratação desta associação deverá seguir as seguintes exigências: Não poderá ter fins lucrativos; comprovar idoneidade, preço compatível com o mercado.

José dos Santos de Carvalho Filho^[6] alerta que na Lei de Licitações foram determinadas algumas vedações aos Estados, Distrito Federal e Municípios em todo o procedimento administrativo, destacando-se entre elas, a que proíbe a ampliação dos casos de dispensa e inexigibilidade e a ampliação dos limites de valor para cada modalidade de licitação. Também tratou a lei de vedar redução dos prazos de publicidade e dos recursos.

Na inexigibilidade, a contratação se dá em razão da inviabilidade da competição ou da desnecessidade do procedimento licitatório. Na inexigibilidade, as hipóteses do artigo 25 da Lei 8666 de 1993, autorizam o administrador público, após comprovada a inviabilidade ou desnecessidade de licitação, contratar diretamente o fornecimento do produto ou a execução dos serviços. É importante observar que o rol descrito neste artigo, não abrange todas as hipóteses de inexigibilidade. A licitação poderá ser inexigível quando:

Fornecedor Exclusivo: Exclusividade Comercial: somente um representante ou comerciante tem o bem a ser adquirido, um grande exemplo disto seria

medicamentos; exclusividade industrial: somente quando um produtor ou indústria se acha em condições materiais e legais de produzir o bem e fornecê-los a Administração. Aplica-se a inexigibilidade quando comprovada por meio de fornecimento de Atestado de Exclusividade de venda ou fabricação emitido pelo órgão de registro do comércio para o local em que se realizará a licitação.

Singularidade para contratação de serviços técnicos: Somente poderão ser contratados aqueles enumerados no artigo 13 da Lei 8666/9: estudos técnicos; planejamentos e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliação em geral; acessórias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras e serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Notória Especialização: contratação de empresa ou pessoa física com notória experiência para execução de serviços técnicos. Este tipo de contratação se alimenta do passado, de desempenhos anteriores, estudos,

experiências, publicações, nenhum critério é indicado para orientar ou informar como e de que modo a Administração pode concluir que o trabalho de um profissional ou empresa é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Profissional Artista: contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A Lei 8.666/93 estipula um prazo de cinco dias úteis, a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, para interposição do Recurso Administrativo, com exceção das licitações que usam a modalidade Convite, onde o prazo é de dois dias úteis.

Quando o Recurso tiver a finalidade de atacar habilitação ou inabilitação de licitante ou julgamento das propostas, inevitavelmente será atribuído a ele efeito suspensivo. Tal medida serve para evitar a ocorrência de danos ao recorrente e à própria Administração Pública.

A partir da interposição do Recurso Administrativo, os demais licitantes terão o direito de impugnar no prazo de cinco dias úteis em todas as modalidades de licitação, com exceção da modalidade Convite, onde o prazo será de dois dias úteis.

Mister destacar que os prazos para o Recurso Administrativo somente poderão se iniciar quando os autos estiverem disponíveis para vista dos interessados. Na hipótese da não disponibilização dos autos, o prazo deve ser devolvido.

O Ato impugnado poderá ser reconsiderado pela própria autoridade que o proferiu. Todavia, se inexistir a reconsideração, o Recurso será encaminhado à autoridade superior, que deverá julgar o caso em até cinco dias úteis contados do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

Após concluída a licitação, ou os procedimentos de dispensa ou inexigibilidade, a Administração adotará as providências para celebração do respectivo contrato, carta-contrato ou entrega da nota de empenho da despesa, mediante recibo, ou da ordem de execução do serviço, ou da autorização de compra, ou de documento equivalente. No contrato devem estar estabelecidas com clareza e precisão as cláusulas com os direitos, obrigações e responsabilidade da Administração e do particular. É comum em muitos editais de licitações, acompanhar em anexo, minuta do contrato a ser celebrado.

Conclusão

Licitação é um procedimento administrativo onde a Administração Pública Direta e Indireta obtêm a proposta mais vantajosa, assegurando igualdade de condições aos que participem do certame, visando à celebração do Contrato Administrativo para promover os interesses da coletividade.

A constituição Federal estabeleceu como regra geral a licitação como o instrumento adequado para as contratações do Poder Público e somente em casos excepcionais a Administração Pública está autorizada a firmar contratos administrativos sem licitar.

O procedimento administrativo da licitação deve ser realizado coadunando-se perfeitamente com a legislação infraconstitucional e com o edital para que não haja violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. Saraiva, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006.

NOTAS:

[1] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

[2] DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. Saraiva, 1992.

[3] NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

[5] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

[6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

A PROBLEMÁTICA DOS PRECATÓRIOS

THAYNÁ CRUZ DE MESQUITA: Pós-graduada em Direito Processual Civil. Bacharela em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

RESUMO: O objetivo deste estudo consiste em analisar o problema da justificação, legitimação e aplicação da execução em face da Fazenda Pública, uma vez que não são aplicáveis os procedimentos relativos às medidas expropriatórias satisfativas da obrigação inadimplida, não isoladamente, a partir da Lei Processual Civil, mas em análise do sistema e a inserção dessa lei no ambiente constitucional contemporâneo e na democracia. A visão comparativa do instituto requer o exercício comparativo da estrutura da Fazenda Pública e do direito material que a envolve, para que se possam extrair consequências procedimentais compatíveis com o dispêndio de valores por parte do Erário. A natural tensão que existe entre o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, de um lado, e a noção de democracia, de outro, especificamente considerada no ordenamento jurídico brasileiro, traduz multiplicidade de perspectivas a serem consideradas concretamente. Busca apreender a real extensão dos limites traçados à satisfação tempestiva de créditos devidos pela Fazenda Pública e o necessário relevo que merecem os múltiplos compromissos do Erário para com a sociedade. Partir-se da visão hermenêutica tradicional deve avaliar o *judicial empowerment* na atual quadra histórica e a função jurisdicional na nova competência judicial para a proteção de direitos fundamentais e prestações positivas, ou seja, se as decisões judiciais encontram base em critérios lógicos e nas regras de argumentação, devidamente autorizados pelo ordenamento jurídico, relacionadas que estão com a legítima função do Judiciário para controlar os direitos subjetivos e, assim, ponderar os valores em contraste e imprimir procedimento compatível com os interesses da Fazenda Pública e com seus credores, a fim de que seja mantido o necessário equilíbrio. Recorreu-se à pesquisa e análise das várias condições de inadimplemento da Fazenda Pública.

PALAVRAS-CHAVE: precatórios; pagamento; títulos; dívidas; compensação.

ABSTRACT: The aim of this study is to examine the issue of justification, legitimation and application execution in the face of the Treasury, since the procedures for expropriatory measures defaulted obligation shall not apply, not in isolation from the Civil Procedure Law, but in system analysis and the inclusion of this law in the contemporary constitutional environment and

democracy. A comparative view of the institute requires a comparative assessment of the structure of the Treasury and the right equipment that surrounds it, so that they can extract procedural consequences compatible with the expenditure of amounts by the Exchequer. The natural tension that exists between the national system of laws of constitutional control and normative acts, on one hand, and the notion of democracy, on the other, specifically considered in the Brazilian legal system, translates multiplicity of perspectives to be considered specifically. Attempts to grasp the full extent of the limits set to the timely satisfaction of debts due by the Treasury and the necessary relief they deserve the multiple commitments of the Treasury to society. Parting the traditional hermeneutical vision must evaluate the judicial empowerment in the current historical period and the judicial function in the new jurisdiction for the protection of fundamental rights and positive benefits, that is, if judicial decisions are based on logical criteria and rules argument, duly authorized by law, relating who are the legitimate judicial function to control the subjective rights and thus consider the values in contrast and printing procedure compatible with the interests of the Treasury and its creditors, so that is maintained the necessary balance. He appealed to the research and analysis of the various default conditions of the Treasury.

KEYWORDS: precatórios, payment, securities-debt.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRECATÓRIOS. 3. CLASSIFICAÇÃO DOS PRECATÓRIOS. 4. MERCADO FISCAL. 5. A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO. 6. CRÍTICAS AO MODELO DE EXECUÇÃO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. 7. INCONSTITUCIONALIDADES DO REGIME RECONHECIDAS PELO STF. 8. DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. 9. DA IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA. 10. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. 11. ACORDO EM PRECATÓRIOS. 12. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS DOS PRECATÓRIOS. 13. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. 14. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

O tema que ora se enfrenta guarda sintonia direta com questões de relevo nacional e internacional, seja sob o plano do ajuste fiscal e suas implicações no cenário brasileiro atual; seja sob o plano procedimental e a vigência do Novo Código de Processo Civil brasileiro, bem mais explícito ao tratar no Capítulo V do Título II - Do Cumprimento da Sentença - do Livro I da Parte Especial (arts. 534 a 535) e mencionar expressamente a "obrigação de

pagar quantia", uma vez que este é o objeto do "cumprimento" da sentença em face da Fazenda Pública no capítulo citado.

Para que se tenha a exata ideia acerca da importância do tema, merecem transcrição duas notícias, uma de 19 de fevereiro e outra de 13 de setembro de 2016 (REUTERS, 2016b):

BRASÍLIA, 13 Set (Reuters) - A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Cármen Lúcia, se comprometeu, em reunião nesta terça-feira com governadores, a ajudar na busca de uma conciliação sobre questões federativas, como a guerra fiscal.

Segundo o governador do Distrito Federal, Rodrigo Rollemberg, a ministra empossada na segunda-feira na presidência do STF conversou com governadores sobre temas como a guerra fiscal e a judicialização da saúde, que têm trazido problemas às finanças estaduais.

"Eu acho que é um momento histórico em que a presidente do Supremo Tribunal Federal demonstra o seu compromisso federativo e convida os governadores dos Estados para buscar construir juntos soluções para melhorar o ambiente econômico", disse Rollemberg a jornalistas após a reunião, que durou mais cinco horas.

"(A Ministra) Tratou da questão da guerra fiscal. Ela se comprometeu a buscar uma conciliação entre os interesses diversos dentro dessa perspectiva de ampliar o diálogo."

A guerra fiscal é um dos principais pontos a serem resolvidos em uma eventual reforma tributária, como já reconheceu o ministro da Casa Civil, Eliseu Padilha, que afirmou que o governo quer resolver a questão das disparidades de ICMS cobrados por cada ente federado. A alíquota do imposto é muitas vezes usada para atrair investimentos por alguns Estados, gerando críticas de distorções no sistema por outros entes federados.

Segundo o governador de Santa Catarina, Raimundo Colombo, há uma simbologia no fato de a primeira reunião de Cármen Lúcia como presidente da Suprema Corte ocorrer com governadores. Na ocasião, governadores também manifestaram preocupação com assuntos como a

questão dos precatórios, que precisaria, segundo eles, de uma "solução negociada".

Foram apontados alguns temas importantes como a questão dos precatórios, para que seja feita uma solução negociada.

O grupo de governadores, que deixou o STF e teve encontro com o presidente da Câmara, Rodrigo Maia (DEM-RJ), se reúne ainda com o ministro da Fazenda, Henrique Meirelles (REUTERS, 2016a).

BRASÍLIA, 19 Fev (Reuters) - O governo propôs nesta sexta-feira a flexibilização da meta de superávit primário deste ano de forma a permitir o que o resultado seja um déficit de até 60, 2 bilhões de reais, ou 0, 97 por cento do Produto Interno Bruto (PIB), disse nesta sexta-feira o ministro da Fazenda, Nelson Barbosa.

A mudança da meta, que será enviada ao Congresso Nacional nos próximos dias, inclui eventual necessidade de aportar mais recursos para a Saúde. Barbosa acrescentou que o governo vai otimizar os pagamentos de precatórios pela União, com potencial positivo sobre o resultado primário de 12 bilhões de reais.

Como é cediço, enquanto os precatórios da União são pagos em dia, obedecendo cronogramas específicos, o montante em execução em face de estados e municípios brasileiros tem gerado uma grande celeuma, por conta da "eternização" e gigantismo das dívidas judiciais desses entes da Federação.

Vejamos a dimensão do problema em notícia veiculada há cerca de quatro anos em importante site jurídico-informativo (DÍVIDA, 2012):

Dívida de Estados e Municípios com precatórios é de R\$ 94 bilhões

Estados e Municípios brasileiros acumularam, até o primeiro semestre de 2012, R\$ 94, 3 bilhões em dívidas decorrentes de decisões judiciais, conhecidas como precatórios. O levantamento foi feito pelo CNJ, junto aos tribunais de todo o País.

Deste montante, R\$ 87, 5 bilhões se referem a precatórios devidos por Estados e Municípios em processos que tramitam na Justiça Estadual. Outros R\$ 6, 7 bilhões se referem a dívidas em processos que tramitam na Justiça trabalhista.

No levantamento anterior, com dados de 2009, a dívida totalizava R\$ 84 bilhões. Em três anos, a dívida cresceu R\$ 10 bilhões. O valor corresponde à dívida histórica, ou seja, não atualizada, já que o reajuste dos valores é feito no ato do pagamento.

Na Justiça comum as administrações estaduais concentram a maior parte da dívida R\$ 48, 1 bilhões, o correspondente a 55% do total devido.

As prefeituras devem R\$ 32, 5 bilhões (37% do total), e as autarquias e órgãos da administração indireta devem R\$ 6, 8 bilhões (8%).

Outros detalhes

* Os Estados e Municípios do Sudeste concentram 70% da dívida em precatórios da Justiça Estadual (R\$ 60, 8 bilhões).

* Em segundo lugar está a região Sul, com 16% (R\$ 14, 1 bilhões), seguida pelo Nordeste, com 7%.

* Norte e Centro-Oeste são responsáveis por 3% e 4% da dívida, respectivamente.

* O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é o responsável pela administração do maior montante das dívidas a serem ainda pagas por Estados e Municípios: R\$ 51, 8 bilhões, sendo R\$ 24, 4 bilhões da administração estadual, R\$ 26, 9 bilhões dos municípios e R\$ 475 milhões das autarquias.

* Os Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Rio de Janeiro e seus municípios devem entre R\$ 5 bilhões e R\$ 6 bilhões, cada um.

* A dívida está distribuída em 127.208 processos nos tribunais estaduais. Embora a dívida dos Estados seja maior, os municípios lideram em volume de processos: 44% das ações.

Os Estados são responsáveis por 33% do volume. Na Justiça trabalhista há 53.443 ações relacionadas a precatórios.

* As dívidas em precatórios variam, de acordo com o estudo da Corregedoria Nacional de Justiça, de 0, 5% do Produto Interno Bruto (PIB) a 7, 5% do PIB do Estado correspondente.

O menor percentual de comprometimento, de 0, 5% do PIB, foi registrado no Mato Grosso. O mais alto, de 7, 5%, é o de Rondônia.

* Cinco estados devem mais de 3% do PIB Paraná, Sergipe, Piauí, São Paulo e Tocantins.

* A dívida de São Paulo (Estado e Municípios) corresponde a 4, 79% do PIB do Estado.

* Além dos 26 Estados e Distrito Federal, 2.995 municípios brasileiros têm dívida em precatórios. (Com informações da Agência CNJ de Notícias).

Não menos interessante é a menção, em trabalho acadêmico apresentado no ano 2009 (GROLLI, 2009), ou seja, na mesma época em que tramitava no Congresso Nacional a PEC nº 12 (convertida na EC 62/2009), ao problema enfrentado por um célebre grupo de aposentadas e pensionistas do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, conhecidas como "tricoteiras" (TRICOTEIRAS, 2007):

O Estado é – senão o deveria ser – o principal responsável pela efetivação dos direitos contidos na Constituição Federal e nas demais legislações. Mas não é o que se constata ao se deparar com casos como os dos credores de precatórios.

E o exemplo mais marcante do desrespeito com que o Estado trata os seus credores é o das famosas "tricoteiras". São idosas que há 18 anos lutam pelos direitos dos servidores estaduais aposentados e pensionistas, as quais fazem parte de um grupo que representa um total de 4.600 associados, do Sindicato dos Servidores Públicos Aposentados e Pensionistas do Estado do Rio Grande do Sul – SINAPERS. Num movimento pacífico e silencioso chamado "Tricô dos Precatórios", semanalmente, às quartas-feiras, a partir das 14h, elas se revezam

na Praça da Matriz, no Centro de Porto Alegre, tecendo uma manta como forma de protesto pelos dias em que aguardam pelo pagamento de indenizações ou pensões transformadas em precatórios.

Lamentavelmente, no dia 17 de julho de 2007, no trágico acidente do voo 3054 da TAM, perderam-se doze integrantes deste grupo, dentre elas estava a presidente do sindicato, Júlia de Oliveira Camargo, de 79 anos. Viajavam com destino a São Paulo, a convite da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, para um encontro no dia seguinte na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, com o intuito de participar do lançamento do Movimento Nacional Contra o Calote Público. Mobilizavam-se em defesa dos seus direitos, mais especificamente contra a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº. 12, que prevê o pagamento dos precatórios por meio de leilão, pois na visão do grupo, esta proposta automaticamente oficializaria o calote.

Junto delas foi-se um pedaço da manta de 200 metros, tecidos durante os dias de manifesto enquanto aguardavam o pagamento. Contudo, no dia 25 de julho de 2007, lideradas pela aposentada Dalila de Souza Gonçalves, de 60 anos, que também viajava para São Paulo, mas pela companhia aérea Ocean Air, iniciou-se novamente a confecção da manta pelo pedaço de 1, 3 metros que havia sobrado da anterior, e que viajava consigo naquele dia. “Isso é um símbolo, eu fiquei com a missão de recomeçar a luta”, afirmou Dalila.

As pessoas que perderam a vida no citado desastre, são os credores dos entes públicos, mais especificamente do IPERGS, que tiveram os seus destinos interrompidos na busca de direitos que já deveriam ter sido efetivados, ou melhor, que nem deveriam estar em discussão.

Em favor da luta contra a lendária espera pelo recebimento dos valores dos precatórios, acentua o ex-presidente da AMB, Rodrigo Collaço (LEGISLATIVO, 2005):

No mundo jurídico se diz que precatório não é uma forma de cumprir decisão judicial, mas é muito mais uma homenagem póstuma, porque poucas pessoas ficam vivas para receber os valores devidos pelo Estado.

Não bastasse a morosidade e a excessiva burocracia com relação às demandas judiciais, em especial as movidas perante os Estados em virtude dos seus incontáveis privilégios, os credores de precatórios ainda se deparam com o descumprimento do que preceitua o artigo 100 da Constituição Federal, demonstrando que a regra insculpida em tal artigo é lamentável letra morta, pois o seu texto apregoa que os valores apresentados até o dia 1º de julho, devem ser liquidados até o dia 31 de dezembro do ano subsequente.

E não há como sustentar a tese de que faltam recursos financeiros para honrar os pagamentos de tais créditos, pois as verbas consignadas ao Judiciário para pagamento do precatório por expressa determinação constitucional pertencem juridicamente ao Judiciário e não ao Executivo, e nem a lei poderia fazer transposição total ou parcial dessas verbas para outras dotações.

Para demonstrar o descompasso existente na destinação das verbas verificou-se que no ano de 2007, o governo do Estado do Rio Grande do Sul, atingiu a cifra de R\$ 123, 435 milhões em gastos com publicidade, e em contrapartida disponibilizou ao Poder Judiciário para pagamento de precatórios o montante de R\$ 22, 683 milhões, conforme se pode comprovar pelo Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo do Estado – RPPCGE. No mesmo relatório ainda consta que foram empenhados R\$ 207.348 milhões para a liquidação dos débitos, logo, denota-se que os valores não foram utilizados em sua totalidade para o fim a que se destinava.

Os representantes dos Estados, por sua vez, interpõem todos os recursos possíveis na tentativa de extinguir ou diminuir o valor da demanda, e mais uma vez cabe aos credores aguardar até que sejam apreciados tais recursos. Ainda assim, depois da decisão transitada em julgado condenando a Fazenda Pública ao pagamento, esta permanece inadimplente perante seus credores.

As Fazendas Públicas, que nada mais deveriam ser senão o Estado organizado financeiramente, fazem pouco caso desses conceitos valendo-se de todos os meios para procrastinar suas dívidas, mesmo quando a lei estipula um prazo máximo para a liquidação.

Daí a razão do presente estudo enfrentar algumas das diversas faces, sem pretender esgotá-las, por óbvio, do tema relativo aos precatórios, por tratar-se de dívida pública da União, Estados e Municípios, dívida, por vezes, de natureza

alimentar. Com efeito, o cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública é execução especial para satisfação dessas dívidas pecuniárias, art. 100 da CF, porque bens públicos acham-se vinculados, em princípio, a finalidades públicas e, assim, são inalienáveis, art. 100 do CC e impenhoráveis, art. 833, I, do CPC.

Nesse contexto, é descrita a sistemática relacionada ao pagamento dos precatórios, pois é a forma encontrada pelo Poder Público para que dívidas decorrentes de processos judiciais sejam salgadas. Nesta seara, os precatórios surgiram como promessa de solução do inadimplemento por parte da Fazenda Pública.

O atraso no cumprimento das ordens judiciais expedidas pelos Tribunais para a liquidação dos precatórios é uma grande polêmica no Judiciário. O atraso também é motivo de insatisfação por parte de juízes e tribunais, que veem suas decisões proferidas desacatadas constantemente. A inadimplência fazendária fere princípios e garantias constitucionais, visto que a maioria dos credores aguarda décadas na fila, à espera do pagamento.

O objetivo principal é enfrentar essa problemática acerca da satisfação da dívida pública por meio dos precatórios, visando contribuir para melhor compreensão da grande demora em sanar tais dívidas e, ainda, descrever formas de utilização desses créditos para sanar dívidas com outros credores (públicos ou privados). Resulta dessas linhas introdutórias a dificuldade resultante do tema aqui enfrentado, pois exige ponderação de valores que se encontram em contraste e devem ser sopesados pelo Poder Judiciário e Legislativo para que se encontre a equação precisa e possa buscar o equilíbrio dos interesses; de um lado, o interesse público e o acervo de razões que impedem a constrição imediata e direta de bens públicos, e, de outro, o interesse privado, por vezes de natureza alimentar, de ver satisfeitos os créditos de que são titulares.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRECATÓRIOS

Precatório significa requisição de pagamento do montante da condenação judicial, feita pelo Presidente do Tribunal no qual se processa a execução contra a Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O pagamento ocorre por conta de verba consignada na Lei Orçamentária Anual diretamente

ao Poder Judiciário. Vale observar que a matéria está regulada no art. 100 da Constituição Federal de 1988, com a redação da EC 62/2009, esta declarada inconstitucional em alguns pontos, com efeitos modulados para cinco exercícios financeiros contados de 01.01.2016 pelo Pleno do STF, ADI 4.425-QO/DF, 25.03.2015, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 04.08.2015.

Houve uma evolução significativa neste dispositivo, uma vez que ao declarar ser "proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim", mantém a impessoalidade e o caráter geral de pagamento das condenações judiciais previamente habilitadas.

Basta recordar que a Fazenda Nacional realizava seus débitos por meio de votação do Congresso que autorizava caso a caso a satisfação o que, segundo Cavalcante (1949, p. 225-226), gerava "processo moroso do pagamento dessas dívidas, sujeito sempre a revisão do Congresso e a exigências descabidas em face da *res judicata*".

Segundo Bervetello (2013), os precatórios são ordens de execução contra o Poder Público emitidas pelo Judiciário ao Poder Executivo para que salde suas dívidas em favor de particulares que ingressaram com ações judiciais e as ganharam contra o Governo.

De acordo com Loureiro Filho (2010, p. 256), é o ato pelo qual o juiz requisita ao Presidente do Tribunal competente a ordem de pagamento à Fazenda Pública, para efetuar-lo no processo executivo, ou ainda a técnica brasileira que permite a execução contra a Fazenda Pública, compelindo o Estado devedor a incluir no seu orçamento a verba necessária ao pagamento dos débitos decorrentes de decisão judicial, para efetuar o pagamento com obediência à ordem de apresentação das respectivas requisições.

Para Catharino (apud FLORÊNCIO, 2009, p. 9), "o precatório é um instituto de direito processual, do processo de execução, consistente em procedimento para tornar efetiva sentença condenatória passada em julgado a favor de pessoa de direito privado contra o que se costuma chamar de Fazenda Pública."

Há também quem defenda o entendimento de que, muito embora a expedição do precatório, num primeiro momento, seja decorrente de ato do

juiz, (razão esta porque comumente denomina-se "precatório judicial"), sua tramitação é de natureza essencialmente administrativa, visto que o pagamento da quantia, ao final, é feito pelo Poder Executivo (MOLLE, 2012).

Assim, o precatório consiste na dívida de uma pessoa jurídica de direito público, oriunda de uma condenação judicial transitada em julgado, cujo valor a ser pago é fixado no orçamento público, devendo, em tese, ser pago até o fim do exercício financeiro seguinte ao de inscrição do precatório – inscrição que deve ocorrer até 01 de julho do exercício anterior ao do pagamento. Trata-se de instrumento pelo qual o Poder Judiciário requisita à Fazenda Pública o pagamento da quantia da condenação estabelecida na decisão judicial.

Como já foi afirmado em outro estudo: "O Texto Constitucional instituiu o regime jurídico dos precatórios (art. 100) com fundamento no princípio da impenhorabilidade dos bens públicos. Trata-se de uma atividade de natureza administrativa, através da qual são consignadas, diretamente ao Poder Judiciário, as dotações orçamentárias originalmente presentes na lei orçamentária anual (LOA) e os créditos adicionais abertos para esse fim (CF, art. 100, § 2º). "O escopo deste instituto, tipicamente brasileiro", diz Uadi Lammêgo Bulos, "é evitar que o Poder Público se sujeite ao processo ordinário de execução" (BULOS, 2002).

Várias alterações subsequentes na CF/88, relativamente aos pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas, tais como a inclusão na LOA, são dignas de realce, não sem antes cotejar com o que prescreve a Constituição de 1988, em sua redação original:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão

atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.

Novos ares do Estado Democrático de Direito, com incremento dos direitos fundamentais e elevação dos princípios da República, foram trazidos pela CF/88. Dentre outros, consoante apontado no parágrafo anterior, e se observa do § 2º, do art. 100 transcrito, a garantia de que o Poder Judiciário terá a disponibilidade das dotações orçamentárias da LOA e dos créditos abertos, não se trata de orçamento do Judiciário, mas este terá a chave para promover os pagamentos dos precatórios. (NASCIMENTO, 2015).

Assim foi composto, para buscar a moralização do Poder Judiciário e tornar efetiva a quitação das dívidas da Fazenda Pública, em razão do descrédito do Poder Executivo para com a sociedade e os credores de precatórios que aguardam os pagamentos há anos, em vão, seja porque os responsáveis pela satisfação não demonstram interesse, seja pela efetiva ausência de recursos. De outro lado, o Poder Judiciário se via em situação desconfortável em não impor suas condenações relativas à Fazenda Pública (VAZ, 2007, p. 218, 296).

A disposição contida no *caput* do art. 100 demonstra a valorização de direito fundamental e o imediato cumprimento daqueles créditos de natureza alimentar, permeados que estão pela a nota da urgência, valorização que não fora contemplada nas anteriores constituições, deixando os créditos comuns para pagamento na ordem cronológica (VAZ, 2007, p. 218, 296).

Evidentemente, não bastava valorizar tais créditos impondo o imediato recebimento, mas guarnecê-los contra a desvalorização monetária ao serem incluídos no orçamento. Por isso, a previsão de atualização dos precatórios dia 1º de julho e quitados até o final do exercício seguinte, para que fossem minimizados os efeitos corrosivos da inflação e que os valores a serem

incluídos no orçamento não se distanciassem do valor real (VAZ, 2007, p. 218, 296).

O precatório tem sido objeto de inúmeras constatações feitas em diversos estudos monográficos e convém aqui transcrever alguns, para que possamos alcançar os traços marcantes apontados em doutrina de peso, igualmente citada nesses outros trabalhos: "Conforme se depreende dos conceitos acima expostos, não se trata de uma ordem para que a Fazenda Pública cumpra a decisão judicial condenatória, mas tão somente de uma simples requisição ao poder público, para que este inclua o débito em suas contas e o pague quando puder, ou quando lhe convier (GRECO FILHO, 2005, p. 6).

E ainda, consoante já se apontou: "Somente após serem ultrapassadas todas as etapas da ação judicial (trânsito em julgado, expedição de Ofício Requisitório e dotação orçamentária) é que o precatório é formalizado. Qualquer valor ou direito que exista antes desse procedimento pode ser considerado como Direito Creditório, nunca um Precatório."¹¹

Conforme dito anteriormente, o poder público obriga-se a incluir em seu orçamento anual as verbas necessárias para pagamento das dívidas oriundas de sentenças transitadas em julgado, constantes dos precatórios recebidos até o dia 1º de julho, para pagamento até o final do exercício seguinte.

No entanto, a prática tem demonstrado que, à revelia do texto constitucional, a inadimplência do poder público tem sido a tônica nas esferas municipais e estaduais.

Estados e municípios, em geral, demoram anos para saldar suas dívidas, sendo que, em alguns casos, há precatórios tramitando por mais de uma década, beirando à eternidade, enquanto que outros sequer chegam a ser quitados. Não sem razão, governadores e prefeitos têm sido apontados como os "vilões" que não liberam os valores necessários para a quitação de suas dívidas, sob a alegação de hipotéticas dificuldades financeiras (ARAKEN DE ASSIS, 2016). O portador de um precatório municipal ou estadual, muito embora legítimo detentor de um título da dívida pública, no mais das vezes deverá esperar anos a fio, até receber o seu crédito, que, na pior das hipóteses, poderá até mesmo não ser pago.

Isso, sem contar a possibilidade de a Fazenda Pública reverter a situação mesmo após o trânsito em julgado da decisão exequenda, diante da possibilidade que tem de ingressar com Ação Rescisória no Tribunal competente no prazo de até dois anos do trânsito em julgado de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que declare inconstitucional lei ou ato normativo ou reconheça incompatível com a Constituição Federal aplicação ou interpretação de lei adotados como fundamentos da decisão que reconheceu a obrigação constante do título executivo judicial, nos termos do art. 535, inciso III e §§ 5º e 8º do CPC, o que poderá resultar no cancelamento do ofício requisitório por inexecutibilidade do título executivo judicial ou inexigibilidade da obrigação.

Nesse cenário de grande demora no cumprimento das sentenças condenatórias em face da Fazenda Pública, tem florescido o que se poderia chamar "mercado de precatórios", tendo em vista a possibilidade da cessão de créditos oriundos de precatórios e sua compensação com débitos de natureza fiscal, tema que será abordado adiante, em tópico específico.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS PRECATÓRIOS

Os precatórios, conforme a sentença da qual se originam, podem ser de natureza alimentícia (compreendem salários, pensões, aposentadorias, indenizações por morte ou invalidez, benefícios previdenciários e créditos trabalhistas, dentre outros créditos) ou de natureza comum ou diversa (desapropriações, restituição de tributos e indenizações por dano moral ou material, dentre outros).

A noção de "créditos alimentares", ou, dito de outro modo, "débitos de natureza alimentícia", surgiu no âmbito jurisprudencial, para abarcar as condenações relativas a indenizações por morte ou invalidez e a vantagens pecuniárias de servidores e empregados públicos.

O STF já reconheceu a necessidade de obediência ao procedimento do art. 100 da CF/88, ou seja, o regime de precatórios, inclusive, para os créditos de natureza alimentar reconhecidos em sentença como devidos pela Fazenda Pública. Assim, a execução por quantia certa em face da Fazenda Pública tramitará sob o regime de precatórios, pouco importando a natureza dos créditos, se alimentar ou não (CUNHA, 2016, p. 357).

Todavia, ainda que sigam o mesmo regime dos precatórios, os créditos alimentares gozam de preferência na cronologia para satisfação em relação aos demais créditos, consoante dispõe o enunciado 655 da Súmula do STF: "A exceção prevista no art. 100, caput da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza".

Há autores que ironizam a concessão dessa preferência imposta pela CF, ao afirmarem que em razão de um privilégio os credores acham-se preteridos: "A Constituição tentou estabelecer privilégio para os precatórios alimentares ao dispor que estes não precisam se sujeitar à ordem cronológica dos precatórios normais. Ironicamente, os credores alimentícios, em razão desse privilégio constitucional de que são titulares, estão sendo preteridos no pagamento". (HARADA, 2007).

O art. 100, § 1º, da CF/88 busca definir débitos de natureza alimentar: "§ 1º- Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado."

Não discrepa a doutrina acerca dos precatórios alimentares resultarem de ações trabalhistas movidas por agentes públicos e/ou pensionistas contra a Fazenda Pública, para obter complementações, gratificações, e indenizações, inclusive, decorrentes de acidentes, e mais recentemente, honorários advocatícios, que também são reconhecidos como de natureza alimentícia. Todos com prioridade para que a Fazenda Pública os satisfaçam, porque indispensáveis à sobrevivência do titular e seus dependentes (PESSOA, 2005, p. 34).

Há uma ordem cronológica a ser observada, na qual os créditos alimentares gozarão de preferência relativamente aos demais créditos, mas há créditos de natureza alimentar que gozam de um "superpreferência", porque são créditos alimentares que devem ser pagos antes dos demais créditos alimentares, se seus titulares forem idosos ou portadores de doenças graves,

até o valor equivalente ao triplo do limite fixado em lei para as requisições de pequeno valor, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo o restante pago na ordem cronológica de apresentação dos precatórios de créditos alimentares (CF, art. 100, § 2º).

Assim fica a ordem: Em primeiro lugar, os créditos alimentares de idosos e portadores de doenças graves, até o limite equivalente ao triplo do valor fixado para as requisições de pequeno valor, em segundo lugar, devem ser pagos os demais créditos alimentares, restando, por fim, os créditos comuns.

A EC 62/2009 inovou relativamente aos créditos de natureza alimentar, ao capitular tais créditos no regime especial, absorvendo entendimento jurisprudencial há muito sedimentado pelo STJ.^[2]

Com efeito, nos termos do § 2º do art. 100 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 62/2009, os débitos de natureza alimentícia “compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.”

Daí se pode observar, porque o catálogo, ou elenco, em princípio sugere apresentar-se como *numerus clausus*, que os honorários advocatícios não foram mencionados no que hoje é o § 1º do art. 100 da CF/1988, e gozavam somente do privilégio geral constante do art. 24 da Lei 8.906/94, alterado pelo art. 85, § 14 do CPC vigente.

Observa-se, e merece encarecer, o embaraço gerado pelo disposto no NCP, uma vez que em se tratando de execução em face da Fazenda Pública resultante de desapropriação, e.g., haverá privilégio ao acessório em detrimento do principal, ou seja, o advogado receberá seus honorários antes de seu cliente e credor do principal. Assim, os advogados estarão submetidos com seus créditos à ordem especial dos créditos de natureza alimentar (ARAKEN DE ASSIS, 2016, p. 1366).

Há, porém, quem entenda que "os honorários devem seguir a mesma disciplina do crédito principal: se este for alimentar, os honorários são pagos

conjuntamente com ele, ou seja, preferencialmente; se, entretanto, o crédito principal não for alimentar, os honorários serão pagos também em conjunto com ele, sem que haja qualquer preferência" (CUNHA, 2016, p. 359).

Encontramos alguns textos, inclusive com citação de renomados autores, que, ao classificar os precatórios, apontam apenas dois tipos:

"Existem dois tipos de precatórios:

1) Precatórios Alimentícios- Resultantes de salários, vencimentos, proventos, pensões (e seus complementos), benefícios de previdência e indenizações por morte ou invalidez, na maioria das vezes requisitado por funcionários públicos ou seus herdeiros/sucessores (PESSOA, 2003).

2) Precatórios Não-Alimentícios - São os demais, tais como desapropriações, atrasos, inadimplência ou descumprimento de obrigações contratuais por parte do governo, cobranças indevidas de impostos, etc.

Os precatórios são frequentemente confundidos com os títulos públicos estes são ativos de renda fixa que possuem a finalidade de captar recursos para o financiamento da dívida pública. Logo, se os precatórios devem ser incluídos no orçamento público estes podem ser pagos com os recursos arrecadados através da venda dos títulos públicos emitidos pelos Estados e Municípios (VAZ, 2007).

A classificação transcrita permite-nos extrair a conclusão de que os que assim defendem, olvidam-se de uma espécie, ou "superespécie", de débito de natureza alimentícia, porque desde a EC 62/2009 foi forjada uma "subespécie" ou "superespécie ao lado do crédito alimentar, uma vez que serão, ou deverão ser pagos antes dos créditos propriamente alimentares, porque relativos a situações eleitas pelo Constituinte como prioritárias, a saber, os créditos alimentares 1) das pessoas que tenham sessenta anos de idade ou mais, que são legalmente idosas consoante art. 1º, da Lei 10.741/2003, e desta forma será alterada a natureza do crédito quando chegar o exequente à idade avançada e 2) das pessoas portadoras de doença grave, definida em lei para fins de aposentadoria do servidor público, conforme art. 40, § 1º, I, da CF/88.

Conquanto haja, igualmente, os que observam a “superespécie” a que se faz referência neste espaço, razão pela qual merece transcrição:

Os créditos alimentares de idosos e portadores de doenças graves, até o limite equivalente ao triplo do valor fixado para as requisições de pequeno valor, em segundo lugar, devem ser pagos os demais créditos alimentares, compreendendo aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundados na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado (SILVA, 1999).

Vale a pena aqui abrir um parêntese para encarecer a tentativa não muito ortodoxa de alterar a Constituição Federal de 1988, em seu art. 100 e no ADCT em seu art. 97, relativamente ao regime dos precatórios, justamente, para dificultar o recebimento dos créditos e, por consequência, sobrepor a Fazenda Pública relativamente aos particulares. Daí a necessária intervenção do Poder Judiciário, por meio da Corte Maior, debelar esse mal que ficou coerentemente conhecido como “emenda do calote”.

Aspecto digno de menção, porque diz respeito a essa superespécie criada pela EC 62/2009, foi a oportuna intervenção do STF para suprimir a expressão “na data da expedição do precatório” constante no § 2º do art. 100, da CF/88, uma vez que a inconstitucionalidade foi declarada porque o STF entendeu que haveria violação ao princípio da igualdade se somente àqueles que completassem 60 anos na data da expedição do precatório e não contemplasse os demais, ou seja, àqueles que estivessem aguardando o pagamento e completassem 60 anos após essa data, que não deveriam ter qualquer óbice para gozar da superpreferência dos créditos alimentares que já possuem preferência com o *plus* da idade estabelecida de 60 anos, ainda que após a expedição do precatório.

A fim de possamos mostrar que o uso da expressão aqui cunhada, “superespécie”, guarda sintonia com a CF/88, convém frisar o disposto no § 1º do art. 100, ao confirmar que os débitos de natureza alimentícia serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, ressalvados aqueles de que sejam titulares idosos ou portadores de doenças graves. É o que se encontra sedimentado no enunciado 144 da Súmula do STJ: “Os créditos de natureza

alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa”.

Pois bem, uma vez classificados em créditos alimentares, créditos alimentares “superespeciais” e créditos comuns, convém apontar as características dessa terceira espécie, ainda que em rápidas linhas.

Dentre os débitos de natureza comum, encontram-se aqueles que resultam de desapropriações de terras e imóveis (VAZ, 2005) Esses créditos não gozam do privilégio dos créditos alimentares e daqueles que se encartam como RPV, razão pela qual os precatórios relativos a esses créditos estarão submetidos à ordem cronológica diferente das espécies preferenciais.

Todavia, em razão da ausência de prioridade no pagamento, os créditos comuns e seus, respectivos precatórios, foram contemplados pelos parcelamentos, conforme disposto no artigo 78, caput, § 1º, § 2º e § 3º do ADCT:

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescidos de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor.

§ 2º As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

§ 3º O prazo referido no caput deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel

residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

Pois bem, retornemos aos créditos da "fila superpreferencial". Nessas hipóteses os credores terão o direito de receber até o valor correspondente ao triplo estabelecido para os créditos de pequeno valor e, assim, haverá em razão da excepcionalidade da situação um fracionamento do precatório, ficando este limite na esfera do recebimento prioritário e o remanescente segue a ordem dos demais créditos de natureza alimentar.

Vale ressaltar que a dívida deve exibir-se originariamente como de pequeno valor, pois não é admissível o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, conforme dispõe o art. 100, § 8º, introduzido pela EC 62/2009 e, por isso, a proibição contida neste dispositivo no sentido de não admitir a expedição de precatório complementar ou suplementar em qualquer hipótese e para qualquer espécie de crédito, ou seja, ao de menor ou de maior valor.

O STF entendeu que é possível o pagamento individualizado de cada litisconsorte facultativo simples, devendo a RPV considerar os valores isoladamente, o que se encontra capitulado no art. 534, § 1º do CPC e que exige demonstrativo atualizado do crédito de cada um dos exequentes.

Já que se fez menção à Requisição de Pequeno Valor, convém frisar que há dupla denominação doutrinária essa espécie: a) RPV ou requisição de pequeno valor; 2) OPV, obrigação de pequeno valor. Essa espécie traduz condenações da Fazenda Pública em valor igual ou superior a 60 salários mínimos por beneficiário, em precatórios federais. 40 salários mínimos, em precatórios estaduais, e 30 salários mínimos, nos precatórios municipais.

O que importa relativamente à classificação e efeitos que tornam os pagamentos dos precatórios mais céleres, ou não, é a previsão constitucional que privilegia a tramitação, retira da "fila comum" as RPVs e faz com que migrem para uma categoria prioritária de pagamento. Vejamos o § 3º do art. 100 da CF/88.

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão

exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009) (Vide ADI 4425)

(...)

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Nessa linha, não muito uniforme na doutrina, na qual buscamos classificar os precatórios, sem qualquer pretensão de traçar um modelo, mas tão somente tentar elencar algumas espécies, convém apreciar duas outras espécies que se relacionam com a atualização dos valores das dívidas representadas em precatórios, porque fatalmente ocorre uma defasagem entre o montante lançado no precatório e aquele que o credor, concretamente, teria direito de receber na ocasião do pagamento.

Uma vez que não se reconhecia ao Presidente do Tribunal poder para alterar o valor do precatório fixado por ato do juiz da execução, a solução encontrada pela jurisprudência foi a dos precatórios complementares. Após o pagamento incompleto, caberia ao exequente requerer, em primeiro grau de jurisdição, a apuração dos juros e correção monetária não compreendidos no resgate da primitiva requisição de pagamento (VAZ, 2005).

O precatório deve sanar defasagem de valores de dívidas públicas a pagar, ou seja, aquele valor deverá ser atualizado no momento do pagamento, a fim de suprir a inevitável desatualização que sofre o crédito, em razão da tramitação burocrática a ser obedecida.

Vale ressaltar que a vergonha e nocividade no Brasil radica nos Estados e Municípios que não pagam seus débitos há décadas, alguns há mais de 20

anos, e se houvesse imposição aos entes federados o pagamento daquilo que devem em precatórios, tal soma supera o orçamento anual.

Normalmente esses precatórios estaduais e municipais são de natureza comum, em razão do grande número de desapropriações realizadas para a execução de obras públicas. Todavia, há também precatórios alimentares em grande monta e resultado de ações deduzidas por servidores municipais e estaduais em busca do pagamento de seus direitos trabalhistas (PESSOA, 2003, p. 34). Relativamente à União e seus entes, o pagamento dos precatórios, por não ser tão deficitária quanto os estados e municípios, não apresentam o mesmo quadro bizarro de atrasos, e obedecem cronograma de pagamento.

Especialistas apontam que o modelo de pagamento dos precatórios, da forma como foi regida pela EC 62/2009, não se revela eficiente, dado que não acompanhou sequer o crescimento da dívida. Diante desse quadro, cogita-se o desenvolvimento de novas soluções com escopo de imprimir maior efetividade e celeridade ao processamento das condenações impostas à Fazenda Pública. Frente a essa deficiência, Severo (2009, p. 510, 534, 551), citado por Santanna e Alves (2015, p. 230), aborda mecanismos alternativos voltados ao regime de responsabilidade, destacando, dentre outros, a figura de “fundos de reparação e seguros (inclusive por meio de um federalismo cooperativo, em que as apólices cobririam mais de um ente federado)”, instrumentos estes que, acreditam, seriam capazes de “fortalecer a imagem do poder público face aos administrados, sugerindo que se apresentam como soluções de maior credibilidade e eficiência”.

4. MERCADO FISCAL

Vale frisar a atualíssima aquisição de precatórios por parte de empresas, com o objetivo de minorar débitos fiscais, criando assim verdadeiro “mercado fiscal”. Daí resultam afirmações correntes em inúmeros trabalhos, monografias, dissertações, teses e livros acerca desse mercado fiscal e dos riscos que representa para empresários:

Os Precatórios movimentam intensamente o mercado de compra e venda fiscal, pois as empresas os adquirem para compensá-los com seus débitos fiscais, sendo considerável redução do valor a pagar, já que eles são uma dívida pública ativa, o comprador, detentor do precatório, faz a compensação da

dívida pública com sua dívida tributária, além de obter lucro na operação devido ao deságio (FLORÊNCIO, 2009). Trata-se, portanto de ativos que podem ser negociados, conforme lei vigente em cada estado ou em âmbito federal. Dessa forma temos Precatórios Municipais, Precatórios Estaduais e Precatórios Federais.

Os Precatórios estão movimentando intensamente o mercado de compra e venda fiscal. As empresas adquirem Precatórios para abater o crédito de seus impostos, com uma considerável redução do valor a pagar.^[3]

OS RISCOS DE USAR PRECATÓRIOS

Segue aqui resposta a milhares de empresários que estão interessados em utilizar os precatórios para redução da confiscatória carga fiscal, mas que ainda estão indecisos diante da possibilidade de amargar prejuízos futuros.

A pergunta sempre é: Quais são os riscos de perda?

A primeira resposta é que precatório é uma dívida pública, líquida, certa e exigível, que não prescreve (não deixa de valer com o tempo), que é controlada pelo Poder Judiciário através das Centrais de Precatórios e que corrigem melhor que qualquer investimento do mercado, no patamar de 6% ao ano, mais IGPM, mais 1% de mora.

Comprados com o deságio atual, a margem de lucro financeiro é de aproximadamente 3% ao mês, índice superior às taxas de juros que os bancos cobram para empréstimos em operações empresariais. Por esta razão, o negócio já atrai grande quantidade de investidores financeiros que sequer utilizam os créditos para buscar o pagamento de impostos, além das propostas de criação de Fundos de recebíveis, o que reduzirá o deságio e a oferta de mercado.

A pura e simples negociação dos precatórios com o deságio e a correção oferecida já fazem da compra um excelente negócio. Não existe risco de perda, só o tempo de retorno do investimento que é incerto devido ao calote governamental. Esta, inclusive, é a razão do deságio ser tão grande.^[4]

Como é largamente sabido, a compensação é uma das modalidades de extinção de créditos tributários previstas no art. 156 do Código Tributário Nacional.^[5]

Outrossim, a Lei nº 12.431/2011 regulamentou a compensação de precatórios com as dívidas de particulares perante a União, na forma dos §§ 9.º e 10 do art. 100 da Constituição Federal incluídos pela EC 62/2009.

Aliado a isto, o § 11 do art. 100 da Constituição Federal, acrescentado pela EC 62/2009, faculta ao credor a possibilidade de “ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor”.

Nesse quadro, é cada vez mais comum a “compra e venda” de precatórios e sua ampla utilização como forma de “pagamento” de dívidas tributárias, mediante compensação, pois além de muito vantajosa para as empresas, permite a redução, na prática, de sua carga tributária, aumenta a capitalização e possibilita um maior planejamento tributário. Com efeito, os precatórios também podem ser utilizados para garantia da penhora em execução fiscal, o que permite ao empresário antecipar-se ao risco de sofrer possíveis constrições em imóveis, mercadorias, estoque rotativo, automóveis e outros bens indispensáveis ao funcionamento da empresa,

Em suma, essas são as razões principais da intensa movimentação do chamado “mercado de precatórios” (VAZ, 2007).^[6]

Como já exposto anteriormente neste trabalho, os “leilões de precatórios” foram declarados inconstitucionais pelo STF relativamente à EC 62/2009 que alterou o art. 100 da CF/88 e o art. 97 do ADCT e modulou os efeitos dessa declaração, de tal sorte que alguns dispositivos ainda vigorarão por algum tempo.

Relativamente ao § 15 do art. 100 da CF/88 e o art. 97 do ADCT que tratam do regime especial de pagamento de precatórios, ainda vigorarão por mais cinco exercícios financeiros, ou seja, até 2020, cinco anos contados de 01.01.2016.

Há uma decisão interessante do STJ, 2ª Turma, REsp 1.522.973-MG, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 04.02.2016, acerca das parcelas devidas entre a data da impetração de mandado de segurança por servidor público e a implementação da segurança concedida, porque determina que devem ser pagas por meio de precatório, e não via folha suplementar.

A decisão está em sintonia com o que dispõe o art. 100 da CF/88 ao determinar que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública estão sujeitos ao sistema de precatórios, abarcando as verbas de caráter alimentar, ainda que resultem de sentença mandamental em ação de segurança, porque não tem o condão de afastar a regra dos precatórios, consoante já decidiu o STF, Plenário. RE 889173 RG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 07.08.2015 (repercussão geral), excepcionando apenas a RPV (art. 3º do art. 100, da CF/88) as demais seguirão a sistemática de precatórios.

5. A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO

Uma das formas de extinção da obrigação de pagar por parte da Fazenda Pública é pela via da compensação do crédito tributário e encontra respaldo nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal no art. 78 do ADCT, dispositivo constitucional incluído pela EC 62/2009.

Em que pese tal possibilidade, somente a União tem se utilizado largamente dessa via, relativamente ao pagamento de seus precatórios, disso resultando que os pagamentos de precatórios da União estão praticamente em dia, ao revés do que ocorre com a vultosa dívida de estados e municípios. É o que se colhe do seguinte comentário:

Em 2010 os dados atualizados do Conselho Nacional de Justiça estimaram que a dívida total de precatórios dos Estados e Municípios era de 84 bilhões de reais, sendo o maior devedor o Estado de São Paulo e seus municípios com uma dívida estimada em aproximadamente 23 bilhões de reais. *A dívida mencionada não inclui o ente federal (União), pois os pagamentos estão praticamente em dia, inclusive com sistemáticas de compensação de tributos com precatórios conforme a lei recentemente publicada* (RACT, 2011). (grifei)

A norma em comento, Lei nº 12.431/2011, em seus artigos 30 a 49, regulamenta os trâmites da "compensação de débitos perante a Fazenda Pública Federal com créditos provenientes de precatórios, na forma prevista nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal", conforme estabelece seu art. 30.

Algumas ressalvas, porém, devem ser feitas.

Primeiramente, com a modulação de efeitos admitida pelo STF quanto à aplicação dos §§ 9º e 10º do art. 100 da CF/88 acrescentados pela EC 62/2009 (vide ADI 4425), todas as compensações obrigatórias realizadas até 25.03.2015, data da modulação, serão válidas, mesmo que inconstitucionais.

A partir de 25.03.2015 não serão mais admitidas compensações obrigatórias, nada impedindo que haja acordo entre a parte credora e a Fazenda Pública devedora, ou seja, poderá haver "compensação voluntária".

Nessa senda, importante mencionar o Parecer Normativo COSIT Nº 11, de 19 de dezembro de 2014, de lavra da Secretaria da Receita Federal do Brasil, cuja ementa ora se transcreve:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO DECORRENTE DE AÇÃO JUDICIAL. PRAZO PARA APRESENTAR DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE DE HABILITAÇÃO PRÉVIA. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. O crédito tributário decorrente de ação judicial pode ser executado na própria ação judicial para pagamento via precatório ou requisição de pequeno valor ou, por opção do sujeito passivo, ser objeto de compensação com débitos tributários próprios na via administrativa. Ao fazer a opção pela compensação na via administrativa, o sujeito passivo sujeita-se ao disciplinamento da matéria feito pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, especificamente a Instrução Normativa nº 1.300, de 2012, conforme § 14 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, e às demais limitações legais. Para a apresentação da Declaração de Compensação, o sujeito passivo deverá ter o pedido de habilitação prévia deferido. A habilitação prévia do crédito decorrente de ação judicial é medida que tem por objetivo analisar os requisitos preliminares acerca da existência do crédito, a par do que ocorre com a ação de execução contra a Fazenda Nacional, quais

sejam, legitimidade do requerente, existência de sentença transitada em julgado e inexistência de execução judicial, em respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público. O prazo para a compensação mediante apresentação de Declaração de Compensação de crédito tributário decorrente de ação judicial é de cinco anos, contados do trânsito em julgado da sentença que reconheceu o crédito ou da homologação da desistência de sua execução. No período entre o pedido de habilitação do crédito decorrente de ação judicial e a ciência do seu deferimento definitivo no âmbito administrativo, o prazo prescricional para apresentação da Declaração de Compensação fica suspenso.

O crédito habilitado pode comportar mais de uma Declaração de Compensação, todas sujeitas ao prazo prescricional de cinco anos do trânsito em julgado da sentença ou da extinção da execução, não havendo interrupção da prescrição em relação ao saldo. Eventual mudança de interpretação sobre a matéria será aplicável somente a partir de sua introdução na legislação tributária. Dispositivos Legais. Constituição Federal, arts. 37 e 100; Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, arts. 100, 170 e 170-A; Decreto nº 20.910, Lei nº 9.430, de 1996, art. 74; Lei nº 9.779, art. 16; Lei nº 9.784, de 1999, art. 2º; Portaria MF nº 203, de 2012, art. 1º, III, e art. 280, III e XXVI; IN RFB nº 1.300, de 2012, arts. 81 e 82. e-processo 10880.724252/2013-46.

Combinando os arts. 156 e 170 do CTN extrai-se a possibilidade da compensação de créditos tributários com os respectivos débitos públicos uma vez que "a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública"

Já havia a possibilidade de compensar valores recolhidos a maior referentes ao PIS – Programa de Integração Social. Na mesma linha o STJ, em decisão emblemática, entendeu haver a possibilidade de compensação de créditos de natureza distinta com o crédito de precatório, cuja ementa oportuno se faz transcrever:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO VIA COMPENSAÇÃO ASSEGURADO POR DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. EXECUÇÃO. OPÇÃO POR RESTITUIÇÃO EM ESPÉCIE DOS CRÉDITOS VIA PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. AUSÊNCIA.

1. Operado o trânsito em julgado da decisão que determinou a repetição do indébito, é facultado ao contribuinte manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou compensação, eis que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação.

2. Não há na hipótese dos autos violação à coisa julgada, pois a decisão que reconheceu o direito do autor à compensação das parcelas pagas indevidamente fez surgir para o contribuinte um crédito que pode ser quitado por uma das formas de execução do julgado autorizadas em lei, quais sejam, a restituição via precatório ou a própria compensação tributária.

3. Por derradeiro, registre-se que todo procedimento executivo se instaura no interesse do credor CPC, art. 612 e nada impede que em seu curso o débito seja extinto por formas diversas como o pagamento propriamente dito - restituição em espécie via precatório, ou pela compensação.

4. Recurso Especial improvido.

(REsp 551184 /PR. RECURSO ESPECIAL 2003/0114629-1. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Segunda Turma. Data do julgamento: 21/10/2003)

6. CRÍTICAS AO MODELO DE EXECUÇÃO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Entra-se aqui no enfrentamento da questão relativa ao constante benefício concedido há anos, pela Constituição Federal, à Fazenda Pública, em suas diversas esferas relativamente ao pagamento dos precatórios, justamente, considerando as dívidas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, para que possam suportar o volume do endividamento desses entes e pagar o passivo astronômico e, assim, poder pagar correta e pontualmente suas dívidas. “Todavia, em vão foram os esforços, tendo em vista que a dívida fazendária tem crescido assustadoramente ao longo dos anos, trazendo com isso, consequências marcantes no mundo jurídico” (OLIVEIRA, 2007).

Conquanto a execução realize-se em favor do exequente e o ato construtivo gere preferência relativamente aos bens constritos, nos moldes do disposto no art. 797 do CPC, a Fazenda Pública não se sujeita nem a esta regra, nem aquelas previstas nos arts, 825 e 876, § 5º, também do CPC, porque os bens públicos são impenhoráveis.

Assim, não sofre expropriação, seja por adjudicação, seja por alienação ou apropriação de frutos e rendimentos, na execução por quantia certa, uma vez que os pagamentos das dívidas da Fazenda Pública são providos pelo Erário e ao sistema dos precatórios ou Requisições de Pequenos Valores.^[7]

Vale ressaltar que há situações nas quais o regime de precatórios deixa de ser aplicado em razão de peculiaridades da hipótese, como decidiu o STJ STJ. 1ª Turma. AgRg no Ag 1.412.030-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27/8/2013, uma vez descumprido o comando judicial existente no título judicial exequendo, que determinou que o devedor implantasse as diferenças remuneratórias devidas ao credor em folha de pagamento, o adimplemento dessas parcelas se dá por meio de folha de pagamento suplementar, e não por precatório.

Isso porque o jurisdicionado, que teve seu direito reconhecido com trânsito em julgado, não pode ser prejudicado pela inércia da Administração Pública em cumprir a sentença de procedência. Com efeito, verifica-se que a regra é o pagamento de débitos das Fazendas Públicas, Estadual, Municipal, Distrital e Federal, ocorrer via precatório ou a RPV, todavia há algumas exceções.

Dois são os modelos de títulos hábeis a provocar execução em face da Fazenda Pública, do mesmo modo, dois são os modelos de procedimentos para essas execuções. Caso se esteja diante de título executivo judicial o procedimento será o previsto nos arts. 534 e 535 do CPC/2015 e se estará diante de cumprimento de sentença; já na execução de título extrajudicial segue-se o que dispõe o art. 910, sem que se deixe de atender ao disposto no art. 100 da CF/88, quanto ao sistema de pagamento dos débitos da Fazenda Pública, ou precatório, ou Requisição de Pequeno Valor.

Antes de transcrevermos as críticas que pinçamos de diversos textos, em prol da fidelidade acadêmica, convém transcrever, igualmente, menções elogiosas tecidas por dois autores citados em monografias:

É o precatório justificado como forma moralizadora do pagamento dos débitos judiciais do Poder Público, sem que haja preferência ou privilégios de cunho subjetivo e, principalmente, sem a disposição, para o mister, de bens que integrem o patrimônio público, além de permitir, em razão dos procedimentos orçamentário-financeira envolvidos na sua concretização, o ordenamento dos gastos públicos (OLIVEIRA, 2007).

Por esse motivo, o precatório é a forma mais adequada para o pagamento de débitos judiciais adquiridos pelo Poder Público, sem privilégios ou preferências subjetivas, e sem, principalmente, o detrimento do patrimônio público (CUNHA, 2000).

As críticas apontadas em diversos trabalhos que citam autores de nomeada trazem diversas perspectivas, vejamos algumas inicialmente para que se possam observar os pontos mais relevantes e tentar fazer uma análise acerca da pertinência, ou não, de tais críticas.

A primeira delas reflete a sistemática procedimental dos créditos em face da Fazenda Pública, uma vez que os traços que guarnecem os bens públicos não permitem que sejam utilizados os procedimentos executivos expropriatórios. Daí a necessária ponderação a ser feita pelo magistrado e, antes disso, pelo Legislativo acerca dos valores em jogo, para alterar o modelo normativo, como vem sendo feito ao longo dos anos ou, quando a norma autorizar, que seja aplicada de forma eficaz e efetiva pelo Poder Judiciário.

Porém, não há, enfim, expropriação na execução intentada contra a Fazenda Pública, devendo o pagamento submeter-se à sistemática do precatório, que por essa razão, a doutrina defende não haver, propriamente, uma execução contra a Fazenda Pública, estando a sentença condenatória contra ela proferida despida de força executiva, justamente por não serem penhoráveis os bens públicos (FURTADO, 1991).

Entretanto, o atraso no cumprimento das ordens judiciais, expedidas pelos Tribunais para a liquidação do precatório é um problema que vem trazendo

grande polêmica no Judiciário. Isso não atinge apenas e tão somente aos credores, mas também seus advogados; que por sua vez, são vítimas da inadimplência fazendária, e só receberão pelo trabalho realizado após a quitação do precatório por parte do Ente devedor; como também os juízes e Tribunais, que veem suas decisões proferidas sendo desacatadas constantemente (VAZ, 2007, p. 58).

Nesta segunda crítica, relativamente aos advogados, tanto o STF, dando repercussão geral, quanto o STJ, em recurso repetitivo, já decidiram pela possibilidade de fracionamento de precatório para pagamento de honorários advocatícios, ou seja, que os advogados possam receber seus honorários advocatícios mediante RPV, ainda que o crédito principal seja executado por meio do regime de precatórios.

Condenada a Fazenda Pública no pagamento de quantia certa, como já mostrado aqui, o pagamento seguirá o trâmite do art. 100 da CF/88, e será realizado, normalmente, por meio de precatório. Todavia, se a condenação encantar-se no montante considerado de “pequeno valor” dispensa-se o precatório.

Desse modo, para mitigar os efeitos da verba alimentar devida aos advogados, a decisão tornou possível a execução daqueles honorários advocatícios que não superem o limite imposto pelo art. 100, § 3º da CF/88, devidos pela Fazenda Pública, por meio de Requisição de Pequeno Valor (RPV) na hipótese em que os honorários não excedam o valor limite a que se refere o art. 100, § 3º, da CF, ainda que o regime de precatório seja utilizado para pagamento do crédito principal.^[8]

Deixamos este momento para manifestar opinião acerca da natureza do crédito devido aos advogados, conquanto em outro espaço neste trabalho já tenhamos tocado no tema e apontado entendimentos doutrinários divergentes quanto à relação creditícia dos honorários e o crédito “principal”.

Afirma-se que os honorários são créditos acessórios, ou seja, não gozam de autonomia, mas subordinam-se ao crédito “principal”, uma vez que não são o bem da vida imediatamente perseguido em juízo, ou seja, nada a ver com a relação de dependência com um crédito “principal”. Se não se trata de relação

de dependência entre o crédito honorário e o principal, nenhuma impossibilidade há que sejam adotados distintos procedimentos para um e outro, sob o argumento da acessoriedade da natureza de um relativamente ao outro.

Encareça-se que a titularidade da verba honorária no ordenamento jurídico brasileiro é atribuída ao advogado, até mesmo os sucumbenciais, e os títulos que os fixam, contrato, decisão e sentença, *ex arts. 23 e 24, § 1º, da Lei 8.906/1994*, podem ser executados de forma autônoma

.Ademais, nenhuma vedação se pode extrair do § 8º do art. 100 da CF/88 quanto ao fracionamento de precatório para execução de honorários advocatícios e pagamento por meio de RPV, desde que seja fracionado antes da expedição do ofício requisitório, para que não haja ruptura da ordem cronológica de pagamento do crédito.

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

O dispositivo constitucional transcrito impede a simultaneidade do fracionamento do crédito de sua exclusiva titularidade, ou seja, veda que haja repartição, fracionamento ou quebra do valor da dívida pública em dois regimes de pagamento ou satisfação do crédito, uma parte seria satisfeita pelo regime do precatório e a outra parte pelo regime de pagamento imediato. Por isso, não se aplica aos honorários advocatícios em razão da titularidade distinta deste crédito relativamente ao crédito principal que é de titularidade distinta, o que é diferente da hipótese vedada pelo dispositivo, ou seja, que o titular do crédito receba uma parte deste, via precatório, e outra parte, via RPV.

Vejamos as críticas tecidas em diversos trabalhos acerca do regime de pagamento dos débitos da Fazenda Pública, nos quais se alegam a insuficiência de recursos, como motivo para não satisfação do passivo público, bem como o descrédito do Poder Executivo em face do "calote" generalizado que norteia a Fazenda Pública estadual, distrital e municipal.

Tais críticas apontam, também, corretamente, a implicação "por arrastamento" no Poder Judiciário, em razão de sua desmoralização e do não cumprimento das decisões transitadas em julgado impondo o pagamento de valores que, simplesmente, são descumpridas pelo Poder Executivo.

Outrossim, enfatizam a ausência de medidas efetivas por Parte do Judiciário para implementar tais pagamentos, o que nos parece corroborar com as linhas traçadas na introdução deste estudo acerca da urgente necessidade do Judiciário fazer uso legítimo do *judicial empowerment*, assim, sopesados os valores em jogo, determinar drásticas, porém eficazes medidas em defesa do Estado Democrático de Direito, do princípio republicano e dos direitos fundamentais.

Os devedores recorrem e protelam o quanto podem, alegando não ter verba orçamentária suficiente, dando a nítida impressão de que não querem sanar a dívida. A questão do calote em precatórios é de âmbito nacional, não há restrição a este ou àquele Estado (HOLANDA, 2007).

Quando no § 1º do art. 100 se inseriu a necessidade de o precatório ser apoiado em "sentença transitada em julgado", o que realmente intentou o constituinte foi abolir o entendimento até então acolhido pela jurisprudência de que a execução de sentença contra a Fazenda Pública poderia ser instaurada antes do trânsito em julgado, se o recurso pendente não tivesse efeito suspensivo (CUNHA, 2000).

Na sociedade, o regime dos precatórios é visto como totalmente ineficaz e sem credibilidade, isso devido a demora e morosidade que assolam esse sistema, o precatório é visto, de maneira geral, como um método que a Fazenda Pública encontra para postergar, quase que infinitamente, suas dívidas e obrigações e tornou-se, na vista da sociedade, um verdadeiro calote oficial, caindo em descrédito a força que a Justiça tem em face do Poder Público (THEODORO JÚNIOR, 2005).

É de extrema importância que se adote medidas, de caráter urgente, para elevar a moral da Justiça, e realmente, que se promova justiça no mais puro sentido da palavra, compelindo o Poder Público a cumprir eficientemente sua obrigação de pagar seus credores (OLIVEIRA, 2007).

Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 66), também reconhece que o sistema do precatório e a Justiça encontram-se em total descrédito com a sociedade, quando preceitua, acertadamente, que: “Na sociedade existe um descrédito e um desânimo em torno da tutela jurisdicional dispensada aos credores da Fazenda Pública, onde a sensação geral é de que a Justiça não tem força para compelir a Administração Pública a cumprir suas obrigações pecuniárias com os particulares, e de que o governo é cientes disso.”^[9]

A Fazenda Pública adota postura de completa imoralidade, pois simplesmente ignora as sentenças condenatórias e não se sente ameaçada pela expedição dos precatórios, visto não terem medidas eficazes para constrangê-la ao pagamento.

A sistemática do precatório prevista em todo conjunto do ordenamento jurídico brasileiro é, teoricamente, eficaz, e as sanções para os casos de inadimplemento por parte da Fazenda Pública são duras e severas. Tudo isso é perfeito apenas na teoria. Na prática, a realidade é muito diferente (THEODORO JÚNIOR, 2005).

As penas e sanções que podem ser aplicadas estão previstas na constituição, e são, de modo resumido, a intervenção na pessoa jurídica de direito público que não cumpre o pagamento do precatório no prazo e forma estipulados, e o sequestro da quantia necessária a satisfação do crédito, quando ocorre a quebra da ordem cronológica (GONÇALVES, 2013).

Na prática, tais medidas são totalmente impotentes para que o Judiciário possa obrigar a Fazenda Pública a adimplir suas dívidas. O sequestro raramente se aplica, pois só incide em casos em que ocorre o desrespeito da ordem cronológica de pagamento do precatório, ficando assim, fora do uso dos casos mais gritantes, onde na verdade o que ocorre é o verdadeiro calote pela falta de não pagamento (OLIVEIRA, 2007).

A intervenção, embora seja uma sanção gravosa prevista na Constituição Federal, também é praticamente ineficaz. Na maioria das vezes a Justiça não consegue executar de maneira correta este dispositivo, haja vista que a mera falta de recursos disponíveis, já enseja motivo suficiente para o não pagamento do precatório e a não autorização da União no Estado inadimplente. E isso gera uma cadeia viciosa, infinita. Como a União não interfere na Administração

Estadual, o Estado também se exime do dever de intervir nos Municípios, e todos passam a não sofrer sanção alguma (VAZ, 2005).

A Lei nº 11.232/05 tem como objetivo dar mais rapidez ao processo de execução de título judicial. Não se entende porque não se incluiu a Fazenda Pública nesta nova sistemática. A verdade é que a Fazenda Pública foi beneficiada, pois continua com os seus mecanismos para protelar e postergar o cumprimento de suas obrigações com os credores (GRECO FILHO, 2005).

7. INCONSTITUCIONALIDADES DO REGIME RECONHECIDAS PELO STF

Além daquela inconstitucionalidade apontada e examinada em tópico relativo aos créditos alimentares "superespeciais", ou seja, aqueles devidos a idosos, retirando a expressão "na data da expedição do precatório", conforme já se analisou, há outros aspectos julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, dentre estes, o relativo ao "regime de compensação obrigatória" constante dos §§ 9º e 10º do art. 100, porque viola diversos princípios e garantias fundamentais, dentre os quais o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, afeta a separação dos poderes, rompe com a isonomia e viola a coisa julgada, ao fixar superioridade injustificável à Fazenda Pública.

Também o STF entendeu inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", consoante § 12 do art. 100 da CF/88, dessa inconstitucionalidade declarada pelo STF, este também o fez "por arrastamento", aquilo que se convencionou chamar de "consequência lógica", o art. 5º da Lei 11.960/2009 por meio da qual foi dada a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, que previa a aplicação do índice da caderneta de poupança para os débitos resultantes de condenação da Fazenda Pública.

Para o STF o índice da caderneta de poupança, porque fixado *ex ante* e sob aspectos técnicos não sintonizados com a inflação do período considerado não é capaz de traduzir a flutuação de preços apurada concretamente no período considerado, assim, não consegue manter o valor real da condenação e viola a coisa julgada, porque desrespeita o valor da condenação que será corroído pela inflação.

Ademais, é bom apontar, a Fazenda Pública atualiza seus créditos pela taxa SELIC que em muito supera a caderneta de poupança, o que faz com que, uma vez atualizados os débitos públicos por índice inferior ao de seus créditos e à inflação, haja violação ao direito de propriedade dos credores, pois é incapaz de conservar o *status quo ante*. De igual modo, assente aí uma clara violência ao princípio da isonomia.

A expressão "independentemente de sua natureza" constante do § 12 do art. 100 da CF, porque não seria razoável discrepar a incidência dos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário daqueles resultantes das dívidas tributárias, ou seja, para os precatórios de natureza tributária.

Na mesma linha o STF declarou a inconstitucionalidade do § 15 do art. 100 da CF/88 e a integralidade do art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porque institucionalizava o que foi denominado "leilão de precatórios" e gerava uma competição de credores desses precatórios oferecendo deságios aos valores de seus créditos para recebimento preferencial, verdadeira "moratória" ou "concordata" aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

8. DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

O cumprimento de sentença subdivide-se em duas fases, iniciando-se pela fase de accertamento (fase meramente preparatória da execução, também chamada de liquidação de sentença), seguida da fase de cumprimento, ou execução, propriamente dita.

Consoante lição de CUNHA (2016, p. 333), "não é, rigorosamente, apropriado falar em fase de cumprimento de sentença "no caso de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, pois a decisão esgota a tutela dessas situações jurídicas".

Para ele, a fase de cumprimento de sentença, propriamente dita, "ocorre, única e exclusivamente, para a execução de decisões que reconhecem obrigação de pagar quantia, *pois nelas, não se tutela satisfativamente o direito reconhecido*" (destaquei).

Por conseguinte, apenas as sentenças condenatórias em obrigação de pagar admitem a fase do cumprimento de sentença que é precedida da fase preparatória de acertamento, na qual são apresentadas e discutidas as memórias de cálculos e homologada a liquidação, ou seja, é fixada a quantia certa a ser executada.

Consoante exposto na obra do citado jurista,

o cumprimento de sentença que pretende o pagamento de quantia certa há ser requerido pelo exequente, a quem cabe apresentar memória de cálculo contendo os elementos relacionados no art. 534 do CPC. Nos casos de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, não se aplica o art. 534, aplicando-se as regras gerais dos art. 536 e 538 (CUNHA, 2016, p. 333).

Portanto, se por um lado não há qualquer traço de peculiaridade no cumprimento de sentenças contra a Fazenda Pública nas hipóteses de condenação em obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, a particularidade da incidência dos art. 534 e 535 se dá quando se tratar de condenação da Fazenda Pública na obrigação de pagar quantia certa, atraindo, de igual modo, a incidência do art. 100 da Constituição Federal.

Assim, diante das particularidades impostas pelo art. 100 da Constituição Federal, não se aplica à Fazenda Pública o procedimento comum do cumprimento de sentença, mas um procedimento especial, regulado nos arts. 534 e 535 do CPC.

O mesmo princípio é exposto, de outro modo, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, em seu Parecer Normativo Cosit nº 11, de 19 de dezembro de 2014, *in verbis*:

Nesse caso, ou seja, sendo o executado a Fazenda Pública, não se aplicam as regras próprias da execução por quantia certa contra devedor solvente, não havendo a adoção de medidas expropriatórias para a satisfação do crédito. Diante da peculiaridade e da situação da Fazenda Pública, a execução por quantia certa contra ela intentada contém regras próprias. Põe-se em relevo, no particular, a instrumentalidade do processo, a impor adequação procedimental, na exata medida em que as exigências do direito material na disciplina das

relações jurídicas que envolvem a Fazenda Pública influenciam e ditam regras processuais.^[10]

Por outro lado, no que toca à liquidação de sentença, também chamada fase preparatória ou de acerto (como visto ao início do presente tópico), a execução seguirá as regras comuns a essa fase processual, quais sejam as disposições contidas nos arts. 509 a 512 do CPC.

Assim, são admissíveis em face da Fazenda Pública ambos os tipos de liquidação previstos no art. 509 do CPC: por arbitramento (inciso I) ou pelo procedimento comum (inciso II), bem assim por simples cálculos aritméticos (§ 2º).

Registre-se, ainda, importante comentário de Xavier (2015, p. 386), para quem

a sentença não é considerada ilíquida quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, caso em que o credor poderá promover de imediato o cumprimento da condenação ou o devedor realizar o pagamento voluntário. Para tanto deverá ser apresentado ao juízo o demonstrativo discriminado e atualizado do valor, contendo os elementos indicados no art. 524. Visando facilitar esta tarefa o legislador determinou que o Conselho Nacional de Justiça desenvolva, e coloque a disposição dos interessados, programa de atualização financeira.

Vale ainda lembrar que, tanto no caso da liquidação por arbitramento ou pelo procedimento comum, é vedada a rediscussão do mérito da decisão liquidanda, restringindo-se, portanto, essa fase processual, à simples definição do valor da condenação.

Nesse sentido, utilíssima é a lição de Medina (2015, p. 790), para quem “a cognição judicial na liquidação é parcial, isso é, limitada, no plano horizontal, à discussão relacionada ao quantum debeat: ‘Na liquidação é vedado discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou’ (§ 4.º do art. 509 do CPC/2015). Veda-se, assim, a discussão sobre o an debeat, cuja existência foi firmada na decisão liquidanda”, ressaltando, contudo, que “não se confunde com rediscussão a necessária interpretação da decisão liquidanda” (STJ, REsp 1.267.621/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 11.12.2012).

Decidida a liquidação, encerra-se a fase preparatória de acerto, passando-se à fase de cumprimento da sentença, consoante já afirmado.

Nesta fase de cumprimento de sentença, a Fazenda Pública não é intimada para pagar o débito (ou seja, citada), como acontece no procedimento comum (CPC, art. 523), mas para impugnar a execução (CPC, art. 535). Ademais, por essa mesma razão, não há incidência da multa prevista no § 1º do art. 523, conforme expressamente previsto no § 2º do art. 534 do CPC: “a multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública”.

Havendo mais de um credor, cada um deve apresentar seu próprio demonstrativo de cálculo (art. 534, § 1º, do CPC). Nessa hipótese, afirma CUNHA (2016, p. 334), “em caso de litisconsórcio ativo, será considerado o valor devido a cada um deles, expedindo-se *cada* requisição de pagamento para *cada* um dos litisconsortes.” Pode-se, com isso, antever a possibilidade de serem expedidos, simultaneamente, requisições de pequeno valor e precatórios, a depender do valor do débito de cada litisconsorte. No entanto, prossegue o jurista, “se houver uma grande quantidade de litisconsortes que comprometa o cumprimento da sentença ou dificulte a defesa da Fazenda Pública na impugnação a ser apresentada, o juiz, pode limitar a presença dos litisconsortes, aplicando-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 113 do CPC” (CUNHA, 2016, p. 334).

9. DA IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA

Consoante exposto por Cunha (2016, p. 335), “requerido o cumprimento da sentença, a Fazenda Pública será intimada (e não citada) para apresentar, em trinta dias, sua impugnação. A intimação é pessoal (CPC, art. 183), feita ao advogado público que já acompanhava o processo ou qualquer outro que o substitua, podendo realizar-se por carga, remessa ou meio eletrônico (CPC, art. 183, § 1º)”.

Como visto, a defesa da Fazenda Pública contra o requerimento de cumprimento da sentença dá-se pela impugnação prevista no art. 535 do CPC e não por embargos, já que os embargos constituem o meio de defesa que o poder público tem diante de execução fundada em título extrajudicial.

O prazo de trinta dias para impugnar a execução (art. 535, CPC) é específico para a Fazenda Pública, não havendo, por conseguinte, que se falar na contagem do prazo em dobro. Outrossim, o prazo em referência é computado em dias úteis (art. 219, CPC).

À toda evidência, a Fazenda Pública goza de privilégios processuais na execução por quantia certa, visto que, doutro modo, ou seja, quando a Fazenda Pública não é a devedora, a apresentação da impugnação, via de regra, não impede a prática dos atos executórios. Como é cediço, o julgador poderá atribuir efeito suspensivo ao cumprimento da sentença, a requerimento do devedor, que atingirá em parte ou totalmente a execução, cabendo ao executado apresentar fundamentos relevantes e demonstrar que o prosseguimento dos atos executórios é manifestamente suscetível de lhe causar grave dano e de difícil ou incerta reparação. Aliás, para os devedores particulares obterem esse benefício, exige-se ainda a garantia do juízo, com penhora, caução ou depósito suficientes. (art. 525, § 6º, CPC).

Quanto à impugnação da Fazenda Pública ao cumprimento de sentença, nos termos dos incisos I a V do art. 535 do CPC tem-se que será restrita às seguintes matérias, sob pena de ser rejeitada liminarmente e ser considerada protelatória:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

De igual modo, a impugnação será rejeitada liminarmente, quando manifestamente intempestiva.

É bom que se frise que, nos termos do § 2º do dispositivo em tela: “Quando se alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, *cumprirá à executada declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição*”.

Frise-se ainda que, na hipótese de a Fazenda Pública apresentar impugnação parcial ao cumprimento de sentença, a parte não questionada será, desde logo, objeto de cumprimento, nos termos do § 4º do mesmo dispositivo, expedindo-se o precatório ou a RPV. Nesse caso, não incide a vedação do § 8º do art. 100 da CF/1988, pois não se trata do exequente repartir seu crédito de forma a receber uma parte por RPV e outra parte por precatório.

Por fim, nos termos do § 3º do mesmo citado dispositivo, não impugnada a execução, ou sendo rejeitadas as arguições da Fazenda Pública, será expedido o precatório ou RPV correspondente. Vale dizer, o ofício requisitório somente é expedido depois de não haver mais qualquer discussão quanto ao valor executado, ou seja, *a expedição depende do trânsito em julgado da decisão que julgar a impugnação, acolhendo-a ou rejeitando-a, ou não a admitindo*. Por essa razão, segundo Cunha, a impugnação apresentada pela Fazenda Pública *deve, forçosamente, ser recebida no efeito suspensivo*, pois, não há como expedir o precatório ou a RPV enquanto o valor cobrado não se tornar incontroverso ou definitivo (CUNHA, 2016, p. 337).

10. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Conforme visto anteriormente, a execução contra a Fazenda Pública pode fundar-se em título judicial ou em título extrajudicial. Na hipótese de título judicial, há cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública (CPC, arts. 534 e 535). De outra banda, tratando-se de título executivo extrajudicial, propõe-se a execução disciplinada no art. 910 do CPC. Em qualquer caso, necessária é a observância do regime de precatórios ou de requisição de pequenos valores – RPV –, previsto no art. 100 da Constituição Federal, conforme seja o montante devido pelo Poder Público (CUNHA, 2016, p. 352 e seguintes).

Discutia-se muito acerca da possibilidade de execução contra a Fazenda Pública fundada em título extrajudicial. Tal celeuma, felizmente, foi superada, pelo STJ, com a publicação da Súmula nº 279, que assim pontifica: "É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública".

Consoante lição de Cunha (2016, p. 353), "na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública não é citada para pagar ou expor-se à penhora, mas para, em trinta dias, opor embargos (CPC, art. 910). Não opostos os embargos ou transitada em julgado a decisão que os inadmitir ou rejeitar (os Embargos, n.r.), deverá ser expedido precatório ou RPV, seguindo-se com a observância das normas contidas no art. 100 da Constituição Federal."

Por fim, cumpre observar que apenas nos Embargos à Execução fundada em título extrajudicial poderá a Fazenda Pública discutir "qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento" (art. 910, § 2º, CPC).

11. ACORDO EM PRECATÓRIOS

Discute-se na Doutrina a viabilidade da celebração de acordos para quitação dos precatórios em atraso, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 62/2009.

Consoante é largamente sabido, a EC 62 acrescentou o art. 97 ao ADCT, instituindo um sistema transitório de parcelamento dos débitos oriundos de precatórios em atraso. Por outro lado, acrescentou o § 15 ao art. 100 da CF, o qual dispõe que:

sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar, poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

Com isso em vista, tem-se que a EC 62/2009, no dizer de Sundfeld e Câmara (2010) trouxe, para além do parcelamento, "um inédito mecanismo de vinculação das receitas públicas à quitação de créditos inscritos em precatórios. Tais dívidas públicas, portanto, apesar de terem passado a se sujeitar ao

parcelamento, receberam uma *garantia de recursos orçamentários* que só a elas beneficia".

Aliado a isso, o *caput* do art. 97 do ADCT (incluído pela EC 62/2009):

Art. 97 Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.

De tal sorte, não há razão em vislumbrar na EC 62/2009 "tratamento privilegiado" ou "burla ao modelo constitucionalmente introduzido", nem tampouco "empecilho adicional à celebração de acordos que resolvam antecipadamente pendências judicializadas", na lição de Sundfeld e Câmara (2010), da qual extraio também a análise a seguir:

A referida Emenda, aliás, acabou por contribuir para a consolidação do entendimento, que já era o dominante, de que é possível a celebração de acordos pela Administração, para pagamento amigável de débitos cobrados em Juízo. Em primeiro lugar, por prever expressamente a possibilidade de se celebrar acordos para quitar precatórios atrasados, podendo tais acordos, inclusive, até mesmo consumir parte da receita vinculada à quitação de precatórios, sem seguir a ordem cronológica (art. 97, § 8º, III, do ADCT). Depois, porque a Emenda mencionou expressamente (art. 97, § 15 do ADCT), como integrantes do regime especial de quitação, os saldos dos acordos judiciais que, celebrados anteriormente à Emenda, estivesse em atraso quando de sua promulgação. Ademais, porque foram respeitados acordos anteriores, em fase de cumprimento (art. 97, *caput, in fine*, do ADCT). Assim, deixou evidente que, antes mesmo da Emenda 62, era perfeitamente possível e legítima a celebração de acordos judiciais e extrajudiciais pela Administração. Tanto era que foram

mencionados e aceitos naturalmente pela Emenda, junto com os débitos oriundos de precatórios em atraso.

Contudo, se antes da EC 62/2009, o gestor tinha liberdade para celebrar acordo judicial para quitação de precatórios, desde que atrelado aos princípios de conveniência e oportunidade instituídos pela própria administração pública, a Emenda condicionou o emprego de tal mecanismo à observância de "forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação" (art. 97, § 8º, III, do ADCT).

Dito de outro modo, se antes a realização de acordos para a quitação de precatórios era decidida "caso a caso", conforme avaliação subjetiva do gestor público, a partir da EC 62/2009 estabelece uma reserva legal sobre o tema.

Quanto ao conteúdo da lei complementar a ser editada pelas entidades devedoras, pode-se deduzir do próprio texto constitucional que a lei em comento, para além da própria possibilidade de o gestor público celebrar acordo judicial, deverá estabelecer procedimentos, critérios e condições gerais a serem adotados, conforme a vontade política dos legisladores infraconstitucionais,

É necessário, contudo, que as exigências de tratamento legislativo sejam estendidas para situações que ainda não produziram precatórios, ou seja, em que o montante da dívida ainda é discutido nos autos, tal qual acontece na fase de acerto e liquidação de sentença.

12. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS DOS PRECATÓRIOS

Conforme o § 5º do art. 100 da CF, o precatório inscrito até o dia 1º de Julho deverá ter seu pagamento efetuado até o fim do exercício financeiro seguinte. ocasião em que o valor, necessariamente, deverá ser atualizado monetariamente.

De tal sorte, o crédito constante de um precatório será pago em seu valor monetariamente atualizado, não incidindo juros moratórios, visto que, no período decorrido entre a inclusão do débito na proposta de lei orçamentária e o exercício financeiro seguinte, a Fazenda Pública, a rigor, não está em mora,

Essa questão, aliás, encontra-se pacificada na jurisprudência, consoante Súmula Vinculante nº 17 do STF.

De outra banda, expirado o prazo a que se refere o § 5º do art. 100 da CF, haverá incidência de juros, contados a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte ao do vencimento da obrigação até a data do efetivo pagamento, única hipótese em que se admite a expedição de precatório complementar.

Quanto à atualização monetária, reza o § 12 do art. 100 da CF/1988, incluído pela EC 62/2009, que

a atualização monetária de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Contudo, em julgamento das ADIs 4357 e 4425, o STF declarou inconstitucional tal disposição, por entender que o índice em questão não é suficiente para recompor as perdas inflacionárias.

Assim, no que toca à atualização monetária pelo índice da caderneta de poupança, o STF decidiu que poderia ser aplicada a TR até 25.03.2015 para os precatórios das Fazendas Estadual e Municipal; já para os precatórios da Fazenda Federal a TR poderia ser aplicada até 31.12.2013.

Após essas datas, deveriam ser aplicados o IPCA-E para os precatórios em geral e a SELIC para os precatórios tributários. O STF decidiu ainda que o CNJ deverá monitorar e supervisionar o pagamento dos precatórios pelos entes públicos, observando: a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, desde que haja opção do credor do precatório.

A compensação de créditos, como frisado anteriormente, consiste na extinção simultânea de obrigações entre pessoas reciprocamente credoras e devedoras entre si, relativamente a dívidas e créditos líquidos e vencidos.

13. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL

Afigura-se por demais grave o não cumprimento de ordem judicial constante de decisão transitada em julgado, desobediência que pode manifestar-se sob diversos prismas, dentre os quais, a não inclusão no orçamento do montante correspondente ao precatório, ainda que apresentado naquele prazo previsto na CF, ou seja, 1º de julho do exercício anterior ao do atual pagamento.

Não obedece ordem judicial transitada em julgado a Fazenda Pública que, apesar de incluir no orçamento o montante devido em precatórios, deixa de realizar o pagamento na ordem cronologicamente estabelecida para pagamento dos precatórios. Assim, desobedece a ordem a Fazenda Pública se incluir no orçamento valor a menor que o devido ou, mesmo incluindo o valor devido, deixar de fazê-lo até aquele prazo fixado pela CF e, ainda que inclua no orçamento o valor devido em precatórios e apresente no prazo constitucional, deixe de realizá-lo na ordem cronológica de pagamento (GONÇALVES, 2013).

Essas espécies de inobservância da decisão judicial submetem a União, Estados, Distrito Federal e Municípios a sanções fixadas na CF, porque tem implicações jurídicas, como qualquer decisão de atente contra a coisa julgada e de ordem judicial, potencializada a desobediência, e aí adentra na implicação política, por se tratar da Fazenda Pública, uma vez que o Estado que deveria preservar o Estado Democrático de Direito e cumprir as decisões do Poder Judiciário, por meio do Poder Executivo viola a ordem jurídica. Outrossim, o não pagamento dos precatórios refletem na economia, pois o não pagamento dos precatórios tem implicação no desenvolvimento da atividade econômica, porque diz respeito à alocação de recursos que poderiam gerar incrementos no consumo e no aprimoramento de empresas. A implicação social é inegável, exatamente, em razão da distribuição de recursos públicos e sua consequente aplicação na sociedade. (FLORENZANO, 2005).

O problema reside na limitação que se impõe à aplicação das sanções, para as hipóteses de violação a ordens judiciais, uma vez que a CF/88 dispõe

nos arts. 34, VI e 35, IV as medidas coercitivas aplicáveis em caso de não observância da inclusão do crédito no orçamento do exercício seguinte, ainda que o ofício requisitório tenha sido apresentado até o dia 1º de julho do ano anterior ao previsto para pagamento.

Assim, não se admite o sequestro do montante relativo ao precatório nessa hipótese de insubordinação da Fazenda Pública, uma vez que a medida prevista naqueles dispositivos citados no parágrafo anterior é a intervenção da União nos Estados, ou destes nos Municípios (OLIVEIRA, 2007). A nosso sentir a restrição imposta pela CF/88 não dispõe de efeito prático nenhum, se considerarmos que os argumentos traçados pelos administradores públicos das diversas esferas da Fazenda Pública, porque podem nulificar a intervenção se a figura do interventor, substituto do chefe do Poder Executivo do Ente Federado sob intervenção, não dispuser de mecanismos efetivos para realização dos pagamentos. Vale ressaltar, que a autonomia dos entes federados é um dos pilares da República e do Estado de Direito, razão pela qual tal medida é extrema e deve ser pautada em estritos limites necessários à prática de atos administrativos para cumprimento da decisão judicial descumprida e somente até esse momento, ocasião em que será restabelecida a gestão pelo chefe do Poder Executivo afastado, ex art. 35, § 4º da CF/88 (VAZ, 2005; OLIVEIRA, 2007).

Uma vez desrespeitada a ordem judicial, ao tribunal da órbita do Ente Federado respectivo, caberá providenciar ofício requisitório da medida interventiva, independentemente de autorização do Poder Legislativo correspondente, Congresso Nacional para a União e Assembleia Legislativa para os Estados dirigida ao chefe do Poder Executivo da União, para intervir no Estado, ou ao chefe do Poder Executivo do Estado, para que este tome as medidas necessárias contra o Município (GONÇALVES, 2013).

Na órbita estadual, a requisição da intervenção poderá ser feita pelo STF, pelo STJ ou pelo TSE, de acordo com a natureza da dívida inadimplida. Na órbita municipal o inadimplemento do precatório que deveria ter sido pago no exercício financeiro correspondente ao orçamento em que fora incluído, ou seja, a dívida consolidada não paga nos dois anos seguintes àquele exercício, não segue o mesmo procedimento do inadimplemento na órbita estadual, uma vez que o credor deverá requerer que o Ministério Público represente para

solicitar o interventor que substituirá o chefe do Executivo municipal e, assim, satisfazer o crédito (VAZ, 2005).

Os argumentos utilizados pelas Fazendas Públicas devedoras e que inviabilizam o efetivo cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado apontam para a exigência de que sejam cumpridas despesas obrigatórias nas áreas da saúde, educação, manutenção dos poderes Legislativo e Judiciário, razão pela qual a escassez de receitas não permite o pagamento dos precatórios.

Tais fundamentos encontram eco em todas as órbitas da Fazenda Pública, o que limita, sobremaneira, a punição prevista na CF. Outrossim, regularmente, essas unidades federadas atrasam o andamento dos procedimentos no Poder Judiciário, sob o uso desmedido de impugnações desprovidas de fundamentos sérios acerca dos cálculos que reajustam tais dívidas com a incidência de juros e correções alegadamente abusivos (PESSOA, 2003).

Muitos atalhos favoráveis à Fazenda Pública foram implementados ao longo de anos, por meio de alterações constitucionais, desde o parcelamento das dívidas em 08 anos até a ampliação desse parcelamento para o período de 10 anos (EC 30/2000). Esses parcelamentos aliviavam o fluxo de caixa das Fazendas Públicas, mas acarretavam uma potencial majoração desse débito, em razão das naturais inserções de novos precatórios na fila cronológica e da natural expectativa gerada para os administradores públicos de novos parcelamentos que beneficiassem os Entes Federados respectivos e, assim, estimular o descumprimento desses pagamentos (VAZ, 2005).

A lista cronológica de pagamento dos precatórios deve respeitar a sequência de requisitórios do Poder Judiciário e de seus recebimentos efetivos pelo Poder Executivo para que inclua o montante no orçamento do ano seguinte ao exercício em que devam ser incluídos até o 1º de julho. Tal lista deverá obedecer a natureza de cada crédito requisitado, portanto os créditos alimentares obedecerão uma ordem, os créditos comuns obedecerão outra ordem, os créditos alimentares de idosos e portadores de doenças graves terão outra lista e os RPVs outra. Essas listas deverão ser observadas pelos respectivos entes federados e a sanção pela inobservância está prevista no art.

100, § 2º da CF/88 e será determinada pelo Presidente do Tribunal: o sequestro imediato da quantia necessária para a satisfação do débito.

Vale ressaltar, por óbvio, e as linhas aqui traçadas levam a tal conclusão, que a inclusão do precatório na previsão orçamentária não significa, necessariamente, que este será satisfeito, uma vez que a omissão do pagamento é possível, ainda que acarrete determinadas consequências (PESSOA, 2003, p. 34).

A Lei 8.429/92 e Lei Complementar 101/2000, de Improbidade Administrativa e de Responsabilidade Fiscal, respectivamente, trazem implicações ao inadimplemento dos precatórios.

Ao agente público que pratica ato de improbidade administrativa – assim definido no art. 11, da Lei 8429/92: "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições" – são impostas sanções, conforme art. 12, que consistem em aplicação de multa até 100 vezes o valor da remuneração, perda da função pública, proibição de contratar com o Poder Público e receber incentivos fiscais, suspensão dos direitos políticos por até cinco anos (GONÇALVES, 2013).

14. CONCLUSÃO

Muitos aspectos foram abordados neste estudo acerca do regime dos precatórios e, em razão da abordagem, chega-se à conclusão de quase absoluta falta de efetividade e total descrédito, porque a Fazenda Pública encontra estímulo nas sucessivas alterações da CF concedendo maiores regalias e incrementos à morosidade do sistema de pagamento da dívida pública.

O Poder Executivo não tem interesse em sanar seus débitos por diversas razões, dentre outras, porque há obrigatoriedade de arcar com diversos gastos, como saúde, educação, manutenção do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e porque não há força eleitoral no pagamento de precatórios.

O não pagamento das dívidas em precatórios implica no desgaste natural do Poder Judiciário, uma vez que o descumprimento das ordens judiciais constantes de sentenças transitadas em julgado gera profunda desmoralização do Estado. Assim, medidas de extrema urgência e efetividade devem ser tomadas pelos poderes da República, visando preservar o sentimento de justiça impondo à Fazenda Pública que cumpra com o dever de honrar suas obrigações e respeitar seus credores

Vejamos o que pensa Theodoro Júnior (2005, p. 66) sobre o assunto:

Há nos meios forenses e no seio da sociedade um descrédito e um desânimo em torno da tutela jurisdicional dispensada aos credores da Fazenda Pública. A sensação geral é de que a Justiça não tem força para compelir a Administração Pública a cumprir suas obrigações pecuniárias com os particulares, e de que os governos. Cientes disso, adotam postura de completa imoralidade. Simplesmente ignoram as sentenças condenatórias e não se sentem ameaçados pela expedição dos precatórios, que se vão acumulando ano a ano, para desespero dos credores. Muitas vezes, nem mesmo são incluídos no orçamento público, e, quando são, as verbas nunca são liberadas.^[11]

Medidas penais rígidas contra os gestores públicos devem ser implementadas pelo Poder Judiciário nas hipóteses de inadimplemento dos precatórios, porque macula o Estado, além de desrespeitar os credores.

Medidas outras podem ser tomadas, igualmente, visando moralizar o sistema e permitir que tais valores possam financiar casa própria e material de construção, em programas do governo; "utilização para crédito na aquisição de imóveis públicos que se encontrem totalmente ociosos; utilização para contribuição para aposentadoria de servidores e contribuintes públicos; utilização na compra de ações de empresas estatais, sem que estas percam, contudo, o controle estatal".^[12]

Com efeito, o inadimplemento generalizado das Fazendas Públicas estadual, distrital e municipais é um problema sintonizado mais com a vontade política do que com a escassez de recursos, isso é fato, porque não há interesse dos gestores públicos a pagarem suas dívidas e, aí sim, perderem capital

político, pois tais recursos saneados para outros "investimentos eleitorais" produzirão melhores resultados eleitorais, ainda que desmoralizem o Estado.

Outrossim, a contribuição que o Estado proporciona à desmoralização do Estado é nociva e parece um processo autofágico, uma vez que o Poder Legislativo prorroga o pagamento dos precatórios e elastece a dívida, ocasionando um potencial aumento do passivo público. Tais privilégios concedidos à Fazenda Pública geram uma espécie de "pacto" do Poder Legislativo com o Poder Executivo e, assim, neutralizam as decisões do Poder Judiciário.

Por fim, diante de elastecimentos de prazos para pagamentos dos precatórios pela Fazenda Pública e o consequente descumprimento do montante da dívida pública, aos credores resta apenas a renúncia à maior parte de seus créditos para que possam receber por meio de RPV.

Talvez se houvesse alteração constitucional, o que não acreditamos possível, por absoluta falta de interesse público, e o procedimento em face da Fazenda Pública fosse alterado para permitir certa flexão do sistema de execução de precatórios e o Poder Judiciário no uso efetivo do *judicial empowerment* impusesse medidas eficazes ao efetivo cumprimento das obrigações pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Marcus Vinicius; ASSIS, Ronald de. A execução em face da fazenda pública: devo, não nego, pago quando "puder"! Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-execucao-em-face-da-fazenda-publica-devo-nao-nego-pago-quando-puder/141421/#ixzz4MEMCUCD1>>. Acesso em: 28 set. 2016.

ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

BARBOSA, D. B. Caminhos paralelos dos precatórios. *Consullex* – Informativo Jurídico, Brasília, ano XXI, nº 12, p. 16, mar./2007.

BERTEVELLO, Ivan Luis. *O uso de precatórios como dinheiro*. Disponível em: <www.icmssp.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BUGARIN, M.S; MENEGUIN, F.B. *Uma análise econômica para o problema dos precatórios*. Consultoria Legislativa do Senado Federal. *Textos para discussão* 46 (ISSN 1983-0645), Brasília, agosto/2008

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CATHARINO, José Martins. *Do Precatório*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito*. Manaus: Dizer o Direito, 2016.

CAVALCANTE, Themístocles. Brandão, *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Manoel da. *Precatórios: do escândalo nacional ao calote nos credores*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000.

DÍVIDA de estados e municípios. (2012) Disponível em: <<http://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/100048928/divida-de-estados-e-municipios-com-precatorios-e-de-r-94-bilhoes>>. Acesso em: 28 set. 2016.

FLORENZANO, V. D. A Emenda Constitucional n. 30, de 13.9.2000, sob a perspectiva da análise econômica do direito. In: VAZ, O. (Coord.). *Precatórios: problemas e soluções*. Belo Horizonte: Del Rey; Centro Jurídico Brasileiro, 2005.

FRANCO, F.B. *Execução em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

FURTADO, P. *Execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GIORA JUNIOR, Romeu. Os precatórios. *Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo*, v. 15, n. 76, set. 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de Direito Processual Civil: execução e processo cautelar*. vol. 3. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. vol. 3. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GROLLI, Andressa. A utilização dos precatórios na compensação de créditos tributários. (2009) Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Rede Metodista de Educação do Sul - IPA, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese_a-utilizacao-dos-precatorios-na-compensacao-de-creditos-tributarios_25783.html>. Acesso em: 28 set. 2016.

HARADA, K. Precatório Judicial. *Boletim de Direito Municipal*, ano XXIII, nº 11, p. 809-818, nov./2007.

LEGISLATIVO. (2005) Disponível em: <http://servicos.prt7.mpt.gov.br/mpt_na_midia/2005/junho/11_06_05_POVO_legislativo_suspeita.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Considerações a respeito da EC nº 62/09 e a questão dos precatórios. Rio de Janeiro, *Revista forense*, v. 408 (mar./abr.2010) p. 256.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado [livro eletrônico]*. com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOLLE, Camila Cristina Magrille *Revista SJRJ*/v. 19. n 33 p 13-31 abr. 2012. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrrj/article/viewFile/311/269>. Acesso em: 28 set. 2016.

NASCIMENTO, Fernanda. Audiência debate pagamento de precatórios: criação de uma câmara de conciliação de passivos, vinculada à Procuradoria-Geral do Estado, causa controversia. Porto Alegre, *Jornal do Comércio*, edição

de 30 de junho de 2015. Seção política. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=200921>> Acesso em: 17 jul. 2016.

NASCIMENTO, Fernanda. Audiência debate pagamento de precatórios: criação de uma câmara de conciliação de passivos, vinculada à Procuradoria-Geral do Estado, causa controversia. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, 30 jun. 2015. Seção política. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=200921>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OAB/RS. *Novo Código de Processo Civil Anotado/OAB*. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *Precatórios: aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais*. 1. ed., 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum. 2007.

OLIVEIRA, Mariana. DF e 9 estados têm maior dificuldade para pagar precatório, aponta Tesouro. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/11/dfe9-estados-tem-maior-dificuldade-para-pagar-precatorio-aponta-tesouro>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

RATC, Artur Richard. Precatórios: a compensação de tributos federais com o advento da lei 12.431/2011. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 100/2011, p. 187-203, set./out.

REUTERS. (2016a) Em reunião com governadores, nova presidente do STF se compromete a buscar saída para guerra fiscal. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/idBRKCN11J2HF>>. Acesso em: 28 set. 2016.

REUTERS. (2016b) Governo anuncia à tarde flexibilização da meta do primário e corte de R\$25 bi, diz fonte. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKCN0VS1RW>>. Acesso em: 28 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. *Relatório anual da dívida pública estadual 2013*. Disponível em: <<https://www.sefaz.rs.gov.br/FPE/FPE-DAT-REL.aspx>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

SANTANNA, Gustavo da Silva; ALVES, Ramon Pinto – O regime de precatórios e o (des)interesse (público) no seu pagamento. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, vol. 3, n. 1 p. 217-234 (2015). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p217-234>>. Acesso em: 27 set. 2016.

SILVA, R.P.M. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na Execução Contra a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-CARLOS-ARI-JACINTHO-ARRUDA.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito Processual Civil – Processo de Execução e Processo Cautelar*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TRICOTEIRAS. (2007) Disponível em: <<http://drd.com.br/news.asp?id=50032247130100001>>. Acesso em: 28 set. 2016.

VAZ, José Otávio de Vianna. *O pagamento de tributos por meio de precatórios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VAZ, Orlando. *Precatório: problemas e soluções*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Centro Jurídico Brasileiro. 2005.

XAVIER, José Tadeu Neves. *Novo Código de Processo Civil Anotado/OAB*. Porto Alegre: OAB-RS, 2015.

Sites consultados

<<https://jus.com.br/artigos/8079/o-regime-dos-precatorios>>

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/christian_girardi.pdf>

<<http://www.sociedadesp.com.br/o-que-e-precatorio/>>

<<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-deestudos/textos-para-discussao/td-46-uma-analise-economica-para-o-problema-dos-precatorios>>

<<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj043884.pdf>>

<<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj043884.pdf>>

^[11] Vide <<http://www.sociedadesp.com.br/o-que-e-precatorio>>.

^[12] Súmula nº 144, STJ: "Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa" (Data da Publicação - DJ 18.08.1995, p. 25079).

^[13] Vide <<http://e-precatorios.blogspot.com.br/2010/05/precatorios.html>>.

^[14] Vide

<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1683&idAreaSel=6&seeArt=yes>>.

^[15] Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

^[16] Vide <<http://renanfarah.jusbrasil.com.br/artigos/121943560/a-compensacao-de-creditos-no-direito-tributario-com-precatorios>>.

^[17] Ver sobre o tema Cunha (2016, pp. 331 e ss).

^[18] STF. Plenário. RE 564132/RS, red. p/ o acórdão Min. Cármen Lúcia, julgado em 30/10/2014 (repercussão geral). STJ. 1ª Seção. REsp 1.347.736-RS, Rel. Min. Castro Meira, Rel. para acórdão Min. Herman Benjamin, julgado em 9/10/2013 (recurso repetitivo).

^[19] Vide <paulosumariva.jusbrasil.com.br/artigos/148439600/precatorio-sistemica-e-problemas>.

[10] Vide

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=59600>>.

[11] Vide <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8777/Precatorio-sistemica-e-problemas>>.

[12] Vide

<<http://paulosumariva.jusbrasil.com.br/artigos/148439600/precatorio-sistemica-e-problemas>>.

RESUMO CIENTÍFICO: DO CRIME CONSUMADO E TENTADO, DA DESISTÊNCIA E DO ARREPENDIMENTO

RONALDO COSTA DOS SANTOS JÚNIOR:

Bacharelado do Curso de Direito do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio (UNICERP).

LUCIANO GUIMARÃES

(Orientador)

Resumo: O presente artigo trata-se de um resumo científico cuja finalidade fora, por meio de pesquisa bibliográfica, reportar os conceitos, características e interpretações doutrinárias acerca dos crimes *Consumado e Tentado e sobre a Desistência e o Arrependimento*. Os autores que serviram de base para a pesquisa e elaboração do presente trabalho possuem grande reconhecimento pela vasta cultura jurídica que possuem, principalmente da área penal. São os autores mais utilizados na atualidade nos diversos cursos de graduação em Direito em todo o país. São eles: Rogério Sanches Cunha, Damásio Jesus e Guilherme de Souza Nucci. Além do mais, há outros doutrinadores que, de forma indireta, também compõem o trabalho, sendo citados pelos autores acima mencionados; são eles: Néelson Hungria, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, Roberto Reynoso D'Avila, Jiménez Martínez, Roxin e Welzel.

Palavras-chave: Crime consumado. Crime tentado. Desistência voluntária. Arrependimento.

SUMÁRIO SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CRIME CONSUMADO E TENTADO. 2.1 Crime Consumado. 2.1.1 Crime material ou de resultado. 2.1.2 Crime formal ou de consumação antecipada. 2.1.3 Crime de mera conduta. 2.1.4 Crime permanente. 2.1.5 Crime habitual. 2.1.6 Crime qualificado pela resultado. 2.1.7 Crime omissivo próprio. 2.1.8 Crime omissivo impróprio. 2.2 Crime tentado. 2.2.1 Natureza jurídica da tentativa. 2.2.2 Teorias fundamentadoras da punição da tentativa. 2.2.2.1 Teoria Subjetiva. 2.2.2.2 Teoria Objetiva. 2.2.2.3 Teoria Subjetivo-objetiva. 2.2.2.4 Teoria Sintomática. 2.2.3 Dolo e culpa na tentativa. 2.2.4 Tentativa e dolo eventual. 2.2.5 Espécies de Tentativa. 2.2.5.1 Quanto ao inter criminis percorrido. 2.2.5.2 Quanto ao resultado produzido na vítima. 2.2.5.3 Quanto à possibilidade de alcançar o resultado. 2.2.6 Crimes que não admitem a tentativa. 3 DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO

EFICAZ. 3.1 Conceito. 3.2 Natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz. 3.3 Distinção entre voluntariedade e espontaneidade. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

1 INTRODUÇÃO

O crime consumado para o ordenamento jurídico é aquele no qual se realiza todos os requisitos exigidos pelo tipo penal. No entanto, por trás de quase todo crime consumado há um *iter criminis* que nada mais é do que a preparação, *pari passu*, de vários elementos que se sobrepõem até a consumação do ato delitivo.

No presente artigo buscou-se falar um pouco sobre as características do crime consumado bem como da figura da tentativa, que nada mais é do que a execução interrompida do crime, por motivos estranhos à vontade do agente. Trata ainda este trabalho das consequências da tentativa, suas características e natureza jurídica.

Por fim, realizou-se uma compilação acerca dos entendimentos teóricos sobre a figura da desistência e do arrependimento voluntário, bem como, também, descrevendo as características, natureza jurídica e consequências de tais institutos.

A metodologia utilizada foi unicamente a pesquisa bibliográfica nos principais doutrinadores penais brasileiros, todos atualizados quanto a tais questões. Foram fonte de pesquisa tanto livros físicos, como, também, material digital.

2 CRIME CONSUMADO E TENTADO

2.1 Crime Consumado

O crime consumado é aquele em que há a realização integral do tipo penal, ou seja, como afirma Nucci (2017, p. 287), é quando o tipo concreto se enquadra no tipo abstrato. Rogério Sanches Cunha (2015, p. 336) afirma ainda, sobre o crime consumado, que, "nos termos do art. 14, I do Código Penal, considera-se consumado o crime 'quando nele se reúnem todos os elementos

da sua definição legal'. Tem-se, assim, um crime completo, perfeito, realizado por inteiro, coincidindo o fato concreto e o tipo legal.”

No entanto, é válido ressaltar que o momento da consumação varia de acordo com a natureza ou espécie do crime. Cunha (2015) efetua uma classificação quanto à natureza do crime e seu respectivo momento de consumação, tendo em vista o que prevê o dispositivo legal. Reproduziremos aqui a classificação realizada pelo autor em seu *Manual de Direito Penal – Parte Geral*.

2.1.1 Crime material ou de resultado

Nesta espécie de crime é previsto, no tipo penal, a descrição da conduta e seu respectivo resultado, exigindo, para sua efetiva consumação, a alteração (modificação) do mundo exterior. Como exemplo podemos citar o homicídio, art. 121 do Código Penal. Com efeito, o homicídio só se consuma com a morte.

2.1.2 Crime formal ou de consumação antecipada

Conforme Cunha (2015), nesta espécie de crime “a norma penal também descreve um comportamento seguido de um resultado naturalístico, mas dispensa a modificação do mundo exterior, contentando-se, para a consumação, com a prática da conduta típica”. Logicamente, o crime se consuma, portanto, no momento da ação.

2.1.3 Crime de mera conduta

Trata-se de um delito sem resultado naturalístico, descrevendo a lei apenas uma conduta, consumando-se o crime no momento da prática da ação. Como exemplo citemos a violação de domicílio, art. 150 do Código Penal. Com efeito a consumação da violação de domicílio se dá no próprio momento da prática delitiva, não importando as ações subsequentes.

2.1.4 Crime permanente

Ainda nas palavras de Cunha (2015, p. 337) “nos crimes permanentes a consumação se protraí[1] no tempo, prolongando-se até que o agente cesse a

conduta delituosa”. Exemplo de tal crime é o sequestro ou cárcere privado, art. 148 do Código Penal.

2.1.5 Crime habitual

Para a consumação desta espécie criminal requer-se a reiteração da conduta típica. Ou seja, para enquadrar-se no tipo crime habitual a prática do mesmo deve ser constante e repetitiva.

2.1.6 Crime qualificado pela resultado

Nesta espécie, a consumação dá-se com a produção do resultado que agrava especialmente a pena (CUNHA, 2015, p. 337). Exemplo: lesão corporal seguida de morte, art. 129 §3º, Código Penal.

2.1.7 Crime omissivo próprio

Consuma-se no momento que o agente se abstem de realizar a conduta devida que lhe era imposta pelo tipo mandamental (CUNHA, 2015, p. 337). Como exemplo citamos a omissão de socorro, art. 135 do Código Penal.

2.1.8 Crime omissivo impróprio

Tem a sua consumação, conforme expressa Cunha (2015), com a produção do resultado naturalístico. Exemplo desta espécie criminal é o crime do garantidor, art. 13, §2º do Código Penal.

2.2 Crime tentado

Nucci, em seu *Manual de Direito Penal (2017)*, assim conceitua crime tentado: “É a realização incompleta da conduta típica, que não é punida como crime autônomo”. Ainda conforme o autor citado, “o Código Penal não faz previsão, para cada delito, da figura da tentativa, embora a grande maioria comporte a figura tentada” (NUCCI, 2017, p. 287).

2.2.1 Natureza jurídica da tentativa

Nucci (2017) descreve a natureza jurídica da tentativa como uma “ampliação da tipicidade proibida, em razão de uma fórmula geral ampliatória

dos tipos dolosos, para abranger a parte da conduta imediatamente anterior à consumação” (Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Da tentativa*, p. 27 *apud* Nucci, 2017, p. 288).

Observamos, então, que a tentativa constitui uma ampliação temporal da figura típica e para que tal ato executório, anterior à consumação, seja punível é preciso que a figura típica se estenda para o alcançar. Conforme Jesus (2011, p. 375):

A sua punibilidade se estabelece em face do disposto no art. 14, II, do CP, que tem eficácia extensiva, uma vez que por força dele é que se amplia a proibição contida nas normas penais incriminadoras a fatos que o agente não realiza de forma completa, pois apenas pratica atos dirigidos à realização perfeita do tipo.

Nota-se, portanto, o que Jesus (2011) chama de “adequação indireta em face da incidência de duas normas”. Ou seja, a primeira norma, contida na parte geral do *codex* permite a ampliação temporal do tipo incriminador, estendendo-se à preparação do crime e, em junção com uma segunda norma incriminadora da parte especial, cria novos mandamentos proibitivos.

2.2.2 Teorias fundamentadoras da punição da tentativa

Nucci (2017) elenca quatro teorias que servem de fundamentação para a punição da tentativa.

2.2.2.1 Teoria Subjetiva

Segundo tal teoria, deve-se, para a punição da tentativa, levar em conta a vontade criminosa, “desde que nítida, podendo ela estar presente e identificada tanto na preparação quanto na execução” (NUCCI, 2017, p. 289). De acordo com tal teoria, como o objetivo é punir quem manifesta vontade contrária ao Direito, nem sempre deve a pena ser atenuada pelo juiz.

2.2.2.2 Teoria Objetiva

De acordo com tal teoria “o objetivo da punição da tentativa volta-se ao perigo efetivo que o bem jurídico corre, o que somente se configura quando os atos executórios, de caráter unívoco, têm início, com idoneidade, para atingi-lo”. (NUCCI, 2017, p. 289). Tal teoria é adotada pelo art. 14, II, do Código Penal brasileiro.

2.2.2.3 Teoria Subjetivo-objetiva

Aqui a punição fundamenta-se pela junção da avaliação da vontade criminosa com o efetivo risco ao bem jurídico tutelado. Tendo em vista que é levado em conta a vontade criminosa e o efetivo risco dessa a um bem jurídico, é faculdade do juiz reduzir ou não a pena.

2.2.2.4 Teoria Sintomática

Segundo Nucci (2017), tal teoria é originária da Escola Positiva, entendendo-se que o fundamento da punição da tentativa concentra-se na verificação do nível de periculosidade do agente.

2.2.3 Dolo e culpa na tentativa

Das características da tentativa já expostas anteriormente pode-se deduzir que, tendo em vista que há dois elementos que constituem a tentativa, qual seja, a) início da execução; e b) não consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente; não há tentativa de crime culposos, pois em se tratando de crime culposos o agente não persegue nenhum resultado.

“Quanto ao dolo, no crime tentado, é exatamente o mesmo do delito consumado. Afinal, o que o agente almeja é atingir a consumação” (NUCCI, 2017, p. 290). Vimos que a consumação do crime não se dá por motivos alheios à vontade do praticante, fazendo-se presente o dolo desde o início da execução que, por forças externas, fora interrompida.

2.2.4 Tentativa e dolo eventual

De acordo com Nucci (2017, p. 294) “é perfeitamente admissível a coexistência da tentativa com o dolo eventual, embora seja de difícil comprovação no caso concreto. Citando Néelson Hungria, afirma Nucci:

Se o agente aquiesce no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição: logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente deve responder por tentativa. A dificuldade de prova não pode influir na conceituação da tentativa. (HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 90 *apud* NUCCI, 2017, p. 294)

Vale ressaltar, no entanto, que o posicionamento doutrinário acerca da relação entre dolo eventual e tentativa é conflitante, existindo inúmeros doutrinadores que discordam da possibilidade de existência da tentativa em crimes de dolo eventual. Como exemplo, citamos o magistério de Maia Gonçalves que Nucci traz em seu curso de Direito Penal.

Em contrário, colha-se o magistério de Maia Gonçalves, comentando que não há tentativa no contexto do dolo eventual, porque o art. 22 do Código Penal português expressamente se refere à prática de atos de execução de um crime *que decidiu cometer*, logo, não pode o agente ter assumido o risco (*Código Penal anotado*, p. 131). Admite, no entanto, que o STJ português aceite a tentativa em caso de dolo eventual, pois nessa forma de dolo também existe *representação e vontade*, embora "enfraquecidas ou degradadas". (NUCCI, 2017, p. 294) (destacamentos do autor).

2.2.5 Espécies de Tentativa

Segundo Cunha (2015) o instituto Tentativa se subdivide em espécies, de acordo com o *iter* criminis percorrido e conforme o resultado produzido na vítima.

2.2.5.1 Quanto ao *iter criminis* percorrido

- a) Tentativa imperfeita: quando o agente é impedido de prosseguir no seu intento, deixando de praticar os atos executórios à sua disposição (cf. CUNHA, 2015, p. 340).
- b) Tentativa perfeita: o agente, mesmo tendo praticado todos os atos executórios disponíveis, não logra a consumação do crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

2.2.5.2 Quanto ao resultado produzido na vítima

- a) Tentativa branca ou incruenta: o golpe desferido não atinge a vítima, conseqüentemente não gerando lesão à mesma.
- b) Tentativa vermelha ou cruenta: a vítima sofre lesão por haver sido efetivamente atingida.

2.2.5.3 Quanto à possibilidade de alcançar o resultado

- a) Tentativa idônea: o resultado era possível, só não o foi por motivos alheios à vontade do agente.
- b) Tentativa inidônea: o crime mostra-se impossível de ser consumado, seja por ineficácia do meio empregado pelo agente, ou, por impropriedade do objeto material.

2.2.6 Crimes que não admitem a tentativa

Nucci (2017) elenca uma série de crimes nos quais não é possível a ocorrência da tentativa, os quais aqui citamos:

- a) delitos culposos: pois o resultado é sempre involuntário.
- b) Crimes preterdolosos: pois há a necessidade de um resultado mais grave para a constituição de tal tipo.
- c) Crimes unissubsistentes: pois são constituídos por ato único.
- d) Crimes omissivos próprios: pois, segundo Nucci (2017), o não fazer, descrito no tipo, não admite fracionamento.

- e) Delitos habituais próprios: são aqueles que se configuram por uma conduta reiterada. Não admite a tentativa pois os atos isolados são penalmente irrelevantes.
- f) Contravenções penais: a Lei de Contravenções Penais afirma não ser punível a tentativa (art. 4º).
- g) Delitos Condicionados: pois, para sua concretização, são submetidos à superveniência de uma condição.
- h) Crimes de atentado: em tais tentativas a punição é autônoma ou igual à do crime consumado.
- i) Crimes permanentes na forma omissiva: pois não há *iter criminis* possível de diferenciar a preparação da execução.
- j) Crimes que punem somente os atos preparatórios de outros: pois dizem respeito à preparação de um crime, tornando-se ilógico punir a tentativa de preparação de um crime.

3 DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ

3.1 Conceito

Cunha (2015, p. 343) conceitua a desistência voluntária e o arrependimento eficaz como “espécies de tentativa abandonada ou qualificada”. Assim preceitua o art. 15 do Código Penal, *in verbis*: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos praticados”.

A desistência voluntária, trata-se, portanto, da desistência no prosseguimento dos atos executórios, de modo voluntário, respondendo o agente somente pelo que já praticou. Mesmo que o agente desista de prosseguir na execução por achar o momento inapropriado, pretendendo continuar posteriormente, deve ser beneficiado pela excludente de culpabilidade. Conforme Nucci (2017) esse é o pensamento majoritário.

Já o arrependimento eficaz consiste na desistência ocorrida entre o término dos atos executórios e a consumação. O agente, nesse caso, já fizera o

que podia para atingir o resultado pretendido, mas, resolve intervir para evitar a concretização do mesmo. É importante salientar também que, no dispositivo legal, art. 15 do Código Penal, exige-se que o arrependimento seja necessariamente eficaz, ou seja, capaz de impedir o resultado. Portanto, mesmo que haja se arrependido, o agente que não consegue evitar a consumação do crime não será beneficiado pelo previsto no artigo 15 do referido *codex*.

3.2 Natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz

A desistência voluntária e o arrependimento constituem-se, para Jesus (2017), em causa de exclusão da adequação típica. Citando Nélon Hungria, Jesus (2011) assim especifica a natureza jurídica de tais institutos:

Para Nélon Hungria, "trata-se de causas de extinção de punibilidade (embora não catalogadas no art. 107), ou seja, circunstâncias que, sobrevindo à tentativa de um crime, anulam a punibilidade do fato a esse título. Há uma renúncia do Estado ao *jus puniendi* (no tocante à entidade 'crime tentado'), inspirada por motivos de oportunidade" (Ob. cit., 1977, v. 1, t. 2, p. 93. *apud* JESUS, 2011, p. 382).

Portanto, quando o crime não atinge sua consumação por força da vontade do agente, não incide sobre ele a norma de extensão, explicada no subtópico *1.2.1 Natureza jurídica da tentativa* do presente artigo, pois os atos praticados pelo agente não são típicos em face do delito que pretendia praticar.

No entanto, é valiosa a contribuição de Nucci (2017) sobre a natureza jurídica da desistência da tentativa. *Com* efeito, o referido autor elenca as três correntes doutrinárias existentes que debatem acerca da natureza jurídica da desistência e do arrependimento.

- a) Causa de exclusão da tipicidade: como já fora visto no presente artigo, o tipo penal da tentativa é formado pela utilização do art. 14, II, do Código Penal, o qual prevê o início da execução e a não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente. Daí por que, segundo os

doutrinadores que defendem tal teoria, “se a desistência for voluntária, não há que se falar em *causa alheia à vontade*, afastando-se a tipicidade” (NUCCI, 2017, p. 305).

- b) Causa de exclusão da culpabilidade: segundo os representantes dessa teoria (Roxin e Welzel) “tendo em vista que o agente desistiu de prosseguir no crime idealizado, não deve mais sofrer juízo de reprovação social, resultando no afastamento da sua culpabilidade” (NUCCI, 2017, p. 305).
- c) Causa pessoal de exclusão da punibilidade: segundo a presente teoria afasta-se a punibilidade do que abandona a tentativa, mas não a tipicidade ou a culpabilidade. Segundo tal corrente, não se pode suprimir retroativamente a tipicidade.

Exemplificam Zaffaroni e Pierangeli: “A principal objeção que se pode formular contra o argumento daqueles que pretendem ver na desistência um atipicidade, seja objetiva, seja subjetiva, encontra-se na impossibilidade de ter a desistência a virtualidade e tornar atípica uma conduta que antes era típica. Se o começo de execução é objetiva e subjetivamente típico, não se compreende como um ato posterior possa eliminar o que já se apresentou como proibido, situação que muito se assemelha à do consentimento subsequente. (*Da tentativa*, p. 87 *apud* NUCCI, 2017, p. 306).

Defende Nucci essa última corrente como a mais adequada.

3.3 Distinção entre voluntariedade e espontaneidade

De acordo com Nucci, no contexto do Código Penal, há diferença entre voluntário e espontâneo. “Agir *voluntariamente* significa atuar *livremente*, sem qualquer coação. Agir *espontaneamente* quer dizer uma vontade *sincera*, fruto do mais íntimo desejo do agente” (NUCCI, 2017, p. 306).

No caso da desistência e do arrependimento eficaz, exige-se apenas a voluntariedade, mas não a espontaneidade. “Se o agente deixar de prosseguir

na trajetória criminosa porque se arrependeu do que vinha fazendo, terá agido de modo voluntário e espontâneo, embora não seja necessário este último requisito para configurar a excludente” (NUCCI, 2017, p. 306).

4 CONCLUSÃO

Com a confecção do presente trabalho ficou claro que falar sobre tal tema é algo complexo devido a grande quantidade de material disponível. São diversos os autores que falam do mesmo, no entanto, buscou-se neste trabalho encontrar a unidade existente entre os doutrinadores acerca do tema de pesquisa proposto.

É importante salientar também que o presente trabalho é um mero compêndio sobre a questão do crime *consumado e tentado, da desistência e do arrependimento*. Não se buscou apresentar nada de novo, somente compilar, depois de pesquisa bibliográfica, o que foi possível captar sobre as características, natureza jurídica e consequências do crime *consumado e tentado, da desistência e do arrependimento*.

5 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 547 p.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. 983 p.

JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 802 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1257 p.

NOTA:

[1] Protair significa prolongar-se no tempo.

A INTEGRIDADE EM RONALD DWORKIN COMO VETOR INTERPRETATIVO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

YURI ALEXANDER NOGUEIRA GOMES

NASCIMENTO: Advogado, Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior, especialista em filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, ex-procurador municipal de Ouro Preto, advogado da Câmara Municipal de Juiz de Fora.

Resumo: O presente trabalho visa estudar a influência do conceito de integridade de Dworkin no novo Código de Processo Civil e como o conhecimento desta teoria por influenciar a prática judicial brasileira.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Integridade. Processo Civil. Dworkin.

Abstract: This paper aims to study the influence of Dworkin's integrity in the new Brazilian Process Code and how the knowledge of his theory can help evolution of Brazilian judicial practice.

Key Word: Postpositivism. Integrity. Civil Process. Dworkin.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1. DA INTEGRIDADE COMO IDEAL POLÍTICO. 1.2- DA INTEGRIDADE DE DWORKING E DA CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 2. DO DEVER DE INTEGRIDADE COMO GARANTIA DE SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

A doutrina de Ronald Dworkin sofreu grande mutação no decorrer de sua produção acadêmica havendo poucos pontos em comum entre sua última obra "Justiça para Ouriços" e a primeira coletânea de seus textos "Levando os Direitos a Sério".

Em um momento intermediário Ronald Dworkin traz ao mundo jurídico o livro "O Império do Direito" onde o conceito de Direito como integridade foi ampliado a ponto de se tornar fundamental na compreensão de sua obra. Ante

a peculiaridade deste trabalho e da nítida modificação do pensamento de Dworkin através do tempo analisaremos apenas esse recorte específico da obra do autor.

O presente trabalho analisará o conceito de integridade em Ronald Dworkin presente, em especial, em o 'Império do Direito' que será o trabalho base para a análise do filósofo, sendo quaisquer referências à obras anteriores ou posteriores somente nos aspectos imutáveis da obra do autor.

Objetiva-se demonstrar como o dever de integridade imposto pelo Código de Processo Civil é um mecanismo de concretização da moralidade institucional e como a análise da doutrina de Ronald Dworkin pode auxiliar na concepção de um modelo processual mais consentâneo com os princípios constitucionais.

Assim, inicia-se o texto trabalhando e conceituando a integridade no pensamento do autor como obediência a um coeso sistema juspolítico definido por decisões antecedentes e por XX sociais e o modo como Dworkin compreende a relação entre Direito, integridade e decisões judiciais, bem como as principais críticas ao jusfilósofo.

A segunda parte analisará a pertinência do conceito de integridade de Dworkin no ordenamento jurídico brasileiro, em específico, o art. 926 do CPC e a relação desse preceito com o novo sistema de precedentes estabelecido pelo Código

Por fim, concluir-se-á pela possibilidade da aplicação das ideias do filósofo estadunidense no Direito brasileiro e a compatibilidade das ideias do mesmo com os princípios constitucionais vigentes e como a ideia de integridade impõe a todos os juízos o dever de referência aos precedentes, ainda que os mesmo não possuam caráter vinculante.

1. DA INTEGRIDADE COMO IDEAL POLÍTICO

Em sua obra o "Império do Direito" Dworkin identifica a integridade como ideal político ao lado da justiça e da equidade (DWORKIN 2007, p. 222)

sendo, portanto, uma característica guia dos valores jurídicos políticos a serem adotados pelas sociedades.

A integridade é mais do que uma técnica ou um meio de ação sendo verdadeira força motriz do Direito e da Política de determinada sociedade que garante uma atuação sistêmica coesa e direcionada à garantia de justiça e equidade, em específico para as decisões judiciais, o autor aduz que:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada-, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. (DWORKIN 2007, p. 271)

Nesse sentido pode o termo pode ser definido como a manutenção de um padrão de ação das instituições sociais com objetivo de criar uma evolução social coesa. A integridade se mantém desse modo sempre que as ações institucionais mantêm uma linha de coerência, devendo ser analisado o contexto de evolução histórico-argumentativo para sua aferição, nas palavras do autor:

“A integridade é escarnejada (...) sempre que uma comunidade estabelece e aplica direitos deferentes, cada um dos quais coerente em si mesmo, mas que não podem ser defendidos em conjunto como expressão de uma série coerente de diferentes princípios de justiça, equidade ou devido processo legal.” (DWORKIN 2007, p. 221)

Percebe-se que para Ronald Dworkin ações de instituições jurídicas ou políticas devem ser analisadas sob uma ótica histórica de modo de que decisões passadas justifiquem decisões futuras a fim de evitar contradições na atuação dos agentes públicos.

A manutenção da racionalidade intrínseca às decisões judiciais é o que Dworkin, em seu livro ‘O Império do Direito’, define como integridade, ou seja, é a garantia de observância de fundamentos de decisão anteriores de forma que as concepções como justiça e equidade se mantenham estáveis no seio da sociedade.

Essa concepção é, deste modo, dual, pois ao mesmo tempo que possui uma dimensão histórica que visa analisar o momento anterior de determinado ordenamento jurídico, possui uma dimensão argumentativa ou principiológica que visa definir o melhor modelo de conduta para ações futuras. Em Império do Direito Dworkin expõe essa relação:

“Aceitamos a integridade como ideal político específico, e aceitamos o princípio da integridade como princípio soberano sobre o Direito, porque queremos nos ver como uma associação de princípios, como uma comunidade regida por uma única e coerente concepção de justiça, equidade e processo legal justo na relação exata (...) nossa ambição fundamental de nos tratarmos como uma comunidade de princípios.” (DWORKIN, 2012, p. 314)

Assim o autor não propugna por um sistema estanque de decisões imutáveis, mas propõe um equilíbrio entre a evolução social e o respeito ao passado institucional, defendendo o Direito como processo em constante evolução:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. (DWORKIN 2007, p. 271)

Mesmo porque que a interpretação da moralidade institucional vigente na sociedade no momento de aplicação da lei é tão importante quanto a análise histórica para fins de busca da integridade, é dizer, faz-se tão necessário o respeito para com decisões passadas quanto a coerência para com o sistema jurídico-social presente em que se encontra o julgado:

A integridade não exige coerência do princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. (DWORKIN 2007, p. 273)

A interpretação judicial na obra de Dworkin é, desse modo, fundada no passado, mas voltada para o futuro, com isso em mente o autor cria a metáfora do romance em cadeia para explicar o modo como juízes devem tomar decisões de modo coerente e íntegro.

O romance em cadeia pressupõe que o Direito não é um produto pronto e acabado, independente dos juízos morais e interesses políticos, para Dworkin o julgador não é apenas um aplicador de normas, o romance em cadeia é uma ferramenta importante, que contribui para a construção do Direito, mas que é, ao mesmo tempo, um limite. Por esta cadeia de precedentes que precisa considerar o passado, presente e futuro, o juiz não pode decidir de acordo com o “seu” livre convencimento. (CAVALCANTI, 2016, p. 303)

Para Dworkin o juiz ao decidir sobre um caso que lhe é apresentada age como se fosse um autor literário que continuaria a obra que fora iniciada por outros autores devendo, por isso, manter a coerência com os capítulos antecedentes, mas desenvolver a história para o futuro.

O juiz-autor tem a responsabilidade de não se desvincular do que foi proposto anteriormente pelos seus pares e de propor a melhor continuação possível para a história de modo que ao leitor final haja uma coerência e uma coesão tal no texto que não se perceba a modificação de autores:

Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o

caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve. Deve adotar um ponto de vista sobre um romance que vai ser formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo. (DWORKIN 2007, p. 276)

O Direito assim é visto por Dworkin como uma manifestação de integridade social, ou seja, os juízes não devem decidir de modo randômico ou com base em convicções pessoais e desconexas da realidade sócio-política, mas com fundamento em um complexo sistema de análise pretérita dos posicionamentos sociais e de análise dos objetivos sociais a serem alcançados, o autor distancia-se, assim, de fundamentos morais ou naturais para a validade das normas jurídicas dando aos atores sociais a responsabilidade pela construção paulatina do Direito e pela evolução constante dos princípios sociais. Nas palavras Morrison:

Talvez Dworkin esteja compartilhando a concepção pós-moderna de que não existe nenhum grande fluxo fundamental subjacente que estruture o empenho humano, nenhum 'direito natural' a ser encontrado. Ao contrário, a tarefa de Hércules é diferente: ele deve impor ordem à doutrina – deve dar sentido ao passado de modo que o projeto possa ser reinterpretado e revitalizado para o futuro^[1]. (MORRISON, 2012, p. 518)

Assim, o Direito como integridade não consiste em um aspecto fechado definido das melhores regras jurídicas aplicáveis, mas em um projeto coletivo, social que exige a participação ativa dos atores sociais, o Direito é construído pouco a pouco de maneira discursiva:

O que surpreende é a ligação entre o projeto de Dworkin e a noção implícita de modernidade enquanto projeto. Dworkin reinterpreta o processo como trabalho

de individuação, direitos e criação uma 'comunidades de princípios' liberal. Os modernos cidadãos do Estado não são meros sujeitos, mas sim cidadãos portadores de direitos; o sistema jurídicos os envolve, atua como intermediário e firma sua posição no corpo social. (MORRISON, 2012, p. 518)

'O império do Direito' traduz uma noção de Direito como responsabilidade social e introduz o dever de respeito ao passado ao lado da busca por um futuro movido por um objetivo social de aperfeiçoamento comum, assim Dwokin deixa para trás um conceito meramente científico e estanque de Direito e dá ao mesmo uma amplitude que o sistema positivista não possuía, o Direito é mais do que um complexo sistema de regras, é uma manifestação do desenvolvimento de uma sociedade:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história feral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (DWORKIN 2007, p. 274)

Isso porque a visão do autor sobre a natureza do Direito as regras e princípios jurídicos não possuem caráter estático e não podem ser extraídas de uma mera operação de subsunção ou aplicabilidade neutra sendo sempre influenciadas pela atuação do intérprete o que tornar incindível as fases de interpretação e aplicação da lei:

Também não podemos estabelecer uma distinção muito nítida entre a etapa em que o romancista em cadeia interpreta o texto que lhe foi entregue e a etapa

em que ele acrescenta seu próprio capítulo, guiado pela interpretação pela qual optou. (DWORKIN 2007, p. 279)

A doutrina de Ronald Dworkin evolui do modelo positivista, deste modo, não pela mera inclusão de princípios como regras de observância obrigatórias não aplicadas no sistema de subsunção no momento do julgamento, mas por propor um complexo sistema de estruturação de validade das normas jurídicas no ideal de evolução social.

Assim, pode se dizer para o autor que cada sociedade deve estruturar seu sistema jurídica em regras de condutas de observância compulsória que se fundam em seu contexto jurídico social pretérito e visam dirigir o seu desenvolvimento social futuro, sistema plenamente aplicável às decisões judiciais.

1.2- DA INTEGRIDADE DE DWORKING E DA CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A análise da obra de Ronald Dworkin permite-nos reflexões interessantes acerca dos princípios constitucionais e o papel do Direito e de sua criação como processo jurídico-social.

Isso porque a doutrina do autor traz relevantes considerações acerca de diversos conceitos que permeiam o sistema jurídico brasileiro como democracia e moralidade, interligando-os à sua noção de Direito como integridade.

Iniciando-se pela democracia, princípio basilar do Estado Brasileiro, Dworkin dá-nos uma interessante ligação entre interpretação jurídica e democracia, vez que para o autor o desenvolvimento do Direito é um projeto social inconcluso. Para o autor o direito é dado por um processo de evolução que se funda na argumentação:

“A imagem do direito oferecida por Dworkin é a de uma ampla conversação ou debate em que as pessoas com conhecimentos jurídicos argumentam sobre a existência ou não dos direito. Todos podem tentar dizer

quais são as respostas jurídicas certas em determinada situação” (MORRISON, 2012, p. 521)

A criação jurídica é, assim, um exercício da democracia à medida que é dado aos agentes sociais influenciar paulatinamente através dos debates na construção do conceito de Direito e do modo como através dele a sociedade se organiza.

Em específico no processo de decisão judicial cabe ao magistrado argumentar e dialogar com as decisões anteriores, sem descuidar do momento social subjacente à decisão que será proferida. O magistrado, ao proferir a decisão, não pode se desvincular de todo o complexo jurisprudencial anterior, mas deve dialogar com ele e estabelecer uma relação de continuidade de modo a garantir a fluência e lógica das decisões judiciais consideradas em conjunto.

Dworkin trata a decisão judicial como uma peça na qual o juiz age interpretando todos os princípios morais e legais de uma comunidade, trazendo-os para o caso concreto e fazendo a devida interpretação construtiva, dando a melhor interpretação possível dentro do caso concreto, sob o prisma político da situação, amparada também em uma detida análise dos precedentes. (CAVALCANTI, 2016, p. 294)

Além disso, suas decisões e interpretações deve ser tal que haja uma não só uma continuidade das decisões anteriores, mas também seja possível que a mesma decisão seja tomada por outros juízes, ou seja, não pode o julgador decidir casuisticamente, mas deve ter a pretensão de que sua decisão seja universalizável, ou seja, que a mesma seja capaz de ser adotada por outros julgadores:

Podemos dar uma estrutura a qualquer interpretação que ele venha a adotar, distinguindo duas dimensões a partir das quais será necessário submetê-la à prova. A primeira é a que até aqui chamamos de dimensão de adequação. Ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum

autor (...) poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. Isso não significa que sua interpretação deva se ajustar a cada segmento do texto. (...) Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto. Deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto... (DWORKIN 2007, p. 277)

A integridade, desse modo, é limitador do arbítrio estatal, impondo aos legisladores e aos julgadores uma limitação de seus poderes de criação de normas jurídicas, conforme Streck:

Já a *integridade* é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, *não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um "grau zero de sentido"*, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso — a morte do personagem — *não fosse condição para a construção do capítulo seguinte*. (STRECK, 2014)

O contínuo debate e discussão acerca de quais os direitos dos cidadãos cria o Direito como manifestação de integridade social. O que gera uma derivação interessante, à medida que o Direito é construído pelos atores sociais de modo coeso e coerente através de debates jurídicos:

É impossível encontrar textos pseudocientíficos sobre a natureza do direito. Se o direito é sempre uma questão de interpretação, segue-se que os que determinam o que é o direito são todos aqueles que se encontram dentro da ordem jurídica. Basicamente isso inclui não só juízes, mas também envolvem pessoas comuns (MORRISON, 2012, p. 521)

A discordância, a manifestação de opiniões contrárias e a argumentação através do exercício da liberdade de expressão dos cidadãos e da liberdade de decisão dos juízes é condição para existência de um direito íntegro, ou seja, um direito que não se baseia somente em seguir um caminho pré-determinado, mas que se propõe a construir o caminho a partir de reflexões sobre si mesmo e seu lugar na sociedade com vistas a buscar os princípios guias da sociedade:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada-, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. (DWORKIN 2007, p. 271)

Da compreensão da relação Direito como integridade e debate social Dworkin nos diz que devemos ser constantemente guiados pelos princípios, manifestações jurídico-normativas de valores relevantes no seio social e que, portanto, se mostram tendentes à evolução:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva e prática jurídica da comunidade. (DWORKIN 2007, p. 272)

É nessa relação entre princípios jurídicos como normas, debate social e integridade como direito que Dworkin traz a moralidade para o seio do Direito, nas palavras de Morrison:

Em última análise, a moralidade de aspiração dworkiniana é o desejo de tornar-se uma comunidade de

princípios, a integridade é a moralidade intrínseca ao direito, e a imagem que ele cria é uma imagem de constante comunicação – de argumentação. Alessandra Damian Cavalcanti³⁶⁹

Integridade e busca por coerência é, nesta fase do pensamento de Dworkin, não só manifestação da moralidade institucional como manifestação de um ambiente democrático no seio do Direito e a ferramenta que permite aos atores sociais o debate no seio institucional.

2. A INTEGRIDADE COMO INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NO NOVO CPC

O sistema de precedentes criado no CPC 2015 é a principal metodologia do Direito moderno para garantia da integridade no processo decisório. Isso porque com a ascensão do novo Código assiste aos juízes o dever de observar os precedentes.

Barroso ensina que:

A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia (p.13).

O novo Código de Processo Civil prevê expressamente o dever de integridade e coerência dos Tribunais (art. 926, CPC). Não é difícil perceber que a observância de decisões anteriores é para Dworkin um aspecto primordial na teoria da integridade, pois ao se fundamentar nelas o intérprete mantém sua relação com o passado institucional.

Para ilustrar tal raciocínio do autor retomamos sua metáfora do “romance em cadeia” onde cada grupo de autores decide escrever uma história e cada autor escreve um capítulo novo devendo, todavia, manter a coerência com os capítulos anteriores de modo a formar uma história coesa, mas que mantenha a autonomia dos autores:

Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve. Deve adotar um ponto de vista sobre um romance que vai ser formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo.

Podemos dar uma estrutura a qualquer interpretação que ele venha a adotar, distinguindo duas dimensões a partir das quais será necessário submetê-la à prova. A primeira é a que até aqui chamamos de dimensão de adequação. Ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor (...) poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. Isso não significa que sua interpretação deva se ajustar a cada segmento do texto. (...) Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto. Deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto... (DWORKIN, 2005, p.276/277)

Deste modo, ao analisarmos o novo Código sob a ótica da teoria da integridade de Dworkin podemos retirar conclusões interessantes quanto à ideia de precedente judicial e seu modo de aplicação.

Assim, para o autor estadunidense os precedentes judiciais são, por sua própria natureza, de observância compulsória. A inserção dos precedentes no

CPC vão, deste modo, ao encontro da teoria de Dworkin à medida que impõe constantemente aos julgadores o dever de referência a seus predecessores.

Ou seja, toda decisão judicial tem o dever de se referenciar e extrair conclusões de decisões anteriores. O procedimento decisório na obra de Dworkin é decorrente de uma análise tanto das normas jurídicas e da situação social, quanto das decisões anteriormente proferidas por outros juízes. Nesse sentido:

Ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. (DWORKIN, 2005, p. 238)

Os precedentes, na leitura da integridade, são sempre de observância obrigatória, ainda que não possua caráter vinculante, isso porque sua observância não decorre da criação de uma nova norma jurídica, mas de uma atitude construtiva do Direito:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programa instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. (DWORKIN, 2005, p.271)

Ou seja, os Tribunais ao proferirem suas decisões não atuam de modo a criar novos direitos, mas apenas a aclarar direitos existentes com base na realidade social e institucional no período do julgamento, gerando sempre ao julgador o dever de observância do precedente, seja para aplicá-lo ou para refutá-lo.

Em *obiter dictum* deve-se traçar uma crítica a certos setores da doutrina brasileira que defendem que os Tribunais no novo CPC criam novos direitos. Nesse sentido Donizetti (2015)

No Brasil, podemos dizer que vige o *stare decisis*, pois além de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva, criadora do Direito), os juízos inferiores também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas Cortes (teoria declaratória) de aplicar o precedente criado por essas Cortes (teoria declaratória). (p.9)

Isso porque a virtude política da integridade não permite que os Tribunais extrapolem seus poderes constitucionais de julgar sempre conforme a lei e os princípios de Direito. Ou seja, as manifestações judiciais não são verdadeiras manifestações primárias do Direito não tendo caráter criador, apenas trabalhando no processo de sua interpretação e do desvelamento de seu sentido.

O dever do juiz é interpretar as normas, não criar novos sentidos não previstos nos textos legais, nesse sentido Passari:

Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, já existe um direito previamente estabelecido e o juiz, fazendo uso de um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, encontrará a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade e chegará à melhor solução fornecida pelo direito ao caso difícil. Mesmo nos casos difíceis, o dever do juiz é o de descobrir qual é o direito previamente estabelecido e não o de inventar novos direitos. (p.98)

Assim, seja seguindo precedentes ou decidindo pela primeira vez uma questão, aos Tribunais é sempre obrigatória a observância dos termos legais e constitucionais, não sendo o sistema de precedente mecanismo que permita a criação de normas jurídicas pelos Tribunais.

Dito isso, é importante ressaltar os precedentes têm a função de integrar o parâmetro interpretativo, ou seja, a partir do momento que são proferidos compete ao julgador analisá-los para retirar o melhor modo de ação em seu julgamento. Pode-se dizer que as decisões anteriores fazem parte do “estado da arte” e, portanto, não podem ser ignoradas pelos juízes, do mesmo modo que devem ser sempre analisadas em confronto com as leis e os princípios constitucionais.

Assim, ao julgador é dado o dever de aplicar os precedentes, ainda que não vinculantes, sempre que se mostrarem a decisão mais consentânea com o Direito, e afastá-lo sempre que se mostrar violador do ideal político jurídico da comunidade.

Nesse sentido que podemos afirmar que sob a égide da leitura da integridade o órgão julgador no novo CPC deve sempre valer-se de julgamentos e interpretações pretéritas dos Tribunais, ou seja, é dever do julgador analisá-los sempre.

É nesse sentido que trazemos uma crítica à lição de Barroso (2016) que separa os precedentes em “precedentes de eficácia meramente persuasiva, eficácia normativa em sentido forte e eficácia normativa em sentido fraco”:

Diante das considerações acima, pode-se afirmar que os precedentes judiciais, no direito brasileiro, produzem três espécies de eficácia. Há, primeiramente, os precedentes com eficácia meramente persuasiva. Esta é a eficácia que tradicionalmente se atribuía às decisões judiciais em nosso ordenamento, em razão de sua própria raiz romano-germânica. Os julgados com esta eficácia produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais. (...)

Por outro lado, são dotados de eficácia normativa em sentido forte: as súmulas vinculantes, os julgados

produzidos em controle concentrado da constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência. O desrespeito a estes precedentes enseja a sua cassação, por meio de reclamação, junto à corte que o proferiu, nos termos do art. 988 do CPC32 .

Produzem eficácia intermediária ou eficácia normativa em sentido fraco os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ sobre matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente, e as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes. Esses entendimentos são obrigatórios e devem ser seguidos. Entretanto, sua inobservância não possibilita o ajuizamento de reclamação.

Isso porque analisar o Direito sobre o prisma da integridade exige que todos os precedente sejam analisados pelo julgador com igual consideração que deverá se esforçar para compatibilizá-los dentro de um noção de história institucional:

Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (DWORKIN, 2005, p.274)

O julgamento deve, assim, sempre considerar o dever institucional de analisar as decisões pretéritas, ainda que não possuam “eficácia vinculante”. Ou seja, a decisão do juiz deve sempre observar os precedentes, ainda que seja

para afastá-los, não podendo os ignorar, sob pena de descumprimento pelo julgador da observância do dever de integridade.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a eficácia vinculante dos precedentes judiciais está mais ligada ao modo como a sua não observância pode ser controlado do que o fato de ser de observância compulsória, isso porque há diversos instrumentos próprios, como a reclamação, que permitem o controle dos “precedentes vinculantes” (art. 988 do CPC).

Todavia não é correto afirmar que os “precedentes não vinculantes” não são passíveis de controle, mesmo porque a decisão contrária aos precedentes proferida pelos juízos inferiores poderão ser atacadas pelos recursos ordinários como apelação (art. 1.009 CPC), recurso especial ou extraordinário (art. 1.029 CPC).

É nesse sentido que a partir da noção de integridade de Dworkin se afirma que os precedentes são sempre de análise obrigatória pelos julgadores, ainda que seja para afastá-los, sendo a diferença entre os precedentes vinculantes e não vinculantes meramente quando o modo de controle da decisão que os descumpre.

CONCLUSÃO

O presente trabalho visou apresentar de modo coeso e conciso as ideias que Ronald Dworkin apresente acerca do Direito como manifestação da virtude política da integridade em sua obra “O Império do Direito” e quais os pressupostos e objetivos da observância desse conceito na prática judiciária brasileira, em especial após a menção expressa ao dever de integridade no novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, se apresentou inicialmente o que Dworkin entende por integridade e sua relação com os ideais de justiça e equidade, demonstrando que para o autor seriam essas as três principais virtudes políticas de uma sociedade.

Ato contínuo se trabalhou o conceito de integridade sobre a ótica geral e de aplicabilidade aos Poderes públicos indistintamente para, em seguida, se

concentrar na integridade no seio da decisão judicial. Com isso se apresentou a noção de Dworkin de integridade como manutenção de coerência e de vinculação a precedentes judiciais, bem como necessidade de observância de valores sócio-jurídicos vigentes e como dessa relação surge o conceito de moralidade institucional para o autor.

Por fim, valeu-se da doutrina nacional para pontuar quais os principais objetivos e desafios do novo Código de Processo Civil durante a aplicação deste ideal de integridade. Em específico se abordou como a observância da integridade busca garantir uma previsibilidade nas decisões judiciais e com isso garantir a segurança jurídica dos cidadãos face ao Poder Judiciário e como isso é uma manifestação do princípio da igualdade.

A partir daí defendeu-se que a observância dos precedentes pelos juízes deve se dar de maneira ampla e irrestrita sem separar-se os precedentes em vinculantes ou não vinculantes estando o julgado adstrito à observância de ambos, vez que os mesmo compõe o complexo sistema jurídico social. Assim, concluiu-se que a divisão entre precedentes vinculantes e não vinculantes somente tem relevância quanto ao modo como é controlado o desrespeito aos precedentes.

Em que pese o objetivo desse trabalho, não se desconhece que essa forma de aplicação da integridade em Ronald Dworkin é apenas um dos modelos de aplicação do novo Código de Processo Civil, havendo diversas concepções e oportunidades de aprimoramento da arte jurídica como decorrência do novo Código de Processo Civil.

Como se aduziu durante o presente trabalho, o ideal de integridade como virtude política em Dworkin pressupõe o debate e a discordância e postular modos diferenciados de aplicação e compreensão do Direito somente fortalece a ciência jurídica.

Conclui-se, nesse sentido que longe de encerrar qualquer pretensão de exclusividade da aplicação dos ideais de Dworkin o conceito de integridade tem como um de suas principais implicações a noção de que a sociedade é formada de modo coeso e interligado e que, portanto, as decisões judiciais devem ser tomadas com responsabilidade e visando o bem-estar social, sempre se

atentando para o objetivo maior que, nas palavras de Dworkin, é a busca por uma 'sociedade de princípios'.

A introdução da integridade no corpo do Código de Processo Civil gera, desse modo, uma gama de deveres ao juiz que podem, se bem aplicados, aumentar a participação democrática na criação jurídica, aumentar a segurança jurídica e previsibilidade nas decisões judiciais e garante, nas palavras de Dworkin, que "a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado".

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **REVISTA DA AGU**. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016.

CAVALCANTI, Alessandra Damian. O Novo Cpc e o Direito Como Integridade. **REVISTA CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS**. Natal, 2016.

DWORKIN, Ronald. Império do Direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes 2007.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme **STRECK**, Novo CPC esquece da equidade perante as decisões judiciais Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-11/cpc-esquece-equidade-decisoes-judiciais>, acesso em 18 de junho de 2018.

MORRISON, Wayne. Filosofia do direito – dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo. 2012. Ed. Martins Fontes.

PASSARI, Alessandro Antonio. Democracia e Tutela Jurisdicional sob a Ótica Hermenêutica de Ronald Dworkin. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, **Curitiba, n. 1, p. 93-116, 2010.**

STRECK, Luis Lênio. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>, acesso em 18 de junho de 2018.

SILVA. Aline Prado. Legitimidade e decisão: a construção do julgamento dos casos difíceis pela teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin. 2013. 32 f. Dissertação Mestrado Filosofia e teoria geral do Direito. Universidade de São Paulo. 2013.

[1] Juiz perfeito na concepção de dworkin