ORGANIZAÇÃO
ATALÁ CORREIA
JANETE RICKEN LOPES DE BARROS

GRANDES TEMAS DA PÓS-GRADUAÇÃO DA EDB/IDP 2017.2

AUTORES:
Andrêssa Lima Santoro
Arthur Simas Pinheiro
Beatriz Lima da Silva Andrade
Ana Luiza Queiroz Melo Jacoby Fernandes
José Rubens Battazza Iasbech
Kássya Lessa Bengtson
Ludmilla Tavares Daier de Sales
Manoella Maria Cavalcanti Bastos
Mariana Palermo de Souza Barbosa
Rayani Carvalho Gonçalves
Rafaella Bahia Spach
Emily Freitas Custódio
Ulisses Juliano da Silva
Vanine França de Andrade
Victor Ribeiro Ferreira
Virginia Montenegro de Almeida Cunha

1ª edição | IDP, Brasília, 2017

Organização
Atalá Correia
Janete Ricken Lopes de Barros

GRANDES TEMAS DA PÓS-GRADUAÇÃO DA EDB/IDP 2017.2

1ª edição

Autores:

Ana Luiza Queiroz Melo Jacoby Fernandes
Andrêssa Lima Santoro
Arthur Simas Pinheiro
Beatriz Lima da Silva Andrade
Emily Freitas Custódio
José Rubens Battazza Iasbech
Kássya Lessa Bengtson
Ludmilla Tavares Daier de Sales
Manoella Maria Cavalcanti Bastos
Mariana Palermo de Souza Barbosa
Rafaella Bahia Spach
Rayani Carvalho Gonçalves
Ulisses Juliano da Silva
Vanine França de Andrade
Victor Ribeiro Ferreira
Virginia Montenegro de Almeida Cunha

IDP
Brasília
2018

CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA

MEMBROS EFETIVOS:
Presidente: Gilmar Ferreira Mendes
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto
Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

1. Afonso Códolo Belice (discente)
2. Alberto Oehling de Los Reyes – Universitat de lês Illes Balears/Espanha
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho – IDP/SP
4. António Francisco de Sousa – Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Portugal
5. Arnoldo Wald
6. Atalá Correia – IDP/DF
7. Carlos Blanco de Morais – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
8. Everardo Maciel – IDP/DF
9. Fabio Lima Quintas – IDP/DF
10. Felix Fischer
11. Fernando Rezende
12. Francisco Balaguer Callejón – Universidad de Granada/Espanha
13. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense Madrid/Espanha
14. Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS
15. Jacob Fortes de Carvalho Filho (discente)
16. Jorge Miranda – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
17. José Levi Mello do Amaral Júnior – Universidade de São Paulo – USP
18. José Roberto Afonso – FGV
19. Janete Ricken Lopes de Barros – IDP/DF
20. Julia Maurmann Ximenes – IDP/DF
21. Katrin Möltgen – Faculdade de Políticas Públicas – FhöV NRW/Alemanha
22. Lenio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS
23. Ludger Schrapper
24. Marcelo Neves – Universidade de Brasília – UNB
25. Maria Alicia Lima Peralta
26. Michael Bertrams
27. Miguel Carbonell Sánchez – Universidade Nacional Autônoma do México – UNAM
28. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP/DF
29. Pier Domenico Logroscino – Università degli studi di Bari Aldo Moro/Itália
30. Rainer Frey – Universität de Münster/Alemanha
31. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – IDP/DF
32. Rodrigo de Oliveira Kaufmann – Universidade de Brasília – UNB
33. Rui Stoco
34. Ruy Rosado de Aguiar – IDP/DF
35. Sergio Bermudes
36. Sérgio Prado

C824g Correia, Atalá (Org.)

Grandes temas da Pós-Graduação da EDB/IDP 2017.2. / Organizadores Janete Ricken Lopes de Barros, Atalá Correia; Fernandes, Ana Luiza Queiroz Melo Jacoby [et al...] – Brasília: IDP, 2018.

520 p.
Inclui notas explicativas e bibliográficas e referências ao fim dos capítulos.

ISBN: 978-85-9534-026-8

1. Administração Pública - coletânea. 2. Direito administrativo. 3. Processo civil. I. Título. II. Correia, Atalá (org.) III. Barros, Janete Ricken Lopes de.

CDD: 350

CDU:35(81)

APRESENTAÇÃO

Organizadores:

Atalá Correia

Janete Ricken Lopes de Barros

O Centro de Pesquisa - CEPES é o órgão responsável por desenvolver a pesquisa, iniciação científica e extensão das Escolas do IDP em parceria com as Coordenações dos Cursos, bem como promover a integração entre a graduação, pós-graduação e mestrado. Para atingir essa finalidade disponibiliza aos alunos uma série de ferramentas como a série de *e-books* intitulada "Grandes Temas da Pós-Graduação".

Os artigos selecionados para compor a edição de 2017.2 foram indicados pelo corpo docente da pós-graduação da instituição nas bancas de TCC (Trabalho de Conclusão de Curso) como sendo trabalhos relevantes para a comunidade acadêmica.

O objetivo principal desta obra é compilar textos de diversas áreas do conhecimento jurídico para fomentar o debate acadêmico e a pesquisa jurídica. Nesta edição, os textos contemplarão discussões de temas da atualidade com abordagens interdisciplinares, pesquisa de campo e análise da jurisprudência dos tribunais superiores.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

SUMÁRIO

Ana Luiza Queiroz Melo Jacoby Fernandes ----------**08**
A MEDIAÇÃO COMO FORMA CONSENSUAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Andrêssa Lima Santoro ----------**70**
A POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LIMITAR O LUCRO DO PARTICULAR EM LICITAÇÕES OU CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Arthur Simas Pinheiro ----------**97**
AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC/15:
INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO E O MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL

Beatriz Lima da Silva Andrade ---------- **120**
O USO DE ARMAS QUÍMICAS NA GUERRA CIVIL SÍRIA: IMPLICAÇÕES LEGAIS À LUZ DO ESTATUTO DE ROMA

Emily Freitas Custódio ----------**151**
INSTRUMENTOS DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: LIMITES DE APLICABILIDADE

José Rubens Battazza Iasbech ----------**184**
TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS

Kássya Lessa Bengtson ----------**214**
O DIREITO COMPARADO COMO ELEMENTO CULTURAL DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ludmilla Tavares Daier de Sales ----------**241**
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Manoella Maria Cavalcanti Basto ----------**268**
A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREDIAL.

Mariana Palermo De Souza Barbosa----------**306**
A LIBERDADE RELIGIOSA E OS REFLEXOS DA UTILIZAÇÃO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS

Rafaella Bahia Spach ----------**335**
PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rayani Carvalho Gonçalves----------**363**

A ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DE PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS E OS DA ARBITRAGEM

Ulisses Juliano da Silva----------**406**
SISTEMA MULTIPORTAS: O IMPACTO DA EXPANSÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO COTIDIANO DO CIDADÃO COMUM

Vanine França de Andrade ----------**425**
O LIMITE DO PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ATÉ ONDE SE PODE INOVAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Victor Ribeiro Ferreira ----------**456**
O BRASIL COBRA MENOS IMPOSTO SOBRE HERANÇA QUE OUTROS PAÍSES? O TRIBUTO SOBRE A HERANÇA COMO MEIO DE DIMINUIR A DESIGUALDADE SOCIAL

Virginia Montenegro de Almeida Cunha ----------**493**
A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVO

A MEDIAÇÃO COMO FORMA CONSENSUAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANA LUIZA QUEIROZ MELO JACOBY FERNANDE

RESUMO

Este estudo analisa a viabilidade jurídica do uso da mediação no âmbito das relações com a Administração Pública. Por meio de uma análise histórica e econômica, são apresentados os meios alternativos de resolução de conflitos como uma possível solução para melhoria da eficiência do Judiciário. Além disso, o presente trabalho produz um comparativo entre a mediação e os demais meios de resolução de conflitos, analisa o uso da mediação frente aos princípios aplicáveis à Administração Pública e, por fim, adentra especificamente no estudo dos pressupostos para concretizar sua aplicação nos contratos administrativos. No desenvolvimento da monografia, são tratados os principais argumentos doutrinários e a posição jurisprudencial sobre o tema, além dos requisitos necessários para que se possa operacionalizar a mediação nos contratos administrativos.

Palavras-chave: Meios Alternativos de Resolução de Conflitos. Mediação. Contrat Administrativos.

ABSTRACT

The present study analyzes the legal viability of mediation in public procurement and contracts. Through an economic and historical analysis concerning alternative dispute resolution instruments are displayed as a possible solution to improve the efficiency of the Judiciary. In addition, the present work produces a comparison between mediation and other means of conflict resolution, analyzes the use of mediation in relation to the principles applicable to Public Administration and, finally, specifically goes into the study of the assumptions to achieve its application in public contracts. In the development of this work, the main doctrinal arguments and the jurisprudential position on the subject are discussed, as well as the necessary requirements for the operationalization of mediation in administrative contracts.

Keywords: Alternative Means of Conflict Resolution. Mediation. Administrative Contracts.

1. INTRODUÇÃO

Entre os muitos desafios enfrentados pela disciplina do Direito Administrativo brasileiro, a burocratização dos procedimentos, certamente, é uma das questões mais suscitadas. O exacerbado formalismo, atrelado à insegurança jurídica, tem afetado as mais diversas vertentes do Direito Administrativo, seja em conflitos internos ou externos.

Nesse contexto, os aplicadores do Direito Administrativo vêm buscando formas de torná-lo mais eficaz, desburocratizá-lo e garantir maior segurança na relação entre aqueles que o utilizam ou são por ele afetados.

Ocorre que a busca pela eficiência nas relações estatais é, por certo, uma das mais complexas tarefas dos aplicadores do direito. O princípio da eficiência não é homogêneo em todos os segmentos da administração pública, pelo contrário, é uma norma multifacetada e pluricompreensiva[1]. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

> [...] É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros [2].

O referido princípio foi elevado à estatura constitucional por dois distintos ângulos. Conforme a Emenda Constitucional nº 19/1998, a eficiência foi inserida entre os cinco princípios que devem reger a Administração Pública da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Diretamente relacionada ao tema, registre-se a Emenda Constitucional 45/2004, segundo a qual a eficiência se tornou um direito constitucional, pois foi insculpida ao artigo 5º o inciso LXXVIII que determina a obrigação de assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação[3]. É notório, entretanto, que o texto constitucional inserido como direito fundamental por essa última emenda não está sendo concretizado como deveria.

Especialmente no que concerne às relações da Administração Pública com os indivíduos, observa-se que o déficit de eficiência e a sistemática violação de direitos, aliados à

---

[1] COELHO, Alexandre Faila. **Princípio Constitucional da eficiência e o controle dos atos administrativos**. Dissertação, Universidade Federal do Paraná, 2012.
[2] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 98.
[3] BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, LXXVIII.

burocratização, são evidentes, bastando observar que, hoje, o maior réu do país é a própria Administração Pública.

O Poder Público figura como parte na maioria dos mais de 110 milhões de processos em trâmite na justiça brasileira, sendo que apenas o setor público federal representa 12,14% dos processos – alçado à condição de maior litigante do país. O setor público municipal ocupa o terceiro lugar, com 6,88%, e o setor público estadual vem em seguida, com 3,75%[4]. Em síntese, o Poder Público é o maior litigante e réu do país. Ressalte-se que não estão incluídos nesses dados os processos administrativos.

Soma-se a esses elementos uma incontestável insegurança na relação entre Administração e o particular. Isso porque, por um lado, o gestor público tem o ônus de ser responsabilizado[5] por qualquer falha ocorrida durante a execução do contrato − atividade que por si só já é demasiadamente complexa −, incluindo a supervisão da eficiência do particular, a verificação quanto à lisura da liberação de recursos públicos e o atesto da boa execução de contrato. O particular, por sua vez, detém, além das responsabilidades e dos riscos habituais de sua atividade econômica, os riscos da insegurança de se relacionar com a Administração, entre os quais: atrasos nos pagamentos, paralisação do serviço, rescisões unilaterais, entre outros.

Em sua obra, o economista Armando Castelar apresenta estudo demonstrando que entre os principais problemas centralizadores de investimentos privados no Brasil estão um Judiciário "imprevisível" e o desrespeito aos direitos de propriedade dos investidores, além da ausência de garantias de cumprimento de contratos[6].

Importante acrescer que, além da morosidade e do excesso de litígios no Judiciário, um processo, até mesmo administrativo, representa um custo que por vezes pode representar valores maiores que o valor discutido no pleito.

A julgar pelo acúmulo e morosidade na solução dos processos, verifica-se que o Judiciário vem enfrentando dificuldades de comportar todas as demandas existentes. O cenário atual contribui também para que busquemos outros meios de resolução de conflitos: a economia instável, a falta de recursos públicos, a iminente mudança na legislação geral

[4] Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Justiça em números: 100 maiores litigantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf >. Acesso em: 30 jan. 2017.

[5] Essa responsabilização pode ter consequências gravíssimas como instauração de uma ação de improbidade, aplicação de multa e até condenação para ressarcimento dos prejuízos quantificados em grandes cifras de dinheiro ao erário.

[6] CASTELAR, A. (Org.). Judiciário e economia no Brasil [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. **O judiciário e a economia**: evidência empírica para o caso brasileiro. pp. 54- 75.

acerca das licitações e contratos administrativos e a crescente desestatização e consequente privatização parecem exigir formas céleres, desburocratizadas e seguras para dirimir conflitos entre o particular e a Administração, liberar créditos a receber pelo Estado e dar maior segurança aos que desejam investir em nosso país.

Serão explorados os meios alternativos de resolução de conflitos, com especial destaque para os que ocorrem no âmbito dos contratos administrativos. Para tanto, serão estudados os argumentos contrários e favoráveis à sua aplicação, bem como as dificuldades procedimentais relativas à sua execução. Buscando um maior conhecimento sobre o tema, será dado enfoque a um método específico de resolução de conflitos: a mediação.

Serão apresentadas as normas legais que tratam sobre o tema, bem como sinalizadas as dificuldades para se efetivá-las.

De maneira breve, investigar-se-á, à luz dos princípios administrativos, a viabilidade de se utilizar a mediação nos contratos administrativos, especialmente sob a égide do princípio da supremacia do interesse público.

Serão analisados, ainda, os requisitos operacionais da aplicação do método da mediação nos contratos administrativos, notadamente sob o prisma da responsabilização do gestor público.

Ao final, será desenvolvida uma pesquisa geral das questões apreciadas, com a intenção de se avaliar a adequação de algumas das contribuições propostas para o enfrentamento dos problemas identificados.

Buscar-se-á-, desse modo, oferecer à Administração Pública sugestões de meios concretos e seguros que possam contribuir para a eficácia e a celeridade na resolução de conflitos e, por outro lado, oferecer ao particular a segurança necessária para que possa continuar a se relacionar com a Administração Pública e a investir no país.

2. VISÃO GERAL DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS

Sob a influência do Direito Comparado, o Brasil passou a permitir o uso de meios alternativos de resolução de conflitos.

Nas palavras de Ellen Gracie, os meios alternativos de resolução de conflito são:

> Mecanismos que buscam facilitar o acesso da população e das empresas à justiça e ter seus direitos garantidos, sejam eles civis ou comerciais. Amplamente reconhecidos no meio jurídico e judiciário, são formas adequadas de driblar a burocracia e o longo tempo de espera na Justiça Comum (informação verbal)[7].

São, portanto, métodos consensuais que incentivam a participação da sociedade para contribuir para o exercício da jurisdição, criando, para tanto, um novo tipo de cultura na solução de conflitos. São métodos centrados nas tentativas de negociação harmoniosa, buscando a pacificação social.

Entende-se que, por terem natureza personalíssima, os métodos alternativos de resolução de conflitos "*preservam a autoria e a autenticidade dos participantes na solução de seus próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução auto negociada*"[8].

Ante a permanência dos vínculos das relações que geram os conflitos, como são os casos das relações que envolvem a Administração Pública, atualmente, vem se tentando estimular o uso dos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil.

A fim de possibilitar o aprofundamento no estudo do tema, primeiramente, faz-se necessário entender a evolução histórica e legal da utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos como ferramentas que efetivamente agregam para a eficiência e a justiça.

2.1. Breve Contexto Histórico e o Direito Comparado

O uso de meios alternativos de resolução de conflitos que estimulam a resolução pelas próprias partes remonta ao início da civilização.

Primeiro porque, antes mesmo do surgimento do Estado, os conflitos eram resolvidos entre as próprias partes – o que se denomina de autotutela ou autodefesa. Segundo porque, mesmo com o surgimento do Estado, em algumas situações específicas de conflitos, ainda se atribuiu às próprias partes o poder de decidir: são os chamados meios de autocomposição, conforme explica Petrônio Calmon Alves Cardoso Filho:

---

[7] Explanação da Ministra Ellen Gracie no Seminário "Poder Judiciário e Arbitragem: diálogo necessário". Supremo Tribunal Federal (STF), 2011.

[8] GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação**. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. 2ª ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003, p. 1.

> A autocomposição pode ser unilateral, quando a atitude altruísta é proveniente de apenas um dos envolvidos; ou bilateral, quando o altruísmo caracteriza a atitude de ambos. A autocomposição unilateral se manifesta pela renúncia, quando aquele que deduz a pretensão (atacante) dela abre mão, ou pela submissão, quando o atacado abre mão de sua resistência. A autocomposição bilateral se manifesta pela transação, acordo caracterizado por concessões recíprocas, ou seja, quando todos os envolvidos em um conflito abrem mão parcialmente do que entendem ser de seu direito. O atacante abre mão de parte de sua pretensão, enquanto o atacado abre mão de resistir à nova pretensão, já reduzida[9].

Apenas mais tarde é que a titularidade do poder decisório se transferiu das partes para um terceiro, tendo como expressão a arbitragem e a jurisdição[10]. São os chamados métodos heterônomos de solução de conflitos, implementados quando as partes designavam uma pessoa alheia a elas, depositária de confiança e credibilidade – geralmente os sacerdotes e os anciãos – para decidir a respeito da controvérsia. Com a ascensão da figura do Estado, transfere-se para este, gradativamente, o poder decisório dos conflitos, quando passa então a decidir por intermédio de um terceiro também, agora designado pelo próprio Estado, compondo o que veio a ser a função jurisdicional[11].

Os meios alternativos foram retomados e ganharam força como métodos válidos para a resolução de conflitos entre as décadas de 60 e 70 do século passado. Esse recrudescimento decorreu de um aumento exponencial na quantidade de processos nos Estados Unidos, desencadeando uma situação quase insustentável para o Poder Judiciário.

Somam-se à questão a busca pela sociedade de maior participação no Estado e o maior interesse pelo acesso à justiça.

Nessa época, foi criado naquele país um movimento do meio jurídico e político conhecido como "Alternative Dispute Resolution" (ADR), caracterizado pela informalidade e pela equidade. São os métodos mais comuns de ADR: a mediação, a conciliação e a arbitragem. Um pouco depois, esses métodos foram difundidos na Europa.

Especificamente quanto à mediação – que será o enfoque principal deste estudo –, o método foi difundido não apenas como uma ferramenta para tratar conflitos, mas também como busca da restauração da comunicação entre seus participantes. Note-se aqui a sutil diferença e o extraordinário ganho na aplicação desse mecanismo. As partes voltam a se comunicar e a negociar.

---

[9] CALMON, Petrônio Alves Cardoso Filho. Fundamentos da mediação e da conciliação, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 54.

[10] MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**, 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 p. 118-119.

[11] Ibid. loc. cit..

Com a mudança de paradigmas no Estado de Direito, em que se passou a buscar a autodeterminação dos indivíduos, a mediação passou a fazer parte de várias cenas sociais. O papel conferido ao método seria o de promover a emancipação social por meio do empoderamento do indivíduo.

Trata-se, portanto, de método prévio e consensual de solução de conflitos, cujo principal instrumento é o diálogo, pois se busca um consenso entre as partes.

Frederico Antônio Azevedo Ludwig, ao tratar da evolução histórica da busca por alternativas eficazes de resolução de litígios no Brasil[12], traz um interessante estudo do método da mediação no Direito Comparado. O autor indica que a mediação está presente em diversos países, como: China, França, Inglaterra, Noruega, Nova Zelândia, Austrália, Canadá, Argentina, Bolívia, El Salvador, Costa Rica, Venezuela, Chile, Equador, Paraguai, Peru e Colômbia.

O autor explica, ainda, que o uso da mediação na América Latina, especialmente na Argentina, se dá desde 1996, com a Lei Nacional de Mediação e Conciliação; na Colômbia, a mediação é utilizada desde 1983, sendo muito avançada no setor privado da arbitragem comercial.

Na Argentina, por exemplo, a mediação é obrigatória[13], e as partes só terão acesso ao Judiciário, portanto, se demonstrarem que buscaram a mediação anteriormente e que esta foi frustrada. Embora tenham existido dificuldades na implantação do método no país vizinho, de modo geral, representou diversos ganhos para a sociedade argentina. Observe:

> [...] Podem ser apontados vários aspectos positivos da experiência, entre eles a variada equipe de mediadores; o despertar da consciência nacional acerca da existência de RAD; o alto valor pedagógico para juízes, partes, advogados e pessoal da justiça; logrando-se um consenso que, inicialmente, não se esperava. Como dito, evidenciaram-se, também, alguns obstáculos comuns à introdução da mediação naquele país. Entre eles, a desinformação; o temor à troca de procedimento; e a falta de pressupostos para compreender e levar adiante a experiência[14].

---

[12] LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. A evolução histórica da busca por alternativas eficazes de resolução de litígios no Brasil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/8882_arquivos/ >. Acesso em jul 2017.

[13] ARGENTINA. Lei nº 24.573/95. MEDIACION Y CONCILIACION. Sustitúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio. Disposiciones Generales. Procedimiento. Registro de Mediadores. Causales de Excusación y Recusación. Comisión de Selección y Contralor. Retribución del Mediador. Fondo de Financiamiento. Honorarios de los Letrados de las Partes. Cláusulas Transitorias. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sancionada: Octubre 4 de 1995. Disponível em: < http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>. Acesso em: 12 jul. de 2017.

[14] BEDÊ, Judith; RUIZ, Ivan. Revisitando novos caminhos para o acesso à justiça. Disponível em: <http://goo.gl/q9mdj6>. Acesso em: 10 jul. 2017.

Estudos relatam que houve uma redução em 30% dos litígios judiciais[15].

No sistema brasileiro, a realidade ainda é outra: a predileção pelo litígio judicial se sobrepõe a outros meios, com isso, constata-se que há satisfação, apenas, quando esgotadas as possibilidades de recursos e ações.

Apesar de haver previsão legal,[16] há mais de 20 anos sobre o tema da mediação, muitas dúvidas ainda pairam sobre seus aplicadores, especialmente quando se fala em conflitos que envolvam a Administração Pública. Pouco foi feito até os últimos cinco anos.

Percebe-se que, apenas nos últimos dez anos, no Brasil, os métodos de resolução de conflitos vêm sendo mais discutidos pela doutrina. Atribui-se essa maior visibilidade à influência do Direito Comparado, à conscientização da população em relação aos seus direitos e à busca por resoluções mais rápidas e seguras.

Cabe salientar que não se está a querer afastar o papel do judiciário, e sim, estimular outros meios para que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam garantidos. Nas palavras de Petrônio Calmon:

> Deve-se afastar, então, a idéia de que o mau funcionamento da máquina judiciária constitui o pressuposto para a difusão dos meios alternativos. Ao contrário, o jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual quanto estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes. Os meios alternativos não excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valer do critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais adequado[17].

Essa permissão legal demonstra uma evolução no Direito, especialmente no âmbito do Direito Administrativo, ramo responsável – apenas no STF – por mais da metade das ações daquela Corte[18].

A seguir, serão abordados os principais normativos sobre o tema.

2.2. Normas Legais

---

[15] Na Argentina, conciliação obrigatória reduz estoque de processos em 30%. Disponível em: < http://www.desjud.com.br/2015/05/30/na-argentina-conciliacao-obrigatoria-reduz-estoque-de-processos-em-30/>. Acesso em 7 jul. 2017.

[16] Nota: a Lei da Arbitragem é de 1996 (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996).

[17] CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 49.

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório Supremo em ação, 2017. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-supremo-acao.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2017.

Em 1996, foi promulgada a Lei n° 9.307/96, que dispõe sobre arbitragem. Segundo esse diploma legal, as sentenças arbitrais produzem o mesmo efeito que as judiciais. É claro que, conforme exposto no tópico anterior, os métodos alternativos de resolução de conflitos existem há séculos, de modo que no Brasil não é diferente.

A esse respeito, já se falava que as partes poderiam nomear juízes-árbitros desde a Constituição do Império de 1824[19]. Todavia, para este estudo, importa analisar os normativos legais atuais que abordam os métodos alternativos de resolução de conflitos sob o aspecto do Estado Democrático de direito, da Constituição vigente e de seus direitos fundamentais, especialmente na seara do Direito Administrativo.

O Conselho Nacional de Justiça, ao estabelecer a Política Judiciária Nacional[20] de tratamento dos conflitos de interesses, com o objetivo expresso de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, incluiu expressamente os institutos da mediação e da conciliação como instrumentos essenciais para o acesso à justiça.

Incumbiu, no entanto, aos próprios órgãos judiciários a responsabilidade por oferecer mecanismos alternativos de solução de controvérsias e ao próprio CNJ disciplinar o desenho de programas e suas diretrizes voltadas à capacitação e à elaboração do código de ética dos mediadores.

Especificamente acerca dos conflitos que envolvem a Administração Pública, a Lei de Arbitragem passou a incluir de forma expressa essa possibilidade em 2015[21]. Antes, a presença da arbitragem em diplomas legais na seara do Direito Administrativo estava presente em algumas leis específicas, a exemplo Lei das Parcerias Público-Privadas e da Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos. No entanto, a redação mais clara acerca da possibilidade de utilização da ferramenta nos contratos administrativos veio apenas em 2015.

---

[19] BRASIL. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL DE 25 DE MARÇO DE 1824. [...] Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 7 jul. 2017.

[20] Id. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, n. 219, 01 dez. 2010. p. 2.

[21] Id. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 maio. 2015.

Nesse contexto, o Novo Código de Processo Civil[22] representou um grande avanço acerca do tema, pois instituiu a conciliação e a mediação como pilares de um novo modelo do processo civil brasileiro. Buscou-se dar aos mecanismos consensuais de resolução de conflitos todo o destaque que modernamente eles têm tido. Esse destaque se fez no dispositivo sobre a criação de câmaras de conciliação e mediação para dirimir conflitos no âmbito administrativo. Vejamos:

> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
> I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta[23].

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, a chamada Lei da Mediação[24], veio disciplinar, finalmente, a mediação judicial e extrajudicial no Brasil. Em diversos pontos, na verdade, a lei regulamentou os dispositivos do Novo CPC. Não se limitou, dessa forma, a tratar da mediação no âmbito privado ou judicial, buscando, também, regular a autocomposição de conflitos na Administração Pública, prevendo expressamente a possibilidade da solução extrajudicial de conflitos.

Em seu art. 32, a lei dispôs ainda sobre a criação facultativa, pela União, estados, Distrito Federal e municípios, de câmaras que atuem para a resolução administrativa de conflitos entre os próprios órgãos e entidades da Administração Pública e entre estes e particulares, decorrentes de contratos públicos e de eventual desequilíbrio econômico-financeiro.

A Lei nº 13.140/2015 estabeleceu ainda a imunidade civil, criminal e administrativa para os servidores ou empregados públicos que atuarem nas câmaras de autocomposição de conflitos, objetivando, por certo, afastar o receio de responsabilização pessoal por decisões tomadas nessas câmaras, especialmente quando se tratar de recursos públicos.

---

[22] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015.
[23] Ibid.
[24] BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

Ademais, se existe grande receio, por parte de agentes públicos, relacionado à assunção de responsabilidade pela celebração de transações, tal fato se deve a uma cultura que prepondera no Poder Público, em que somente se enfoca a responsabilidade por ações, olvidando-se, lamentavelmente, nossos órgãos de controle externo de criar mecanismos que permitam igualmente a responsabilização de agentes públicos pela omissão em seus deveres, tal como ocorre pela não celebração de transações em situações nas quais, em razão da omissão, decorram danos ao interesse ou ao patrimônio público.

Essa grande modificação legal verificada nos últimos dois anos demonstra uma evolução no Direito Administrativo, concedendo-se a possibilidade da solução de conflitos relacionados a direitos em relações jurídicas travadas entre particulares e a Administração Pública que não por vias judiciais.

Nada obstante o reconhecimento do legislador acerca da importância da mediação como meio alternativo de resolução dos conflitos e a expressa autorização para se utilizá-la no âmbito das relações que envolvam a Administração Pública, percebe-se que ainda há grande confusão por parte dos operadores do direito a respeito das características desses institutos.

2.3. Meios Alternativos de Resolução de Conflitos no âmbito da Administração Pública

Conforme verificado no tópico anterior, a questão legal sobre a possibilidade de a Administração se utilizar dos meios alternativos de conflitos parece superada.

Apesar da viabilidade jurídica, colocar em prática a mediação no ramo do Direito Administrativo é um desafio que ainda torna o uso da ferramenta algo distante da realidade do gestor público. Somam-se a isso os embates doutrinários acerca do instrumento conferido para a Administração Pública em função da consagração dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos.

Essas ferramentas podem ser utilizadas como facilitadores para reaver valores devidos à Administração ou, ainda, como mecanismos de prevenção do litígio quando a Administração retém ou deixa de pagar valores indevidamente. Poderia, nesse último caso, realizar um acordo inclusive com valores e condições mais vantajosas.

Tais princípios impactam diretamente na temática da disponibilidade patrimonial por parte da Administração Pública sem implicar disposição de interesse público e do bem público.

2.3.1. Escassez de procedimentos legais para o gestor público e o limite de sua atuação

Inicialmente, cabe relembrar que as normas nacionais que tratam sobre o tema o fazem de maneira muito sutil, sem o requinte que a problemática exige. É inegável que a permissão do uso de meios alternativos representa um grande avanço para Administração Pública, servindo para fortalecer suas relações, mas ainda é necessário disciplinar esses institutos, assinalando suas particularidades, suas nuances, seus procedimentos e, claramente, o papel dos representantes da Administração e os limites de sua atuação na aplicação desses meios alternativos de resolução de conflitos.

Percebe-se, portanto, que esses meios alternativos não buscam afastar o papel jurisdicional do Judiciário, mas servir como ferramenta acessória para assegurar um direito fundamental – célere resolução de conflitos, insculpido em nossa legislação pátria.

Não teria sentido a instalação de um procedimento de arbitragem, por exemplo, para decisão de conflito que envolva prerrogativas de autoridade que só o poder público pode exercer, mas se pode discutir pelas vias alternativas os impactos efetivos dessas decisões na relação contratual. Nas palavras da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> [...] Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a administração pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica[25].

Verifica-se que este é um dos pontos mais relevantes a se analisar dos meios alternativos de resolução de conflitos: os conflitos decorrentes das decisões unilaterais da Administração em face do particular. Esse aspecto representa certamente uma grande porcentagem dos conflitos judiciais que envolvem a Administração.

---

[25] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2 >. Acesso em 7 jul. 2017.

Especialmente quanto aos acordos extrajudiciais, como já exposto, inexiste norma expressa nesse sentido, mas os aplicadores do direito têm admitido o uso dos acordos fundamentalmente naquelas situações em que levar a questão ao Judiciário, provavelmente, representaria uma perda ou prejuízo iminente, seja pela posição já observada na jurisprudência ou porque a demora na resolução do conflito terá impactos para a própria Administração.

Interessante expor os questionamentos e pensamentos do Professor Jorge Jacoby sobre o tema:

> [...] Questão tormentosa diz respeito à possibilidade de a Administração Pública, por acordo extrajudicial, pagar indenização por dano causado a particular, como forma de prevenir demanda judicial. A literatura sobre o tema não é muito vasta, dificultando a ação do controle sobre tais atos, e envolve uma ampla temática:
> a) é ético exigir-se a interposição de recursos protelatórios, quando remansosa jurisprudência é contrária ao interesse da Administração na lide?
> b) fere a autonomia funcional do procurador do órgão a deliberação superior que transige em demanda?
> c) o que é êxito duvidoso?
> d) em que medida aproveita o interesse público um acordo?
> e) até que fase processual é lícito transigir?
> f) antes do ingresso em juízo, pode a Administração reconhecer sua culpa e proceder à composição com particular? [26]

Parecem questões que ainda pairam sobre o gestor público e também sobre os entes que se relacionam com o Poder Público. Sabe-se que permitir a utilização de novas ferramentas sem definir previamente e objetivamente os limites e responsabilidades, bem como capacitar os responsáveis por sua aplicação fará com que seu uso seja limitado.

2.3.2. Vantagens para a Administração Pública

Feitas essas considerações, é preciso finalmente ressaltar que a imposição legal a ser seguida pela Administração, qual seja, de recorrer até a última instância em defesa do erário, não tem aplicação absoluta, podendo muitas vezes ser dispensada, em consonância com a legislação competente. O zelo na defesa do interesse público não se materializa pelo ingresso de excesso de recursos. Ao contrário, o valor do bom gestor está, em regra, em firmar acordos mais vantajosos do ponto de vista técnico e financeiro.

Lição relevante traz a Ministra Ellen Grace:

---

[26] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 280-300.

> Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É por isso, o Administrador, mero gestor de coisa pública, não tendo disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse[27].

Em tese, existe a possibilidade de um acordo judicial ser muito vantajoso para a Administração Pública e, feito em bases honestas, representar efetivo ganho econômico. Quanto ao particular, a toda evidência, parece ser de seu interesse a busca de uma solução consensual, já que, à falta desta, corre o risco, por exemplo, de ver sua atividade paralisada de imediato ou sofrer a imediata aplicação de uma penalidade. Assim, depreende-se ser desnecessária a imposição de obrigatoriedade para ele nesse sentido.

Odete Medauar destaca a importância do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea:

> A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação[28].

Relativamente ao acordo judicial, a questão do pagamento por parte da Administração suscita a seguinte questão: firmado um acordo em que a Administração fica encarregada de pagar a determinado gestor, não estaria o órgão privilegiando um credor, violando o art. 100 da Constituição Federal, que determina a execução por precatório?

Outro ponto que merece reflexão é sobre o fato de a legislação pátria, em diversos pontos, conferir à Administração Pública tratamento diferenciado na lide, seja o prazo em dobro ou ainda a alteração unilateral e a rescisão das relações contratuais. Certamente há o tratamento diferenciado. Como haver equidade, impessoalidade e igualdade entre as partes – premissas da arbitragem, mediação e demais formas alternativas de resolução de conflitos – quando os

---

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 253.885/MG– 1. Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 4 de junho de 2002. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 jun. 2002, p. 118, Ement. v. 02074-04, p. 00796.

[28] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 211.

objetos em foco são o patrimônio e interesse públicos?

2.4. Panorama atual

Desde a edição da resolução do CNJ[29] que determinou, em 2010, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, há, atualmente, em quase todos os tribunais do país, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - Cejusc. Nada obstante a mediação ser um instituto relativamente recente no Brasil, já existem algumas experiências de sucesso relacionadas ao tema.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, desde 2002, instituiu o SEMFOR – Serviço de Mediação Forense[30], cujo objetivo é o desenvolvimento de estudos e pesquisas com vistas ao contínuo aprimoramento de técnicas e métodos de mediação adequados à realidade local. Segundo dados da Escola Nacional de Mediação e Conciliação do Ministério da Justiça – Enam, cerca de 2.000 servidores se formaram em cursos de mediação na escola e, em 2013, foram inscritos 2.000 interessados em realizar o primeiro curso a distância[31].

Outra iniciativa interessante na esfera administrativa é um programa lançado em junho de 2008 no âmbito daquele que talvez seja o maior litigante nessa modalidade de conflito: o Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal encarregada da administração de benefícios previdenciários de cunho obrigatório no âmbito do setor privado, bem como de benefícios assistenciais existentes em nível federal.

Trata-se do "Programa de Redução de Demandas Judiciais do INSS",[32] viabilizado por meio de parceria entre a autarquia e a Advocacia-Geral da União, cujo objetivo seria "diminuir em 40% por ano a quantidade de ações contra o instituto", mediante a resolução dos conflitos já na esfera administrativa. Existem, atualmente, no país, diversos núcleos de mediação privada, que oferecem às partes a condução da solução dos conflitos, sem nenhuma vinculação com o Poder Judiciário, utilizada exclusivamente por iniciativa das próprias partes.

---

[29] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, n. 219, 01 dez. 2010.

[30] BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Resolução nº. 02, de 22 de março de 2002. **Diário de Justiça** de 27 de março 2002, Seção 3, fl. 07.

[31] CORDEIRO, Edilene. CNJ, Enam e MJ promovem curso básico de mediação a distância. **Folha de Brasília**, 14 ago 2013 Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60590-cnj-enam-e-mj-promovem-primeiro-curso-basico-de-mediacao-a-distancia >. Acesso em: 10 jul. 2017.

[32] BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Advocacia-Geral da União. Portaria Interministerial AGU/MPS nº 08, de 03 de junho de 2008. Instituí o Programa de Redução de Demandas Judiciais do INSS.

Há várias correntes lideradas pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB que trabalham para que o Ministério da Educação torne obrigatória ou pelo menos incentive as instituições de ensino superior a incluírem a disciplina da mediação nas grades curriculares das faculdades de Direito. Também é possível verificar que algumas faculdades já possuem disciplinas voltadas para a resolução não adversarial de conflitos.

A mediação, como forma de resolução de conflitos institucionalizada no âmbito dos tribunais, é uma realidade e se constitui em um importante passo para o fortalecimento de um sistema de resolução de conflitos no Brasil. No âmbito da Administração Pública, no entanto, muito ainda tem que ser feito. Nas palavras de Paulo Borba Casella:

> [...] seja no aspecto quantitativo, quando se pensa no direito à razoável duração do processo, seja no aspecto qualitativo, quando se pensa na pacificação social que deve ser atingida com a resolução de um conflito, seja ainda no que diz respeito às necessidades de tornar o sistema acessível para todos os titulares de direitos, superando os diferentes obstáculos de ordem econômica e cultural, que impedem a realização do acesso à justiça [33].

Entende-se, dessa forma, que se inaugura um novo momento para a Administração Pública. Nessa esteira, o presente estudo apresentará importantes avanços ocorridos sobre o tema, para o Estado e para o Direito.

Nesse contexto, a mediação surge como um método eficaz de resolução de conflitos, o qual tem sido bastante difundido em vários países e com aplicação cada vez mais crescente no Brasil.

3. A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ADEQUADO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Busca-se, agora, centralizar a questão em apenas um dos meios alternativos, qual seja: a mediação. Isso porque, conforme exposto brevemente, a mediação se diferencia dos demais métodos na medida em que seu intuito não é somente a resolução dos conflitos, mas a retomada do diálogo entre as partes, de maneira que o motivo pelo qual o conflito foi

[33] CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 69.

gerado seja também analisado e superado, dirimindo-se qualquer adversidade ainda existente.

A mediação busca, portanto, o íntimo do conflito, reconhecendo-se como exitosa a mediação até mesmo quando tenha sido concluída sem acordo, desde que tenha estimulado o diálogo entre os participantes. Nas palavras de Ada Pellegrini:

> Tal como manifestamos, o êxito de uma mediação não se mede somente pelo nível do acordo [...], existem meios variáveis que devem ser levedas em conta para afirmar se uma mediação teve ou não sucesso; na maioria dos casos, a circunstância de haver permanecido em uma mediação em comunicação com a outra parte é um princípio de êxito[34].

A Lei nº 13.140/2015, no parágrafo único do art. 1º, conceitua a mediação como:

> [...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia[35].

José Cretella Neto ensina que a mediação tem sua origem nos costumes e foi codificada pelas Convenções de Haia de 29.07.1899 e 18.10.1907; em ato contínuo, explica que a mediação tem o objetivo inicial de colocar as partes "frente a frente", e "o mediador propõe as bases das negociações e intervém durante todo o processo, com o objetivo de conciliar as partes a aproximar seus pontos de vista sem, contudo, impor solução"[36]. A mediação tem ganhado força como um método consensual de resolução de conflitos que evidentemente auxilia na diminuição da litigiosidade entre os pares e possibilita o acesso à justiça à sociedade e resgata a comunicação entre as partes.

O diálogo estabelecido entre os participantes por meio do método recria o direito e o legitima, visto que sua construção se deu por participação e aceitação das partes, portanto, diz-se que há um empoderamento das partes. Nesse aspecto, o acordo será, pleno, porquanto construído com a vontade dos participantes. O mediador, como terceiro alheio à disputa, tem

---

[34] GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**: Brasília Ano II, ed. nº 5 Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2008, p. 22-27.
[35] BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 2015, Art. 1º.
[36] CRETELLA NETTO, José. **Curso de Arbitragem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 75-77.

a missão de facilitar e estimular o diálogo entre os envolvidos, restabelecendo o sistema de contato entre as partes, perdido com o conflito.

Por esses motivos, entende-se que a mediação é o método de solução de conflitos mais apropriado no âmbito administrativo, tanto pelo fato de que o mediador, diferentemente do Juiz, não dá sentença; diferentemente do árbitro, não decide; diferentemente do conciliador, não sugere soluções para o conflito. O papel do mediador é de ouvir e coordenar as discussões em busca da pacificação social; é recomendável em situações em que as partes se relacionam continuamente e assim permanecerão.

A instrumentalização da mediação se dá no âmbito dos conflitos que envolvem a Administração Pública, seja entre seus próprios órgãos ou entre esses e o cidadão ou ainda entre esses e o ente privado. Nessa perspectiva, de estado democrático, a relação entre Estado e sociedade deve ser contínua e presente, sendo claro, portanto, que, mais do que resolver um conflito pontual, utilizar um método que analisa as razões que produziram aquele conflito parece ideal. Outro fator que torna a mediação um tema interessante é que seu uso no Direito Administrativo foi por muito tempo controverso e insignificante, sem aplicação prática, ganhando importância há cerca de dois anos apenas.

A mediação guarda em seu âmago a ideia de um procedimento informal e flexível, no entanto, é imperativo que seja conduzida de forma técnica e estruturada, com regras claras, de modo que haja segurança para as partes.

São características gerais da mediação: a participação do terceiro mediador, a voluntariedade dos participantes, a confidencialidade do procedimento, a informalidade e a decisão pelos participantes.

Outro aspecto relevante é que o método da mediação no Brasil é voluntário, isto é, cabe às partes optar pela resolução de sua controvérsia de modo consensual, podendo, inclusive, abandonar o método em seu curso.

Importante reafirmar que a mediação não busca usurpar o papel do Poder Judiciário; sua atuação é de caráter complementar e auxiliar às vias judiciais. Observa-se que o objetivo superior da mediação é, portanto, ser instrumento de exercício da cidadania.

A seguir, passa-se a analisar as restrições do instituto e em quais situações, no âmbito da Administração Pública, é possível utilizar-se da mediação para resolução de conflitos.

3.1. Restrições ao Uso da Mediação

Em consonância com o item anterior, a mediação revela-se como método ideal para lidar com conflitos complexos e conflitos com relações contínuas, dado seu potencial de lidar com as camadas a eles subjacentes e de trabalhar com múltiplos interesses e necessidades. A mediação não é, contudo, o método adequado para resolver todo e qualquer tipo de conflito.

No tocante à Administração Pública, com relação às condições e práticas do uso da mediação, constata-se que o seu uso em matérias que já estão judicializadas é muito mais aceito do que evitar a judicialização.

O uso da mediação encontra restrições frente a direitos indisponíveis, conforme se verificará em tópico específico, e também nos casos em que houver vedação legal, a exemplo daqueles que importem alienação de bens ou afetação de recursos.

No caso de controvérsias relativas a tributos federais e créditos inscritos na dívida ativa da União, na forma do art. 32 da Lei da Mediação, não caberá a composição do conflito entre particulares e qualquer pessoa jurídica de direito público, bem como celebração de termo de ajustamento de conduta. Também, por previsão legal, não é possível utilizar a mediação em controvérsias jurídicas que se relacionem a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil[37]. Não há explicação para essa restrição que apresente fundamento lógico; repete-se por tradição a vedação.

Também não é possível utilizar a mediação nas ações de improbidade, consoante a regra do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429, de 1992: "É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput". Valem aqui a mesma crítica e até a demonstração de que, em alguns casos, mediante termo de ajustamento de conduta – TAC , o Ministério Público tem, na prática, com ou sem a participação do juiz, resolvido conflitos entre conduta e tipo normativo, compondo a lide.

Entendem alguns doutrinadores pela inviabilidade da mediação também em matérias que envolvem questões controvertidas ou tratam de matérias inéditas, a respeito das

[37] BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 2015. Art. 38.

quais inexistem posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais fartos e dominantes. Nesse diapasão, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes recomenda:

> [...] é temerário, porém, fazer acordo – transigir – quando a questão versa sobre teses inovadoras, sem precedentes jurisprudenciais; assuntos não decididos pela Justiça, com base em mera probabilidade, avaliado por juristas, ainda que especialistas. Assim, para fazer acordo em questão que envolva meramente Direito é recomendável a prévia existência de firme e remansosa jurisprudência contrária ao interesse da Administração, ou quando o Supremo Tribunal Federal - a mais alta Corte de Justiça - tenha se pronunciado conclusiva e inequivocamente sobre a questão[38].

A recomendação dada visa proteger o gestor público, assumindo entendimento mais ortodoxo. No fundo, porém, ressalvado o risco de a mediação nessa circunstância vir a ser censurada pelos órgãos de controle, não há motivo para não haver mediação em tais casos. Logo, em matérias já consolidadas pela jurisprudência dominante, parece mais do que certo se valer da mediação, especialmente naqueles casos em que é certo que a Administração está fadada a ser condenada.

De toda a forma, é sempre necessário, pelo princípio da motivação dos atos, demonstrar a vantagem efetiva de se utilizar a via consensual, tendo por base os princípios da economicidade e da razoabilidade.

Acerca da obrigatoriedade de haver expressa previsão legal, este argumento parece ter sido superado, pois, conforme já verificado, as novas normas legais estimulam o uso dos meios alternativos, inclusive no âmbito extrajudicial, pela Administração Pública[39].

3.2. Possibilidades do Uso da Mediação

Para Batista Júnior, inclusive, que enquadra o acordo para encerrar litígios na esfera administrativa como uma espécie de "contrato administrativo alternativo"[40], não existe necessidade de prévia autorização legislativa para que o administrador público, que detém a competência para atuar em determinada matéria, expedindo atos administrativos em seu mister, opte pela utilização, em substituição ou em preparação ao ato administrativo, de contratos administrativos, sempre que, por esta via, for mais bem assegurada a proteção aos

---

[38] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Acordo judicial e extrajudicial: Proibição ou dever da Administração. **Boletim de Direito Administrativo**, Ano XVI, nº 02, Fevereiro de 2000.
[39] Nota: a exemplo da Lei da Mediação e do NCPC, conforme verificado no item 1.2.
[40] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa.** 5ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2012, p. 115.

diversos interesses públicos em jogo. Ainda, verifica-se a possibilidade de utilização da mediação no processo administrativo disciplinar em que a pequena gravidade da possível infração praticada pelo servidor público recomenda uma solução mais voltada à adequação da conduta do que à punição pura e simples do agente.

É perfeitamente cabível, do mesmo modo, a utilização de meios consensuais para resolução de eventual conflito quanto ao valor do imóvel no procedimento de desapropriação, conforme disciplina da Lei nº 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, que determina o estímulo à resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade[41].

Por fim, na forma da Lei da Mediação, é plenamente plausível e altamente recomendável a utilização da mediação para solucionar conflitos entre a Administração Pública e o particular, sobretudo no que concerne a questões contratuais, tais como o equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares. Cabível, ainda, em conflitos que envolvam cidadão ou ente privado em qualquer processo individual no qual seja exercido o direito de petição, seja para requerer a prática, modificação, anulação ou revogação de um ato, seja para requerer uma indenização por dano decorrente da atuação do Poder Público. Verifica-se, ainda, a possibilidade de se utilizar a mediação em questões que envolvem a prestação de serviços públicos e no âmbito do Direito Ambiental – como já é realidade em diversos países.

A mediação também é aplicável nas situações em que estão envolvidos, em conflito que pode vir a ensejar a atuação fiscalizatória do ente público, usuário e prestador de serviços de natureza privada, como é típico no procedimento administrativo desencadeado nas agências reguladoras a partir das reclamações de usuários.

Os meios consensuais de solução de conflitos podem ser utilizados tanto quando um dos envolvidos no conflito é um ente público e o outro é um particular − como é muito comum ocorrer nos processos de fiscalização e licenciamento − como nos processos envolvendo a reparação de danos decorrentes de lesão a bens de interesse público.

---

[41] BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União que determina o estimulo a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 jul. 2017. Art. 10. inc. V.

Logo, é pertinente concluir que apenas nos casos em que há grande divergência acerca do direito em caso de vedação legal expressa e em questões que envolvam crimes é que não cabe a aplicação dos meios consensuais. De restante, havendo comprovada razoabilidade e economicidade para a Administração Pública, é evidente que não há que se objetar quanto à possibilidade de resolução de tais conflitos pela via da mediação.

O que se evidencia no âmbito dos conflitos que envolvem entes públicos, independentemente do polo que ocupam, é que, se não são resolvidos de forma apropriada, quem perde duplamente, no fim das contas, é a coletividade, seja pelo impacto financeiro do conflito, seja pelo impacto no desempenho das funções públicas cometidas a cada um desses entes, já que, normalmente, são interdependentes.

3.3. Comparativo entre a Mediação e os demais Meios Consensuais de Resolução de Conflitos

Para que se possa ter um panorama acerca da mediação, mostra-se mister contrapô-la aos demais meios alternativos. Apesar de haver diversos meios consensuais de resolução de conflitos, no Brasil, os mais comuns são a arbitragem, a mediação e a conciliação. A seguir, passa-se a analisá-los.

3.3.1. A Mediação e a Arbitragem

A arbitragem é um método heterocompositivo. Isso significa que é um terceiro imparcial que tem autoridade para impor uma solução para as partes em conflito, sendo o que ocorre também com a jurisdição, em que o juiz decide a lide entre as partes; a distinção se assenta no fato de que, na arbitragem, não há intervenção estatal.

Em que pese seu crescente uso e, como meio alternativo, ser também uma forma de aliviar as demandas judiciais, por ter o caráter impositivo da sentença do árbitro, especialmente nos conflitos com a Administração Pública, mostra-se um método complexo e questionável.

Entende-se, assim, porque escolher um árbitro que agregue a capacidade intelectual necessária, a experiência com processo arbitral e a imparcialidade esperada não parece ser algo simples.

Como a mediação proporciona a criação, pelas partes, da solução com a assistência de um mediador, sem impor nada a ninguém, é por certo uma solução mais efetiva e menos questionável.

3.3.2. A Mediação e a Conciliação

A conciliação certamente é o método que guarda maior semelhança com a mediação, pois ambos são norteados por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual. Ambos são métodos autocompositivos, nos quais prevalece a livre manifestação da vontade dos envolvidos.

O Código de Processo Civil, ao tratar do papel do conciliador e mediador, dispõe que:

> Art. 165. [...]
> § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que **não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio,** sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
> § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que **houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam,** pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos[42]. (grifos nossos)

A distinção na redação do legislador se mostra clara: o conciliador sugere soluções, já o mediador auxilia as partes, de modo que as próprias partes possam restabelecer a comunicação. Muitas vezes o conciliador intervém para forçar um acordo, tendo, portanto, uma postura mais ativa. Grande parte da doutrina, inclusive, afirma que uma conciliação sem acordo é uma conciliação fracassada.

Outra distinção é que a conciliação trata o conflito de modo pontual, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade; já na mediação, a preocupação precípua do mediador é verificar o contexto do conflito.

3.4. Análise da Aplicação da Mediação à luz dos Princípios Administrativos e dos Direitos Fundamentais

O regime jurídico administrativo deve ser, necessariamente, analisado à luz dos princípios constitucionais, do Direito Administrativo e dos direitos fundamentais, pois obriga tanto a lei quanto o ato administrativo derivado desta e, portanto, orienta a interpretação de ambos.

---

[42] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

Sugerir, portanto, a aplicação de soluções consensuais envolvendo entes públicos implica, por certo, que essas soluções estejam em consonância com o alicerce do Direito Administrativo em si, no caso, os princípios e direitos fundamentais.

Inicia-se a análise sobre o prisma constitucional do uso da mediação. O preâmbulo da CF/88 assim dispõe:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a **solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL[43].

Verifica-se, portanto, que a própria Carta Maior enfatiza a busca pela solução de controvérsias consensuais, pois são os meios autocompositivos, em especial, a mediação e a conciliação, voltados à maior pacificação social e menor judicialização. Necessário aduzir que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que determina que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", não proíbe o uso dos meios consensuais. Prova disso é que o Novo Código de Processo Civil[44] determina em seu art. 3º:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
> § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Percebe-se, portanto, a legitimidade da busca pela solução consensual dos conflitos, devendo, inclusive, ser estimulada. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

> Mas o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição (direito de ação, com o correspondente direito de defesa), significando também que o processo deve se desenvolver de uma determinada maneira que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, que só pode ser obtida por sua plena participação, implicando o direito de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem sobre o convencimento do juiz. Corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional são todas as garantias do devido processo

[43] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.
[44] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

> legal, que a Constituição brasileira detalha a partir do inc. LIV do art. 5º, realçando-se, dentre elas, o contraditório e a ampla defesa (inc. LV do mesmo artigo)[45].

Desse modo, não há que se falar em afronta ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, na medida em que há uma expansão da função jurisdicional, com o exercício subsidiário da mediação.

A Emenda Constitucional n° 45, de 08.12.2004, inseriu, no âmbito dos direitos fundamentais, dispositivo que assim estatui: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A doutrina entende que "o princípio da duração razoável do processo no rol dos direitos fundamentais é um desdobramento do princípio do direito de ação, definido como garantidor do direito de obter a tutela jurisdicional adequada e efetiva."[46]. Em consonância, portanto, com o entendimento de que o acesso à justiça não é suficiente, devendo este ser tempestivo e adequado.

Certo, portanto, que as vias tradicionais de resolução de conflitos – judicialização – são morosas e não vêm atendendo a este preceito constitucional. Desta feita, ao se utilizar a mediação na resolução do conflito, é evidente que haveria uma diminuição de ações judiciais, consequentemente, contribuindo para a redução do tempo na resolução de causas. Alia-se a esse ponto o fato de que a própria mediação, via de regra, é mais célere que o procedimento judicial.

Já sobre análise do princípio da legalidade, tem-se, no Direito Administrativo atual, uma superação da legalidade estrita. Conforme aduz Odete Medauar[47], o princípio da legalidade não pressupõe que o Estado somente pode realizar atos ou medidas que a lei ordena, pois, se assim o fosse, o significado geral do princípio da legalidade paralisaria a Administração porque seria necessário um comando geral específico para cada ato ou medida editada pela Administração, o que seria inviável. Nesse enfoque, a legalidade a que a Administração está vinculada é aquela que deflui do sistema jurídico do Estado Democrático

---

[45] GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**: Brasília Ano II, ed. nº 5 Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2008, 72.
[46] FUGA, Bruno Augusto Sampaio; SOUZA, Carlos Henrique Ramos de. Duração razoável do processo e influências no aspecto econômico. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 13, no 1112. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/ doutrina/texto.asp?id=2842> Acesso em: 12 jul. 2017.
[47] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 20.ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016, p.144-145.

de direito, constituída a partir de uma interpretação conforme a Constituição. Portanto, não haveria óbice à aplicação da mediação no âmbito da Administração Pública.

Quanto ao princípio da impessoalidade, que determina o dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações e privilégios indevidamente dispensados a particulares no exercício da função administrativa, entende-se que se harmoniza perfeitamente com o método da mediação, na medida em que o acordo firmado deve, por força dos princípios da motivação e da razoabilidade, demonstrar suas vantagens para a Administração. Entender que se poderia estar a dar algum tratamento diferenciado ao utilizar a mediação é entender que aquele que se utiliza de qualquer outro método de resolução de conflito – ainda que judicial, e consegue sucesso na resolução de seu conflito também estaria a ter privilégios. Solução de conflitos, por qualquer meio, não viola a impessoalidade.

Outra questão interessante é que, com fulcro nos princípios da impessoalidade, da segurança jurídica e da unicidade da jurisdição e sob a égide da Lei da Mediação, particularmente no tocante à transação por adesão – que será analisada adiante, deveria a Administração – no caso da federal – por meio da AGU, sempre que detectasse situações semelhantes às já transacionadas no âmbito consensual, propor o acordo. Se a questão já está pacificada, não há razão para que a Administração não cumpra o entendimento favorável ao administrado. Estendendo-se a possibilidade de mediação a casos similares, estar-se-ia efetivando a impessoalidade, na prática.

Além disso, negar um direito que se sabe existente – ou porque a questão não envolve discussões mais profundas ou porque a jurisprudência já assentou entendimento nesse sentido – parece colidir com os princípios inerentes à Administração, quais sejam: eficiência, moralidade, segurança jurídica e isonomia.

O princípio da publicidade ou transparência visa garantir a qualquer interessado o amplo acesso aos atos administrativos. Em um aparente conflito, um dos princípios a que se sujeita a mediação é a confidencialidade. A Lei da Mediação nada dispôs sobre a questão quando uma das partes é a Administração Pública.

No entanto, em uma rápida construção argumentativa, verifica-se que é possível coexistirem os primados de confidencialidade do processo de mediação e de publicidade dos atos administrativos.

Primeiro, porque a Lei de Acesso à Informação de dados referentes ao Poder Público ressalva o sigilo nos casos imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado[48].

Segundo, porque o princípio da publicidade sempre deve ser aplicado em harmonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse diapasão, parece perfeitamente lícito que documentos e diálogos, no âmbito dos processos de mediação, possam ser mantidos em estrita confidencialidade.

Na ausência de confidencialidade e uma vez frustrada a mediação, poderiam ocorrer prejuízos aos participantes, por suas declarações e documentos apresentados, caso constituíssem prova judicial. Por isso, a Lei da Mediação estabelece critérios para confidencialidade. No âmbito do Direito Administrativo, o que deve ser divulgado, obrigatoriamente, é o resultado material da mediação, ou seja, o acordo e as obrigações decorrentes. Havendo questões sensíveis ou fatos que justifiquem o segredo de justiça, não se pode permitir que a publicidade prejudique os objetivos da mediação: resolver a lide de forma neutra, independente e imparcial.

Deve-se garantir, assim, mais do que a publicidade decorrente da formalização do acordo nos autos de processo judicial ou administrativo, mas que seja dada publicidade aos acordos celebrados, mediante publicação de extrato de seu conteúdo em sítios eletrônicos dos órgãos envolvidos e/ou jornais oficiais.

Parece certo, portanto, que a flexibilidade do procedimento consensual da mediação permite atingir o objetivo legal de respeitar o princípio da publicidade e resguardar os trâmites da negociação entre as partes.

Quanto aos princípios da economicidade, da eficiência e da otimização do aparelho estatal, estes preconizam a busca da melhor atuação do gestor público, levando-se em conta a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública.

Nessa seara, optar por métodos consensuais de resolução de conflitos, especialmente em questões já pacificadas, conflitos de menor relevância e questões em que é evidente que o direito está com a outra parte, sem dúvida, é zelar pela coisa pública, bem assim primar pelo tempo, pelo respeito à jurisdição e pelo respeito à parte contrária. Desta feita, insistir em ingressar com ações ou recorrer de decisões judiciais em matérias já

[48] BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: [...].

sedimentadas é entrar em confronto com os princípios da economicidade e da eficiência. A questão do interesse público, por ser algo que por muito tempo apresentou diversas controvérsias, será tratada em tópico próprio.

Tendo tantas vantagens, sendo um instrumento privilegiado na consecução de princípios e direitos fundamentais e, ainda, não havendo óbice à sua aplicação pela Administração Pública – observadas certas premissas, erige-se o dever para a Administração de utilizar e estimular o recurso da mediação. Já tarda o momento da superação da cultura do conflito pela cultura da mediação.

3.5. Indisponibilidade do Interesse Público

Conforme verificado em item anterior, a mediação pode ser utilizada para uma série de conflitos que envolvam a Administração Pública. Há, porém, quem levante dúvidas sobre a possibilidade/adequação de sua utilização em conflitos que versem sobre direitos indisponíveis. Antes de perquirir a questão dos direitos indisponíveis da Administração, faz-se mister ressaltar que, no âmbito de outros direitos indisponíveis, como é o caso dos direitos de exercício afetivo da filiação, da maternidade e da paternidade − envolvidos nos conflitos relativos à guarda de filhos menores −, que são claramente indisponíveis, a mediação vem sendo amplamente utilizada, notadamente em programas de mediação dentro do próprio Judiciário.

A discussão acerca do uso da mediação no âmbito dos direitos indisponíveis há muito se encontra superada nos países onde a mediação de conflitos vem sendo utilizada há mais tempo e em diversas outras áreas de conflito que envolvem direitos indisponíveis, como: saúde, educação e meio ambiente. A premissa de que seria indisponível também o interesse público e que, por evidente, ao gestor público, como gestor da "coisa pública", que pertence, em verdade, à coletividade, ao povo, não caberia realizar quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos que não lhe pertencem individualmente deve ser relativizada. Na concepção de José dos Santos Carvalho Filho:

> [...] os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração. O princípio parte, afinal, da premissa de que todos

> os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade, [49]

Apesar de a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público serem princípios estruturantes do Direito Administrativo, é necessário que sejam interpretados de forma não absoluta. Merece transcrição, nesse sentido, o posicionamento da Ministra Ellen Gracie:

> Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido[50].

No caso do julgado acima, foi realizado acordo por um município com seus funcionários, aos quais havia negado a concessão de vencimentos. Após verificar a ilegalidade da negativa, o município reconheceu o pedido dos autores e em troca estes renunciaram à sucumbência e aos reajustes. No caso, além de anular o ato ilegal praticado, a Administração obteve vantagem econômica.

Outra questão importante é que o fato de um direito ser absolutamente indisponível não implica que nenhum dos aspectos da questão possa ser objeto de acordo, desde que de forma arrazoada e eficiente.

Note a sutil diferença entre dispor de bens e interesses da coletividade e geri-los de forma mais eficiente, com ganhos e perdas que são inerentes à gestão. Há uma confusão na origem dos termos. É evidente que ninguém pode dispor do que não é seu, mas também nenhum gestor pode administrar bem recusando oportunidade de evitar conflitos e, uma vez existentes, recusar-se à composição.

---

[49] FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29-32.

[50] STF - RE: 253885 MG, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 04/06/2002, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796.

Utilizar o interesse público, de forma hermética e ortodoxa, como desculpa, não se atendando para razoabilidade, economicidade e demais princípios da Administração Pública, não é zelar pelo interesse público. Conforme reflete Eduardo Talamini:

> O problema não está na indisponibilidade. Não se contesta que o interesse público, em seu núcleo essencial, é indisponível. A verdadeira questão reside em identificar quando há interesse público no caso concreto – ou até, muitas vezes: "de que lado está" o interesse público O interesse público não coincide necessariamente com as posições concretas defendidas por aqueles que ocupam os cargos públicos. A noção de interesse público não pode ser utilizada como um escudo, um pretexto para a Administração não cumprir os valores fundamentais do ordenamento[51].

É por isso que existem diversos dispositivos legais que autorizam a transação em matéria de proteção ambiental, proteção da concorrência, proteção do consumidor, proteção do mercado de valores mobiliários, proteção da criança e do adolescente, proteção do idoso, serviços de energia elétrica, serviços de transporte rodoviário, supervisão de serviços de saúde e de educação, desapropriação e tantos outros.

Tem-se, pois, que a mediação envolvendo os interesses da Administração é compatível com o interesse público e que disponibilizado não se traduz em renúncia ao interesse público ou submissão às pretensões do administrado. Sobre o tema, o próprio Tribunal de Contas da União entendeu que a transação não pode ser obstada de maneira extremamente rigorosa, ao proceder à orientação seguinte:

> É importante salientar que a indisponibilidade do interesse público não significa a proibição de os entes de direito público realizarem transações, tanto que há o permissivo legal mencionado [Lei nº 9.469/97], e sim vedar a realização de transações desvantajosas, que ofendam os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da economicidade[52].

Não raras vezes, o administrador público se depara com situações em que necessita produzir valorações e estabelecer critérios para justificar suas decisões.

---

[51] ALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público**: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). Academia.edu, 2004. Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais>. Acesso em: 12 jul. 2017.

[52] Processo 011.105/2004-3. Plenário, publicado no DOU em 03/09/2004: Ementa: Consulta formulada pela Advocacia-Geral da União - AGU. Solicitação de análise, pelo Tribunal, de pré-proposta de acordo a ser realizado entre a União e a Federação dos Trabalhadores em Empresas de Difusão Cultural e Artística do Estado do Rio de Janeiro e outros sindicatos para adoção de providências pela consulente. Acordo oriundo de reclamação trabalhista sobre diferenças salariais referentes a plano econômico. Esclarecimentos à consulente. Caso concreto. Negado conhecimento. Arquivamento.

Deveras, a adoção de métodos alternativos para a solução de controvérsias no âmbito do Direito Público obriga o administrador público – investido no exercício da gestão pública – a realizar ponderações entre a legalidade, moralidade, eficiência e proteção da confiança legítima e da boa-fé, à luz do princípio da juridicidade administrativa, visando à consecução do melhor interesse público no caso concreto.

A propósito, interessante é o argumento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

> [...] a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, com um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos[53].

Em outras palavras, a discricionariedade administrativa precisa apresentar-se motivadamente vinculada ao sistema jurídico, sob pena de vício de nulidade do ato administrativo.

Admitida a mediação, deve-se garantir, na medida do possível, a máxima proteção a todos os interesses − públicos e privados − envolvidos, com primazia natural dos primeiros sobre os últimos em caso de conflito insuperável. Nas palavras de Moreira Neto:

> É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse em solucionar o conflito, e retomar a normalidade nas relações com a Administração Pública, se sobrepõe, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público[54].

Logo, se a ordem legal dispõe que alguém tem um direito em face da Administração, não pode ela fazer outra coisa senão o satisfazer, sob pena de ofensa à legalidade, que, por princípio constitucional, tem a obrigação de observar.

A indisponibilidade do interesse público, portanto, não inviabiliza a realização de acordos pela Administração Pública, e o posicionamento dos Tribunais Superiores sinaliza que a adoção de meios alternativos é plenamente compatível com o Direito Público brasileiro.

3.6. Acordo somente após a Judicialização

[53] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 345-346.
[54] Ibid., p.

Durante muito tempo, houve quem questionasse a possibilidade jurídica da celebração de acordos ou transações, por parte do Poder Público, com o propósito de encerrar litígios na esfera judicial.

Os próprios Tribunais de Contas entendiam que o Poder Público somente poderia realizar qualquer pagamento ao particular em razão de ilícito praticado quando já houvesse decisão condenatória definitiva do Poder Judiciário, inviabilizando, assim, a criação de um procedimento administrativo de apuração da prática de ilícitos pelo ente público que levasse ao cumprimento espontâneo das normas jurídicas de responsabilização do Estado.

A existência concomitante de uma série de dúvidas sobre os critérios válidos para celebração de transações e verificação dos agentes públicos competentes para este tipo de decisão, bem assim sobre a natureza e extensão da responsabilidade dos agentes públicos envolvidos na prática de tais atos, aliada a uma cultura jurídico-burocrática que tende a não vislumbrar efeitos jurídicos na omissão de atos administrativos necessários e exigidos pelo ordenamento jurídico, mas apenas nos atos que violem frontalmente regras jurídicas, tradicionalmente fez com que fosse pouco praticada a celebração de acordos em conflitos judiciais ou administrativos em que se vê envolvido o Estado brasileiro, em suas múltiplas facetas.

3.7. Os riscos envolvidos no Processo de Mediação

Nada obstante a mediação ser um método de sucesso, tendo sido disseminado como um modo de levar o acesso à justiça à sociedade e de resgatar canais de comunicação e cidadania e haver, no âmbito internacional, um alto grau de utilização prática, não se pode deixar de enfrentar os argumentos contrários à sua utilização. O primeiro e mais óbvio argumento é o de que, ao permitir o uso dos métodos alternativos, o Estado renuncia a parcela de seu poder: a jurisdição. Conforme já verificado com profundidade no primeiro capítulo, esse argumento não merece prosperar, pois o modo jurisdicional é o mecanismo padrão de resolução.

O segundo é o de que só seria possível aplicar a mediação em situações de equilíbrio entre as partes, visto que a desigualdade de poder tornaria mais difícil o acesso às informações necessárias para se firmar um acordo esclarecido, bem como aumentaria a pressão pelo acordo em uma situação de dificuldade.

Quanto a esse argumento, parece evidente, nessa ocasião, a essencialidade do papel do mediador, que, analisando a situação, dê a abordagem apropriada a cada tipo de conflito. Ou seja, a forma de atuação do mediador deve buscar elidir esse desequilíbrio, já que ele pode afetar a capacidade de participação da parte com menor poder na construção da solução consensual.

O terceiro argumento é o da dificuldade de execução do acordo, que pode ser visto, pelos membros do Poder Judiciário, como não detentor do mesmo valor jurídico.

O que todas essas distintas circunstâncias apresentam em comum é a imperiosa necessidade de construção de uma solução adequada na qual colaborem entes públicos, particulares responsáveis por possível risco ou dano a interesse coletivo e a comunidade afetada.

3.8. Mediação Coletiva de Conflitos relacionados à Prestação de Serviços Públicos e a Transação por Adesão

A Lei da Mediação estabelece:

> Art. 33. [...]
> Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

A mediação coletiva foi incluída no texto da lei mediante emenda aditiva que, na forma de sua justificativa[55], objetivara avançar na seara da mediação com base nos caminhos que vêm sendo trilhados pelo processo coletivo.

Nas palavras do autor da emenda, o procedimento de mediação coletiva apresenta diversas vantagens, entre as quais:

1) solução dos problemas identificados de forma coletiva e célere;

2) participação dos consumidores de serviço público por meio das associações na construção da solução consensual, o que possibilita uma composição que atenda efetivamente os interesses da população, que é a destinatária do serviço público;

[55] TRAD, Fábio. Substitutivo ao Projeto de Lei Nº 7.169, de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1276746.pdf.> Acesso em: 1º jul. 2017.

3) diminuição do número de demandas judiciais; etc.

A mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos representa um estímulo à participação social e fortalece a ideia de sermos consumidores do serviço público e, portanto, podermos exigir seu cumprimento; possibilita ainda a redução do número de demandas judiciais.

Nas mediações de conflitos coletivos − judicializados ou não − envolvendo políticas públicas, deverá ser permitida a participação de todos os potencialmente interessados, entre eles: (i) entes públicos (Poder Executivo ou Legislativo) com competências relativas à matéria envolvida no conflito; (ii) entes privados e grupos sociais diretamente afetados; (iii) Ministério Público; (iv) Defensoria Pública, quando houver interesse de vulneráveis; e (v) entidades representativas do terceiro setor que atuem na matéria afeta ao conflito[56].

A Lei da Mediação também previu a figura da transação por adesão. Observe:

> Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:
> I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou
> II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.
> § 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

Afere-se que a ideia da transação por adesão tem um grande potencial de desjudicialização em demandas repetitivas já pacificadas. Isso significa que pode a Administração Pública, em temas que estão gerando conflitos reiterados, propor a todos os interessados que façam um acordo com o órgão nas condições oferecidas.

A transação por adesão diferencia-se da mediação na medida em que é "por adesão", isto é, à outra parte cabe apenas aceitá-la ou não, mas os parâmetros do acordo não são amplamente negociáveis – diz-se que, no momento da adesão, já estão fechados.

Os requisitos e as condições da transação por adesão devem ser definidos em resolução administrativa própria.

Uma vez definidos os requisitos e as condições da transação por adesão por resolução administrativa própria, o titular do direito reconhecido poderá fazer o pedido de

[56] Enunciado 40 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. 22 e 23 de agosto de 2016 – Brasília – DF.

adesão, bastando juntar a prova de atendimento aos requisitos estabelecidos. A propósito, soa exagerada a exigência da participação do chefe do poder Executivo.

Vale ressaltar que o fato de a Administração Pública propor a transação não interfere no prazo prescricional, que continua correndo normalmente.

Um exemplo interessante para o uso dessa ferramenta são as demandas de servidores sobre algum benefício não concedido. Nesse caso, havendo entendimento sobre a legalidade da concessão do benefício, poderia a AGU formular uma proposta de acordo prevendo, por exemplo, desconto no pagamento à vista. Desse modo, os servidores que aceitassem a transação por adesão não precisariam recorrer ao Poder Judiciário.

Aquele que figurar como parte em ação coletiva poderá aderir à transação por adesão, devendo, para tanto, renunciar ao direito sobre o qual se fundamenta a ação.

Essa inovação, portanto, confere à Advocacia-Geral da União a possibilidade de que, diante de matérias pacificadas e nas condições referidas, apresente uma proposta de acordo padrão, à qual podem aderir todos os titulares do direito reconhecido.

4. REQUISITOS OPERACIONAIS PARA APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme abordado no capítulo anterior, a mediação tem se mostrado como um interessante método de resolução de conflitos, especialmente quando se estão em voga conflitos entre particulares e órgãos públicos. No entanto, muitas dúvidas ainda pairam sobre como tornar esse procedimento exequível.

A seguir, serão analisados o procedimento da mediação envolvendo a Administração Pública e os principais requisitos operacionais para sua execução, de modo a torná-lo um instrumento que facilite e também promova a segurança jurídica daqueles que lidam com o erário.

4.1. Procedimento da Mediação

O procedimento da mediação, na forma da Lei nº 13.140/2015, deve ser orientado pelos seguintes princípios: independência do mediador; imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso;

confidencialidade; boa-fé e decisão informada, além, conforme já verificado, pelos princípios e direitos fundamentais que regem a Administração Pública.

Extrajudicialmente, a mediação ocorre por dois motivos: ou uma das partes tem interesse em sua realização e convida a outra à mediação; ou o contrato já dispunha quanto à obrigatoriedade de se tentar a autocomposição por mediação em caso de conflito.

A Lei da Mediação estabeleceu alguns pressupostos para ocorrência da autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, os quais serão tratados a seguir.

4.1.1. Exigência de Cláusula Contratual

Acerca da cláusula contratual que prevê a mediação, é importante considerar que, por força da Lei da Mediação, não é necessária a previsão de cláusula contratual para que seu uso seja permitido.

No entanto, é altamente recomendável que haja essa cláusula, com vistas a facilitar sua aplicação ou, no caso de órgão que já tiver regulamento, na forma do §1º do art. 22 da Lei da Mediação, basta indicá-lo.

A Lei ainda previu as informações mínimas que devem estar contidas na cláusula de mediação. Observe:

> Art. 22 [...]
> I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;
> II - local da primeira reunião de mediação;
> III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;
> IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação[57].

Perceba que o objetivo dessas informações é tornar o procedimento o mais claro possível, de modo que as partes saibam exatamente como proceder no caso de conflitos.

4.1.2. Vontade das Partes

[57] Art.22. da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

Existindo o interesse na mediação, a parte deverá encaminhar convite à outra para que o conflito possa ser mediado. Nos casos em que não há cláusula contratual, recomenda-se que o próprio convite já indique as informações sobre o local da sessão, o prazo para que esta se realize e ainda a indicação de nomes de possíveis mediadores.

À outra parte é facultado aceitar ou não a mediação. No caso da Administração Pública, recomenda-se que, em ambos os casos, isto é, aceitando ou não submeter o conflito à mediação, deve o agente público, juntamente com a AGU ou órgão correspondente, motivar sua escolha.

4.1.3. Escolha do Mediador

Outro ponto relevante no âmbito da mediação na Administração Pública é a escolha do mediador.

Conforme determinação legal, o processo da mediação só se realizará na presença do mediador – terceiro imparcial – aceito pelos mediados para atuar como facilitador do diálogo.

A atuação do mediador é essencial, pois, como responsável pela condução do procedimento da mediação, deve assegurar a aproximação dos interesses dos participantes, estimular a comunicação entre as partes e analisar as raízes dos conflitos, encorajando as partes a resolver a questão. No âmbito do procedimento, compete ao mediador avaliar a quantidade de audiências necessárias, o tempo de fala de cada uma das partes, a duração da sessão e os próximos passos, bem como zelar pela garantia de direitos fundamentais.

No caso mediação judicial, a Lei nº 13.140/2015 determinou que seja criado um cadastro nacional e também cadastros de cada Tribunal – contendo nomes de mediadores – que deverão manter o registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

Ainda no âmbito judicial, interessante observar que há divergência entre a redação do CPC e da Lei da Mediação, dado o fato de que o CPC permitiu às partes escolher o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação, podendo, inclusive, estar ou não no cadastro do Tribunal.

Por sua vez, a Lei da Mediação impõe o mediador judicial às partes, sendo este designado pelo Tribunal mediante distribuição. A redação do CPC parece ser mais correta.

O mediador, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, equipara-se a servidor público, para os efeitos da legislação penal.

Acerca dos requisitos para atuar como mediador, a Lei nº 13.140/2015 determina que "qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se." [58], nos casos da mediação extrajudicial.

Relevante destacar que, não obstante os requisitos legais, para assegurar uma melhor utilização do instituto da mediação e garantir os interesses daqueles que dele se socorrerem, espera-se de um mediador padrões de conduta éticos.

É importante não confundir a conduta ética com o engessamento do procedimento, pois a flexibilização e autonomia do mediador são essenciais para a negociação e para o sucesso da mediação. Portanto, o que se propõe é o estabelecimento de normas básicas que possibilitem aos órgãos públicos e privados o desenvolvimento de seus procedimentos sem se desviarem da essência do mecanismo da mediação.

Outro ponto a merecer destaque é o de que, dependendo da complexidade do conflito, é possível haver mais de um mediador.

A remuneração devida aos mediadores judiciais será custeada pelas partes, ressalvados os casos em que os litigantes sejam economicamente necessitados, hipótese em que deve ser assegurada a gratuidade da mediação.

No caso da mediação judicial, se o mediador for servidor do Tribunal, deve receber remuneração mensal pelo exercício do cargo. Se o mediador for profissional externo, cadastrado no banco de dados do Tribunal, ele deverá receber por cada trabalho que realizar, com remuneração prevista em tabela fixada pelo Tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo CNJ.

Embora se admita a voluntariedade no exercício da mediação, recomenda-se que, nos conflitos que envolvam a Administração – que eventualmente são complexos, o mediador seja profissional experiente.

No âmbito da mediação extrajudicial, alguns doutrinadores entendem que o custo com os honorários do mediador deve ficar a cargo daquele que teve a iniciativa da mediação, o

[58] Art. 9º da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

que parece conturbado, pois, se apenas uma das partes irá pagá-lo, cria-se fundada suspeição de tratamento não isonômico.

O que se recomenda é que, na própria cláusula de mediação do contrato ou no regulamento do órgão sobre o tema, esteja estipulada a forma pela qual se dará o pagamento dos honorários do mediador.

A confidencialidade do procedimento da mediação, por óbvio, se estende ao mediador. Caso seja cadastrado em algum órgão de classe e quebre o dever de sigilo , poderá responder a processo ético e, nos casos em que haja prejuízos decorrentes da revelação feita, poderá sofrer ação de indenização.

Para que haja profissionais competentes e capacitados para lidar com a mediação de conflitos, especialmente aqueles que envolvam órgãos públicos, recomenda-se que a Administração Pública busque estimular, juntamente com a AGU:

a) a capacitação de mediadores para atuar em conflitos que envolvam a Administração Pública, com a definição de critérios para inclusão e administração de um rol de mediadores aptos a atuar nos conflitos e de diretrizes éticas e forma de supervisão da atuação dos mediadores;
b) a administração da seleção de mediadores em cada caso concreto;
c) a definição de critérios para estipulação do valor e do(s) responsável(is) pela remuneração (ou não) de mediadores em cada caso concreto;
d) a seleção de um rol de especialistas encarregados de opinar em questões técnicas relativas ao conflito e administrar questões relativas à sua remuneração;

Entre esses pontos, sobrelevam em importância a realização de capacitação de mediadores e a institucionalização de sistemas de avaliação do uso da mediação. Trata-se de pontos-chave para a implementação bem-sucedida de um programa como esse, inclusive para mensurar os bons resultados que venham a ser obtidos, verificando se eles correspondem ao investimento realizado em termos de planejamento e dispêndio de recursos financeiros.

Concluída a mediação, o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

4.1.4. Formatação dos Trabalhos

Sob o ponto de vista da formatação dos trabalhos, a mediação é um procedimento estruturado e com fases ou estágios pré-definidos. Usualmente, os processos de mediação iniciam-se com a realização de uma sessão de pré-mediação, em que são explicados os objetivos e os métodos do processo, seguida de sessões individuais com cada um dos lados envolvidos no conflito, alternando-se a seguir com sessões conjuntas.

É altamente recomendável que, da mesma forma que no âmbito judicial, os pontos conflitantes da situação estejam claros. Por isso, sugere-se a fixação dos pontos controvertidos, em primeiro lugar.

Conforme ensina Enia Cecília Briquet, são os seguintes os estágios de uma mediação:

> a) estabelecendo relacionamento com as partes disputantes;
> b) escolhendo uma estratégia para orientar a mediação;
> c) coletando a analisando informações básicas;
> d) projetando um plano detalhado para a mediação;
> e) construindo a confiança e a cooperação;
> f) iniciando a sessão de mediação;
> g) definindo questões e estabelecendo uma agenda;
> h) revelando os interesses ocultos das partes disputantes;
> i) gerando opções para o acordo;
> j) avaliando as opções para o acordo;
> l) barganha final, consistente nos últimos movimentos para alcançar o acordo; e
> m) atingindo o acordo formal[59].

Apesar de pré-definido, uma das características do procedimento é a informalidade, que permite a criação de um espaço democrático de interlocução entre sujeitos. A linguagem do mediador deverá adequar-se à realidade social dos envolvidos para que estes se sintam confortáveis à propositura de ideias e eventuais indagações.

Além disso, o procedimento é flexível: as sessões de mediação se seguirão conforme cada conflito e, no âmbito extrajudicial, não serão regidas por qualquer prazo. Não há procedimento rígido com regras pré-estabelecidas.

Em que pese o aspecto informal do procedimento, não há que se falar em sua ausência. Ressalte-se que este será adaptado às peculiaridades de cada caso concreto, mas seguirá uma regra geral de atos. O procedimento regular-se-á por critérios de razoabilidade, desde a duração das sessões ao tramitar do processo.

---

[59] BRIQUET, Enia Cecília. **Manual da Mediação, teoria e prática na formação do mediador**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016, p.200-201.

Todos os atos praticados durante a mediação estão protegidos sob o manto da confidencialidade. A exceção fica a cargo da disposição expressa das partes, de sua divulgação ser exigida por lei ou quando for necessária sua divulgação para o cumprimento do avençado.

Acerca da duração do procedimento da mediação, estabelece o CPC que, no âmbito judicial, deve ser de dois meses, ao passo que, no âmbito extrajudicial, não há prazo para que se encontre a solução para o conflito ou mesmo para que se chegue à conclusão de que a mediação não será possível.

Mostra-se necessário, portanto, que cada órgão regulamente a sistematização da mediação de acordo com suas peculiaridades. Nesse propósito, cumpre aos órgãos estabelecer critérios e diretrizes para sua condução, mas que não busquem engessá-lo e sim parametrizá-lo, ou seja, servir como "guia" para a resolução dos conflitos e assim amenizar os riscos de subjetividades, perseguições, arbitrariedades ou favorecimentos por parte da Administração.

4.1.5. Acompanhamento da Mediação por Advogado

Regra geral, não há obrigatoriedade de acompanhamento das partes por advogado. No entanto, como nos conflitos que envolvem a Administração Pública Federal haverá representante da AGU, subentende-se que a outra parte também deva estar na presença de advogado, uma vez que, quando uma das partes opta por estar assistida, será necessário que a outra também esteja, sendo conferido o tratamento isonômico às partes.

4.1.6. Termo de Encerramento da Mediação

A mediação pode ou não resultar em acordo. Na hipótese de se atingir o acordo, o termo de encerramento da mediação será considerado, para todos os fins, título executivo extrajudicial ou judicial, caso seja homologado judicialmente.

Recomenda-se que o termo contenha todos os pontos que envolvam ações futuras e que lhe seja dada publicidade, da mesma forma em que são publicados os contratos firmados no âmbito da Administração Pública.

A ideia de sucesso ou insucesso da mediação nada tem a ver com o acordo, devendo ser avaliado o avanço em relação às partes e ao conflito.

4.2. Responsabilidade do Agente Público

Como já verificado, a mediação na Administração Pública pode partir tanto da própria Administração quanto daquele que com ela está em conflito. Ao agente público incumbe a responsabilidade de analisar a possibilidade de acionamento dos meios consensuais. As normas atuais pouco dispõem sobre a atuação do agente público no âmbito dos conflitos autocompositivos. O que se recomenda é que os próprios órgãos disciplinem a matéria internamente, de modo a facilitar a sua aplicação.

O que parece certo, no entanto, quanto aos agentes públicos responsáveis por participar do procedimento da mediação, é que estes devem se valer dos mesmos princípios e obrigações de que se valem na edição de qualquer outro ato administrativo discricionário, isto é, como responsável por salvaguardar os interesses públicos, cabe ao agente público, com auxílio da AGU ou órgão correspondente, analisar as vantagens da resolução alternativa para a Administração Pública, especialmente considerando fatores como isonomia, motivação, eficiência e economicidade.

Importante destacar que a composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

A Lei da Mediação, em seu art. 40, assertivamente previu que os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro ou para tal concorrerem.

Com essa delimitação de responsabilidade, espera-se que o agente público possa ter maior segurança para utilizar a mediação.

4.3. O Papel da Advocacia-Geral da União

A Advocacia-Geral da União – AGU − é a instituição que, nos termos do art. 131 da Constituição:

> [...] diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A Lei de Mediação conferiu à Advocacia-Geral da União a responsabilidade pelas mediações no âmbito da Administração Pública Federal. É a Advocacia Pública que tem a

prerrogativa e a responsabilidade de proceder ao controle da juridicidade dos atos quando da sua atuação, tanto no âmbito consultivo como no contencioso. Nos conflitos entre os órgãos da própria União, inclusive, conforme se verificará em tópico posterior, foi conferido à AGU o papel de mediadora.

No âmbito das mediações coletivas, conforme já verificado no item 3.8, cabe à AGU ou órgão equiparado no âmbito dos estados, DF e municípios instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento para mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

No âmbito das transações por adesão, cabe à AGU autorizá-la, com base em jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou emitir parecer aprovado pelo Presidente da República nas controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações.

Acerca do papel da AGU nas mediações, interessante transcrever a declaração do Ministro José Antônio Dias Toffoli:

> [...] à necessidade de a Advocacia Pública orientar a atividade administrativa, conformando-a ao Direito, de modo a prevenir litígios desnecessários e, quanto tal for possível, de por a termo demandas que se demonstram virtualmente perdidas, a par da jurisprudência consolidada nos Tribunais brasileiros. Essa postura é absolutamente indispensável a que se assegure ao cidadão um acesso adequado à justiça (comunicação verbal)[60].

Veja, portanto, que à AGU foi atribuído o importante papel de verificar e prevenir a instauração de litígios potencialmente já perdidos para o poder público. De igual modo, em âmbito judicial, deve buscar reverter os efeitos do ato impugnado pelo postulante, sempre que verificar que a pretensão administrativa encerra equívoco na aplicação do Direito.

Nesse diapasão, também é papel da AGU quando, havendo conflito sobre o qual constem diversos julgados reiterados ou de precedente já firmado, editar súmulas ou propor acordos e transações por adesão.

Dessa forma, sempre que for possível apurar que a Administração praticou ato ilegal em relação a um administrado, deve a AGU propor acordo com o propósito de evitar uma condenação futura do ente público e, na forma do conceito da transação por adesão, analisar se existem outros administrados em situação semelhante e aplicar a estes idêntica solução.

---

[60]Ministro José Antônio Dias Toffoli. Poder Judiciário e Arbitragem: diálogo necessário". Supremo Tribunal Federal (STF), 2011.

Nos acordos na esfera judicial, a AGU não atua sozinha, devendo submeter ao magistrado a homologação do acordo.

No âmbito dos acordos extrajudiciais, o papel da AGU é de avaliar a atuação do agente público e auxiliá-lo no caso concreto, avaliando as vantagens e os prejuízos reais e potenciais para a função pública e para a sociedade como um todo, de modo a decidir ou não pelo acordo.

Assim, a AGU é quem possui melhor autoridade intelectiva para promover a correta aplicação do Direito ao caso concreto, no âmbito da Administração Pública. Nos casos em que a AGU atua como mediadora de conflitos entre órgãos públicos, alguns requisitos são fixados:

a) o procedimento a ser seguido deverá ser fixado por ato administrativo normativo[61], e

b) se não houver acordo em relação à controvérsia jurídica, a solução será por arbitramento do Advogado-Geral da União, que neste caso só poderá decidir com fundamento na legislação afeta[62];

Conforme dicção de seu art. 32, a Lei da Mediação determina ainda que a "[...] União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública [...]".

Ainda conforme o art. 32 da referida lei, relativamente às competências dessas câmaras:

> Art. 32...
> I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público e
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.
> ...
> § 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a (sic) autorização do Poder Legislativo.

Deve-se priorizar a todo custo a via da autocomposição. Nas palavras de Paulo Vaz:

> Caberá às câmaras a definição das políticas conciliatórias no âmbito de suas esferas de atuação, criando condições para que matérias já pacificadas e demandas repetitivas possam ser objeto de mediação e conciliação, prevenindo e reduzindo o número de

[61] Art. 36 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.
[62] Art. 36, § 1º da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

> demandas que chegam ao Poder Judiciário, inclusive por meio de conciliações e mediações coletivas [...]
>
> Incumbirá as câmaras, inclusive, definir matérias e critérios quantitativos e qualitativos para propostas a serem encaminhadas, no sentido da padronização dos acordos, criando paradigmas seguros para a atuação dos Procuradores Públicos, hoje sem muita orientação e submetidos ao voluntarismo. Está a novel disciplina na tendência que auspicia um "Direito Administrativo dúctil" (Zagrebelski e Masucci), que supera a contraposição tradicional entre Administração Pública/cidadão e se inspira no diálogo.[63]

O acordo realizado perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF – órgão integrante da Advocacia-Geral da União – constitui título executivo extrajudicial e, caso homologado judicialmente, título executivo judicial.

Certo, portanto, que, em conflitos em que é grande a probabilidade de derrota, caberá as Câmaras verificarem e proporem o acordo. Sobre as alegações de que a Administração Pública estaria impedida de reconhecer a conduta ilegal e propor a resolução por via consensual, sem que seja necessária intervenção judicial, a rigor, além de inexistir tal proibição, a Administração está a tanto obrigada.

A esse respeito, o próprio Supremo Tribunal Federal já consagrou, por meio das Súmulas nºs 346 e 473, a possibilidade de a Administração anular seus próprios atos, quando eivados de nulidade, bem como de revogá-los, quando se revelarem inoportunos ou inconvenientes.

Muito embora entenda-se desnecessário tornar legal essa conduta, pois, à luz dos princípios básicos que regem a Administração Pública, sobremaneira o princípio da legalidade, o princípio da moralidade e da eficiência, optar pela via consensual na resolução de conflitos e propor acordos quando se está em conflito em que notoriamente a Administração está errada já seria obrigação do ente público.

4.4. Conflitos entre Órgãos Públicos

Na esfera administrativa, existem conflitos de ordem jurídica entre órgãos públicos. Tais conflitos, se não forem bem gerenciados, podem levar facilmente à paralisação de processos decisórios em razão do surgimento de impasses nessa esfera. Há ainda a chance de

[63] Lei de mediação e conciliação tem pontos positivos e algumas falhashttp://www.conjur.com.br/2015-jul-03/paul-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhasRevista Consultor Jurídico, 3 de julho de 2015, 7h19

judicialização, gerando perda de eficiência tanto pela demora em se encontrar uma solução quanto pelo emprego de recursos públicos escassos em gastos com o litígio.

No âmbito federal, desde a edição da Lei Complementar nº 73/1993, foi atribuída à Advocacia-Geral da União a função de dirimir e prevenir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal. A Lei da Mediação também reforçou essa competência[64].

A regulamentação do procedimento no âmbito da AGU se materializou por meio da Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, que determinou a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal − CCAF. Interessante observar que a Câmara entende como sinônimos os procedimentos de conciliação e mediação.

Em janeiro de 2010, a Procuradora-Geral da União deu um importante passo em favor dos meios consensuais de resolução de conflitos ao editar a Portaria nº 1, de 8 de janeiro de 2010[65]. A norma assim dispôs:

> Estabelecida controvérsia de natureza jurídica, envolvendo Administração Pública Federal, e entre essa e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o órgão da Procuradoria-Geral da União, no âmbito de sua atuação, **deve encaminhar à Procuradoria-Geral da União consulta sobre o cabimento de procedimentos conciliatório**, para posterior envio ao Consultor-Geral da União. (grifos nossos)

Isto é, primeiro deve-se exaurir a via conciliatória para somente após valer-se da judicialização. Se não houver a possibilidade de acordo, a propositura de ação judicial deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União nos casos em que figurem concomitantemente, nos polos ativo e passivo, órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal[66].

Na forma do §2º do art. 36 da Lei da Mediação:

> Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

---

[64] BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. [...] Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

[65] BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Procuradora-Geral da União. Portaria nº 1, de 8 de janeiro de 2010. Dispõe sobre o procedimento para a atuação da Procuradoria-Geral da União no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Art. 2º.

[66] Na forma do art.39 da Lei da Mediação.

O que é evidente, quando se fala em conflitos que envolvem entes públicos em ambos os polos, é que, ao judicializar a questão, quem perde duplamente, no fim das contas, é a coletividade. Seja pelo impacto financeiro do conflito, seja pelo impacto no desempenho das funções públicas cometidas a cada um deles, já que, normalmente, são interdependentes. Portanto, buscar vias mais céleres e menos onerosas, especialmente nesses casos, é primar pelo respeito à dignidade do cidadão, evitar a dispersão de esforços e consagrar a convergência de vetores em prol do interesse público primário.

4.5. Agências Reguladoras

No âmbito das agências reguladoras, é ainda mais comum a previsão de meios consensuais para solução de conflitos entre usuários e concessionárias prestadoras de serviços, bem como envolvendo concessionárias entre si. Como disserta Onofre Alves Batista Júnior:

> [...] as agências reguladoras costumam ser autorizadas por lei a dirimir tanto controvérsias nas quais o poder concedente é parte[...] quanto as que se instaurem entre dois ou mais particulares, sejam concessionários ou empresas do setor, seja entre essas empresas e seus usuários[67].

Trata-se de uma função destinada à própria tutela dos destinatários do serviço público. O CNJ foi incumbido da realização de gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas[68]. O que se verifica, no entanto, é que a resolução de conflitos no âmbito das Agências tem se mostrado extremamente tímida, bastando verificar que a ANATEL e a ANAC são recordistas em reclamações de usuários dos serviços por elas regulados e fiscalizados. Apesar da presença de sistema de recebimento de reclamações de usuários nas agências reguladoras, percebe-se que esse meio não tem sido efetivo, já que as demandas só aumentam.

Nesse diapasão, parece mais do que recomendável que as agências busquem o sistema de solução consensual e que normatizem o tema, de forma que se utilizem da mediação, inclusive, para se evitar novos conflitos. Sempre que a agência reguladora verificar que se trata

---

[67] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 5ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2012.

[68] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário da Justiça do **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, n. 219, 01 dez. 2010. Art 6º.

de conflito repetitivo ou ainda que não se trata de conflito passível de gerar reclamação individual de usuário, quando a solução que venha a ser adotada possa afetar toda a categoria de usuários dos serviços, poderá utilizar a transação por adesão.

Um exemplo de sistema que privilegia a utilização de meios consensuais para solucionar conflitos envolvendo tanto agentes prestadores entre si quanto estes e usuários de serviços públicos regulados no âmbito estadual é o existente na Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS)[69].

A agência possui norma regulamentar que estabelece procedimentos para a mediação de controvérsias havidas entre usuários, poder concedente e delegatários de serviços públicos sob regulação daquela agência. Não havendo uma solução consensual, o próprio Conselho Superior arbitrará o conflito.

A agência apresentou surpreendentes índices de sucesso nas mediações realizadas em 2008, 2009 e 2010:

> De acordo com os números apurados, de um total de 1092 reclamações encerradas no ano de 2008, apenas 4 (quatro) delas não foram solucionadas no âmbito da Ouvidoria dentro do prazo médio de 30 dias, ensejando a abertura de processos administrativos. No ano de 2009, de um total de 1041 reclamações concluídas dentro de um prazo médio de 25 dias, apenas 1 (uma) delas não foi solucionada na Ouvidoria. Por fim, no ano de 2010, de um total de 1131 reclamações, somente 4 (quatro) processos foram abertos, diminuindo ainda mais o tempo médio de conclusão das solicitações para 19 dias[70].

Os responsáveis atribuem o sucesso não só à metodologia de mediação empregada, mas também à capacitação da equipe mediadora, à boa vontade da concessionária e à confiança demonstrada na agência por parte dos reclamantes. Percebe-se, dessa forma, que a mediação tem uma missão fundamental na atividade reguladora. Ademais, a possibilidade de utilização de meios conciliatórios é recomendável no seio das agências regulatórias da mesma forma que o é para todos os órgãos integrantes da Administração Pública.

O destaque que merece o tema em relação às agências é porque, pela natureza e função desses órgãos, colocam-se de permeio entre prestador de serviço público e respectivos usuários, sendo inerente o litígio. Tais instituições ainda não se aperceberam desse fato.

---

[69] Regula os setores de energia elétrica, saneamento, irrigação, portos e hidrovias, polos rodoviários, estações rodoviárias e transporte de passageiros naquele Estado,

[70] Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul Agergs. Marco Regulatório nº 14. **Revista da AGERG**. Disponível em: <http://www.agergs.rs.gov.br/upload/publicacao22.pdf> Acesso em 7 jul. 2017.

4.6. Prescrição

O art. 34 da Lei n.º 13.140/2015 estabelece que:

> Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.
> § 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.
> § 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

A norma aplicou ao procedimento administrativo as mesmas regras da reclamação administrativa[71]. Ora, se a reclamação por si só já suspenderia a prescrição, com muito mais razão a instauração de um procedimento administrativo também deve produzir o mesmo efeito. Percebe-se que só se considerará instaurado o procedimento, na forma do §1º, quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, em que o prazo se iniciaria a partir da formalização do pedido de resolução consensual do conflito. O § 2º excepciona a regra para a suspensão da prescrição em matéria tributária, caso em que prevalecerá a disciplina do Código Tributário Nacional.

Na forma do decreto que regulamenta a prescrição quinquenal, o prazo para se ajuizar ação contra Administração Pública prescreve em cinco anos[72]. Na forma da lei[73], adota-se como termo inicial do prazo prescricional a data em que se configurar a lesão ou aquela em que o legitimado para agir tiver conhecimento de quem seja o responsável, prevalecendo o fato que ocorrer por último.

O segundo dispositivo de grande relevância acerca da prescrição na Lei da Mediação é o § 6º do art. 35, que dispõe o seguinte:

> Art. 35 ...
> ...
> § 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

---

[71] BRASIL. Decreto n.º 20.910/32. Art. 4º.
[72] BRASIL. Decreto n.º 20.910/32. Art. 1º.
[73] BRASIL. Lei n.º 13.140/2015. Art 1º.

Isso significa que, se a Administração Pública propuser o acordo, nada interferirá no prazo prescricional, que continua correndo normalmente.

Esses dispositivos também são de grande importância para que não haja outras demandas judiciais sem motivo, pois, em sua ausência, poder-se-ia demandar a instauração de uma demanda judicial apenas para que não houvesse a prescrição do direito.

Dessa forma, caso a mediação não tenha sucesso, não haverá prejuízo à parte interessada, e o prazo se reiniciará para que possa propor a demanda dentro do prazo prescricional.

4.7. Acordos e a Regra dos Precatórios no âmbito da Administração Pública

Outra situação controvertida é a possibilidade ou não de a Administração Pública, em decorrência de acordo, realizar pagamento sem a necessidade de precatório.

A doutrina diverge sobre o tema; os que defendem que não há essa possiblidade entendem que haveria uma burla ao sistema de pagamento previsto na Constituição. Utilizam-se de embasamento do *mandamus* constitucional. Vejamos:

> 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)[74]. (grifos nossos)

Ademais, entendem que a referida prática violaria os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.

Já os que entendem pela possibilidade de se realizar pagamento decorrente de acordo sem a necessidade de inclusão em precatórios se dividem em dois grupos: os que entendem que a norma se refere apenas aos pagamentos decorrentes de sentença judicial estrito senso e os que entendem que o supracitado artigo não estabeleceu critérios objetivos para realização de acordos em precatórios. Afirma o Conselheiro do CNJ José Lucio Munhoz:

> Assim, se os ajustes forem feitos pelo juízo conciliatório, com observância da parcela destinada aos acordos, leilões ou para precatórios não quitados (apenas 50% da verba

[74] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 100.

> destinada aos precatórios), não haverá preterição da ordem, respeitadas as preferências, e, portanto, não há falar em responsabilização do Presidente do Tribunal, eis que consubstanciado na parcela permitida legalmente.[75]

A resposta à consulta foi precisa ao estabelecer que o que for inferior aos 50% pode ser usado para o pagamento por meio do leilão; à vista; em ordem crescente de valor e por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, respeitada a ordem de pagamento.

Essa segunda corrente, na posição de Rafael Carvalho Rezende:

> [...] está em linha com a tendência do Direito Administrativo contemporâneo de valorizar a consensualidade das atividades administrativas e de estimular os métodos alternativos de resolução de conflitos e, de certa forma, criar condições mais atraentes para o investimento privado na área pública[76].

O que parece ser um requisito razoável, entretanto, é a necessidade de que o órgão público possua dotação orçamentária disponível para o exercício financeiro em que deva ocorrer o pagamento; ao estabelecer o acordo, deve-se honrá-lo. Do contrário, caberá à parte vencedora executar o acordo, considerado título executivo perante o órgão jurisdicional competente.

Exigir que o cumprimento dos acordos seja judicializado, portanto, parece ir de encontro com a finalidade do método da mediação e de outros métodos de resolução alternativa de conflitos, podendo, inclusive, desestimular a utilização desse meio alternativo.

Sugere-se, na forma da resposta à consulta ao CNJ, que o próprio órgão público estabeleça, por meio de normativo interno, os critérios e procedimentos para pagamento dos acordos.

4.8. Apreciação Judicial do Acordo

Outro ponto que merece ser analisado é sobre a admissibilidade da exclusão de apreciação jurisdicional posterior quanto ao mérito, em caso de celebração de transação na esfera administrativa. Isso porque é entendimento já pacificado de que, quando existem vícios

---

[75] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Procedimento de Controle Administrativo N.° 0001138-12.2012.2.00.0000. Processo:0001138-12.2012.2.00.0000. Relator: JOSÉ LUCIO MUNHOZ- CONSELHEIRO. Julgamento em: 30 de julho de 2012.

[76] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 5. ed., São Paulo: Método, 2017, item 3.2.10.

capazes de gerar a nulidade do acordo, seja sob o aspecto formal ou material, é cabível a possibilidade de apreciação jurisdicional.

O que se busca analisar é a parcela transacionável do conflito. Nesse diapasão, relata Batista Júnior:

> [...] questão já provocou acirrados debates na jurisprudência alemã e espanhola. Entretanto, a tese da irrenunciabilidade de acesso ao Judiciário em transações administrativas não prosperou, pelo fato de que a assunção contratual de obrigação ou limitação a direito, embora seja limitação à liberdade, é, antes de mais nada, forma de exercício da dita liberdade[77].

No tocante especificamente à mediação, o assunto ainda não foi objeto de análise. No entanto, questão muito similar, referente à revisão de mérito de sentença arbitral, foi apreciada pelo STJ, tendo essa Corte se pronunciado favoravelmente à impossibilidade de reexame pelo Poder Judiciário. Observe:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE E IGUALDADE ENTRE AS PARTES. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL LOCAL NO SENTIDO DE QUE PRETENDE A PARTE A REVISÃO DA SENTENÇA ARBITRAL. REEXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. CONCLUSÕES FÁTICAS DO TRIBUNAL. REVER O QUADRO FÁTICO TRAÇADO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. É vedado em recurso especial o reexame das circunstâncias fáticas da causa, ante o disposto no enunciado n. 7 da Súmula do STJ: "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial." 2. No caso, atacar a conclusão da Corte de origem e analisar o pedido de anulação da sentença arbitral, já assentado pelo Tribunal como impossível juridicamente, pois pretendia a recorrente a reavaliação das provas do processo arbitral e não a legalidade dos atos praticados pelo juízo de arbitragem, não é possível neste caso. Isso porque, para rebater a conclusão a que chegou o Juízo local seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é obstado em recurso especial. 3. Agravo regimental a que se nega provimento[78].

Certo, portanto, que se possa dar a mesma interpretação ao método da mediação e aos demais acordos: ressalvada a violação de norma de ordem pública, é insuscetível de reexame jurisdicional posterior.

Entendimento contrário tornaria o uso das soluções alternativas, na maioria das vezes, inócuo.

---

[77] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 5ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2012, p. 522.

[78] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 581519. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Processo SC 2014/0238797-6. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação no DJe 04/12/2014 Julgamento20 de Novembro de 2014.

4.9. A Função do Controle Externo exercido pelo Tribunal de Contas

Interessante trazer também algumas reflexões sobre o papel dos Tribunais de Contas – TC − no âmbito dos conflitos com a Administração Pública.

Primeiramente, tem-se que a Lei da Mediação previu a possibilidade de que, até em processos em trâmite nos TC, seja possível a mediação, no entanto, deve ser autorizada pelo Ministro ou Conselheiro[79].

Nos casos em que a matéria objeto do litígio estiver sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do TCU, a mediação dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Segundo, com relação à figura dos Tribunais de Contas como incentivadoras dos meios de resoluções alternativas de conflitos, é possível verificar que as Cortes de Contas já esboçam alternativas consensuais de construção de soluções, a exemplo dos "termos de ajuste de gestão", a fim de que o gestor público "regularize as pendências administrativas em certo tempo e sob certas condições, como medida suspensiva das modalidades sancionatórias postas à disposição das Cortes de Contas" [80]e do "Termo de Compromisso de Gestão", que consiste em um instrumento de controle consensual, celebrado entre a autoridade máxima do órgão auditado e a Controladoria, estabelecendo prazos e responsabilidades para o cumprimento das obrigações determinadas pelo órgão.

Há quem defenda, ainda, que esses tribunais exerçam também o papel de solucionar conflitos entre órgãos públicos.

No entendimento de Carlos Wellington[81], os órgãos de controle externo, no âmbito federal, portanto, o Tribunal de Contas da União, poderia atuar como mediador, harmonizando e assegurando o cumprimento das políticas públicas conduzidas por órgãos e entidades singulares.

---

[79] Art. 36 [...] §4º. Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

[80] COSTA Antônio França. **Termo de ajustamento de gestão: busca consensual de acerto na gestão pública.** Revista TCEMG jul.|ago.|set. 2014 DOUTRINA**.** Disponível em: http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2824.pdf Acesso em 10 jul. 2017.

[81] Controle externo e técnicas de mediação: a busca de soluções com foco no interesse público. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/699/759 p.45-54. > Acesso em 7 jul. 2017.

Essa tese parte do pressuposto de que ao Tribunal de Contas compete fiscalizar a boa gestão dos recursos públicos, zelando pelo interesse coletivo e que, ressalvados os acasos de efetivos desvios e desfalques ao erário, a função do Tribunal poderia, facilmente, na interpretação do autor, ser a de mediador entre público e privado na busca pela preservação do interesse público, mas ao mesmo tempo, do justo pagamento pelos serviços prestados, por exemplo.

Em entendimento contrário, verifica-se que a função do controle externo, atualmente, está muito distante do papel de um mediador nos conflitos que envolvem particular e Administração Pública, afora a própria função constitucional do TCU de órgão de assessoramento ao Legislativo como fiscalizador, algo que difere completamente do papel do mediador.

Parece certo, portanto, que quem tem o papel de controlar não pode mediar, no entanto, a exemplo dos termos supramencionados, sugere-se que o próprio controle externo também seja incumbido de propor o encaminhamento do processo à mediação, mas não de ser o mediador.

4.10. Considerações finais

Mesmo com o advento do Novo Código de Processo Civil, que dispôs sobre o papel dos juízes e aplicadores do direito para estimular o uso dos métodos consensuais de resolução de conflitos, percebe-se que a falta de tradição na aplicação e as dificuldades frente ao novo ainda distanciam muito o seu uso.

Buscando formas de mudar essa tradição, existe a ideia de tornar obrigatória a tentativa de acordo entre os órgãos públicos – ainda que não se conseguisse o acordo ou a solução do conflito, mas, ao menos, iniciar-se-ia um diálogo. Nessa linha, a obrigatoriedade de se buscar a mediação partiria do próprio órgão público, esteja ele no polo ativo, esteja no polo passivo. Os que defendem essa interpretação argumentam que:

> Sendo essa a interpretação mais alinhada com o princípio do acesso à justiça, com o princípio democrático e o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, a única interpretação conforme à Constituição do dispositivo em vigor é a que preconiza esta obrigatoriedade ou, no mínimo, a necessidade de motivação da não instauração da negociação.
> Quando no polo passivo, ainda com maior razão, imperativa se demonstra a necessidade de instauração da negociação, já que, muitas vezes (exceto quando se tratar de ação civil pública ajuizada por associação), teremos dois órgãos públicos em

> conflito, de modo que aquele que está no polo passivo tem o dever de colaborar para o alcance de uma solução adequada o mais rápido possível[82].

Os que entendem em sentido contrário argumentam que tornar obrigatórias formas alternativas de resolução de conflitos fere a competência do Judiciário e a própria essência dos meios consensuais: a vontade de ambas as partes. Esse argumento parece, por certo, superado, na medida em que o próprio CPC determina que os métodos consensuais devem ser utilizados sempre que possíveis, inclusive no curso do processo judicial[83].

Enia Cecília Briquet[84] apresenta, como uma interessante estratégia, tornar o uso da mediação obrigatório até que se difunda no Direito Administrativo brasileiro e, após sua difusão, torná-lo voluntário.

Em todos os pontos de dúvidas acerca de como tornar factível o uso da mediação no âmbito das relações com a Administração Pública, percebe-se que regulamentar, procedimentalizar e tornar claras as regras e diretrizes é o melhor caminho.

Desde a recepção do conflito na esfera administrativa, a sua análise aprofundada, agregada ao estímulo a favor da comunicação e resolução entre as próprias partes com o auxílio do mediador, denota que a mediação é o caminho para fortalecer a segurança jurídica, a eficiência, a comunicação e a busca por uma sociedade justa, em que o Estado não usa de seu papel hierárquico para se valer de direitos que não são seus. Como visto, interesse público é também admitir os casos em que o Estado erra e buscar meios de recompor a situação, em prol da legalidade.

5. CONCLUSÃO

Verificou-se que a utilização dos meios consensuais de solução de conflitos vem ganhando espaço no direito brasileiro, especialmente com o advento do novo Código de Processo Civil e a edição da Lei da Mediação, ambos em 2015.

Percebe-se que essa crescente busca por meios alternativos se dá por uma série de fatores não só jurídicos, mas também econômicos e históricos. Nesse diapasão, os meios alternativos não buscam usurpar o papel do Judiciário, mas auxiliá-lo.

---

[82] BRIQUET, Enia Cecília. **Manual da Mediação, teoria e prática na formação do mediador**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016, p.227.
[83] NCPC Art. 1º, §3º.
[84] BRIQUET, op. cit., p.229.

A mediação como um dos instrumentos para a resolução alternativa de conflitos tem em sua essência a busca pelo tratamento dos conflitos e a restauração da comunicação entre seus participantes.

No âmbito internacional, a mediação ocupa importante espaço, passando a fazer parte de várias cenas sociais, pois o método promove a emancipação social por meio do empoderamento do indivíduo. Constata-se que o crescimento da mediação como método de resolução não adversarial de conflitos tem relação direta com as vantagens da sua utilização, quando comparado às formas convencionais de solução de lides.

Entre os aspectos positivos da mediação, pode-se destacar o menor tempo na solução da lide em comparação com o que ocorre no âmbito judiciário ou administrativo; o baixo custo também se evidencia quando comparado às formas tradicionais de resolução de conflitos, já que na mediação não há despesas com honorários de advogado e custas processuais.

A mediação não busca somente a extinção da lide. Para que haja a resolução do conflito, busca-se encontrar e solucionar as causas que o ensejaram, para que haja definitivamente uma pacificação na relação.

O que torna esse aspecto ainda mais relevante nas relações que envolvem contratos administrativos é que a relação entre o particular e o órgão contratante não fica prejudicada, pois se trabalha com a ideia de colaboração entre as partes e de estímulo ao diálogo e ao reconhecimento da existência do outro e de suas necessidades.

Outro ponto que torna a mediação interessante é que o acordo a ser celebrado deve nascer da concordância de ambas as partes, o que gera uma maior satisfação acerca do resultado final.

No âmbito específico da Administração Pública, entende-se que há um certo distanciamento entre a Administração e os cidadãos, além da falta de meios para concretização da pacificação dos conflitos em âmbito interno. Desse modo, constata-se que a mediação pode ser um importante meio para auxiliar na eliminação dessas deficiências.

Por esse motivo, defende-se, neste trabalho, a necessidade de uma regulamentação clara e objetiva do procedimento, visando-se a melhor solução do conflito, de acordo com os princípios constitucionais e legais inerentes.

Sugere-se que, nas hipóteses em que seja possível a aplicação da mediação, verificadas no presente estudo, seu uso seja obrigatório até que se torne habitual e que a

população possa reconhecer suas vantagens. Postula-se ainda que a escolha do mediador seja consensual entre as partes e que o acordo eventualmente celebrado seja definitivo, sujeitando-se à revisão judicial apenas em caso de nulidade absoluta.

Também é importante que se preveja a obrigatoriedade de que os mediadores atuantes sejam devidamente treinados, bem como que sejam estabelecidas diretrizes éticas claras para nortear a atuação de mediadores, especialmente tendo em conta a ocorrência comum de desequilíbrio de poder entre as partes. Deve haver ainda um sistema que contemple mecanismos de avaliação e monitoramento de resultados dos mediadores.

Quanto à publicidade, conforme verificado, sugere-se que se preveja a publicação dos extratos de acordos celebrados nos sítios eletrônicos dos órgãos envolvidos e no jornal oficial correspondente, da mesma forma que se realiza atualmente nos processos licitatórios. No entanto, não é recomendável que os trâmites da mediação sejam divulgados, principalmente os depoimentos.

Sugere-se ainda que órgãos públicos ofereçam um sistema de recebimento de requerimentos administrativos, no qual esteja assegurada a análise dos fundamentos fáticos e jurídicos (com a participação do respectivo órgão da Advocacia Pública), e também das chances de êxito, não apenas visando ao ganho processual, mas também à economicidade; ademais, que o deferimento ou indeferimento sejam sempre motivados.

Deve haver também uma previsão do dever de reconhecimento do pedido, de não interposição ou desistência de recurso em caso de matéria que se verifique incontroversa já no início da ação ou durante o seu curso. Reputa-se também necessária a previsão do dever de tentativa de celebração de acordo em matéria controversa sempre que se verificar risco significativo de perda, de modo que se evite a judicialização de questões desnecessárias.

Conclui-se, portanto, que a mediação é o método de solução de conflitos mais adequado para as disputas que envolvem o Poder Público, em todas as suas manifestações, sendo preferível uma abordagem que estimule a comunicação entre as partes, que tenha um caráter pedagógico e transformativo, de forma a possibilitar aos envolvidos o desenvolvimento de uma autêntica cultura da paz e da colaboração em prol da coletividade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.183.

BATISTA JUNIOR. Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 5ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2012.

BEDÊ, Judith; RUIZ, Ivan. **Revisitando novos caminhos para o acesso à justiça**. Disponível em: <http://goo.gl/q9mdj6>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, n. 219, 01 dez. 2010.

BRASIL. Constituição política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. [...] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Decreto n.º 4.250, de 27 de maio de 2002. Regulamenta a representação judicial da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais perante os Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 maio 2002.

BRASIL. Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF,11 fev. 1993.

BRASIL. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jul. 1994.

BRASIL. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil Brasília**, DF, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1996.

BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 maio. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União que determina o estimulo a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório Supremo em ação, 2017. Disponível em: < http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-supremo-acao.pdf.> Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Resolução nº. 02, de 22 de março de 2002. **Diário de Justiça de 27 de março 2002**, Seção 3, fl. 07.

BRIQUET, Enia Cecília. **Manual da Mediação, teoria e prática na formação do mediador**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CASTELAR, A., (Org.). Judiciário e economia no Brasil [online]. **O judiciário e a economia**: **evidência empírica para o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

CRETELLA NETTO, José. **Curso de Arbitragem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos**. Conjur, 2015. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2> Acesso em: 31 jan. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.. **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio; SOUZA, Carlos Henrique Ramos de. **Duração razoável do processo e influências no aspecto econômico. Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 13, nº 1112. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/ doutrina/texto.asp?id=2842> Acesso em: 12 jul. 2017.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação.** ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**: Brasília Ano II, ed. nº 5 Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2008.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Acordo judicial e extrajudicial: Proibição ou dever da Administração. **Boletim de Direito Administrativo**, Ano XVI, nº 02, Fevereiro de 2000.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**.17ª ed. São Paulo: Dialética, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. **A evolução histórica da busca por alternativas eficazes de resolução de litígios no Brasil**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/8882_arquivos/ >. Acesso em jul. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2017.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Academia**. Edu, 2004. Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais>. Acesso em: 12 jul. 2017.

TRAD, Fábio. Substitutivo ao Projeto de Lei Nº 7.169, de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1276746.pdf.> Acesso em: 1º jul. 2017.

A POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LIMITAR O LUCRO DO PARTICULAR EM LICITAÇÕES OU CONTRATOS ADMINISTRATIVOS[85]

THE POSSIBILITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION TO LIMIT THE PROFIT OF THE INDIVIDUAL IN BIDDING PROCESS OR ADMINISTRATIVE CONTRACTS

Andrêssa Lima Santoro[86]

RESUMO

No presente artigo será discutida a possibilidade de a Administração Pública reduzir o lucro cotado pelo particular em licitações ou praticado em contratos administrativos. Para análise do tema, será realizada, inicialmente, uma avaliação das normas, dos princípios de Direito e das obras doutrinárias e artigos inerentes ao assunto. Após, será apresentado o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) a respeito do tema. Ao longo do artigo, serão demonstrados os impactos jurídicos da limitação do lucro, especialmente os negativos, muito embora o TCU entenda por sua viabilidade, incentivando, inclusive, o estudo para a determinação de critérios e parâmetros balizadores do percentual de lucro nos contratos administrativos. O presente artigo tem por finalidade demonstrar a relevância da matéria no âmbito prático e teórico, sobretudo o prático — visto que não há aprofundamento de estudo doutrinário ou mesmo jurisprudencial sobre o tema —, bem como alertar para o fomento de mais uma possível restrição à vontade do particular nos contratos com a Administração, cujas consequências podem ser nefastas à ordem econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos Administrativos. Limitação. Lucro.

ABSTRACT

This article discusses the possibility of the Public Administration to reduce the profit quoted by private individuals in biddings or practiced in administrative contracts. The analysis will focus the norms, the principles of Law and doctrinal works and articles related to the subject. Afterwards, the position of the Federal Court of Audit (TCU) on the subject will be presented. Throughout the article, the legal impacts of the profit limitation, especially the negative ones, will be demonstrated, even though the Court of Audit understands its viability and encourages the study to determine criteria and parameters that stablish the percentage of profit on administrative contracts. The purpose of this article is to demonstrate the relevance of the subject on practical and theoretical ways, especially the practical one — since there is no detailing of a doctrinal or even jurisprudential study on the subject — as well as to alert for the implementation of another possible restriction at the will of the particular in contracts with the Administration, whose consequences can be harmful to the economic order.

KEYWORDS: Administrative contracts. Limitation. Profits.

---

[85] Trabalho apresentado para a conclusão de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Administrativo no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

[86] Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (antiga UDF).

INTRODUÇÃO

É legal a delimitação do lucro pela Administração Pública nas licitações? E, após a formalização do instrumento contratual, a Administração pode rever o percentual de lucro referente ao preço pactuado pelo contratado? Tais questionamentos são o cerne da questão debatida neste artigo, por meio do exame de princípios de Direito, da Constituição Federal, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993) e de decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre o tema.

Ponderação dos princípios ligados à ordem econômica e à Administração Pública, bem como questões contratuais administrativas, em que são avaliadas a autonomia da vontade privada e a limitação dos poderes exorbitantes da Administração, serão discutidas no presente artigo.

Embora o tema não seja matéria tratada corriqueiramente nos cursos e manuais doutrinários, ele ganha especial relevo na prática e no cotidiano das contratações públicas, em que a Administração, sob o manto protetor da supremacia, busca tornar válida a limitação do lucro tanto em licitações como em contratos administrativos – e isso, com o aval do próprio Tribunal de Contas da União, o que será examinado no presente artigo.

Não objetivamos esgotar o tema, até porque o assunto ainda não possui definição assente no ordenamento jurídico vigente, mas sim discutir a viabilidade da restrição do lucro tanto nas licitações quanto nos contratos administrativos, considerando os seus impactos negativos, visto que tal prática poderá se tornar usual na Administração, em face de precedentes já cunhados pelo TCU.

1. ANÁLISE JURÍDICA DO TEMA

Antes de apresentar o entendimento do TCU sobre a possibilidade de a Administração Pública delimitar o lucro do particular, é importante esclarecer que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) previu a legítima intervenção estatal na economia, com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, a fim de garantir a livre concorrência e a livre iniciativa,

pilares do Estado Democrático de Direito, no qual se pressupõe o equilíbrio entre os referidos princípios e o interesse social.

Ressalvados os casos previstos na CF/88, portanto, a atuação do Estado na atividade econômica é restrita, sendo permitida apenas quando "necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo" (art. 173[87]) [88]. Ao Estado foram designadas as funções de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as atividades de fiscalização, de incentivo e de planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, nos termos do art. 174 da CF/88[89]. [90]

Não obstante a incumbência da prestação dos serviços caracterizados como públicos (art. 175[91]), não houve autorização ao Estado para a não observância dos princípios da ordem econômica e financeira ou mesmo para que fossem flexibilizados nesses casos.[92]

Dessa forma, considerando que o lucro, importante fator para a composição dos preços de mercado, está intrinsecamente conexo à livre concorrência e à livre iniciativa, constantes expressamente do art. 170, *caput* e inciso IV, da CF[93], é coerente pressupor a sua intangibilidade pela esfera estatal.[94]

Esse entendimento pode ser abstraído de um importante precedente do Supremo Tribunal Federal (STF), no qual a referida Corte interpretou como função do Estado a proteção de valores tais como a "liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro", demonstrando, ao final, respeito à autonomia privada no particular:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO.

[87] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
[88] MORAES. Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2002.
[89] Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.
[90] MORAES, op. cit.
[91] Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
[92] MORAES, op. cit.
[93] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)
IV - livre concorrência;
[94] MORAES, op. cit.

FIXAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS DERIVADOS DA CANA-DE-AÇÚCAR ABAIXO DO PREÇO DE CUSTO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. 1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988. 2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). Nesse sentido, confira-se abalizada doutrina: As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio **Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174.** Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que "O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica. o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado". Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que 'As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa' (DIÓGENES GASPARINI, in Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, Ed. Saraiva, págs. 629/630, cit., p. 64). 3. O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que 'a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor.' (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 24/03/2006). 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: ADMINISTRATIVO. LEI 4.870/1965. SETOR SUCROALCOOLEIRO. FIXAÇÃO DE PREÇOS PELO INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL – IAA. LEVANTAMENTO DE CUSTOS, CONSIDERANDO-SE A PRODUTIVIDADE MÍNIMA.

> PARECER DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. DIFERENÇA ENTRE PREÇOS E CUSTOS. 1. Ressalvado o entendimento deste Relator sobre a matéria, a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de ser devida a indenização, pelo Estado, decorrente de intervenção nos preços praticados pelas empresas do setor sucroalcooleiro. 2. Recurso Especial provido. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."[95]

Dessa análise preliminar, é possível inferir que a delimitação do lucro em edital de licitação ou mesmo em contratos administrativos, em termos percentuais, caracterizaria indevida interferência da esfera pública na álea econômica privada, fato que comprometeria os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, considerando que o Estado deve proteger a liberdade de ganho e lucro, e não, delimitá-lo ou ditá-lo, extravasando, desse modo, os poderes institucionais que lhe foram conferidos.[96]

Nas palavras de Uadi Lammêdo Bulos[97], o princípio da livre concorrência não se compactua com o abuso do poder econômico. Muito embora exista o exercício legal do poder econômico, seu uso desmensurado e antissocial enseja a intervenção do Estado para coibir os excessos. Coibir excessos, todavia, não significa restringir a liberdade de ganho ou de lucro ao ponto de se determinar em editais ou contratos públicos o percentual a ser praticado, tanto que não há previsão normativa ou legal para tal possibilidade.

A ordem econômica vigente no Brasil é fundada nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, sendo permitida a intervenção estatal apenas em casos excepcionais, como citado anteriormente, seja para reprimir abuso de poder econômico ou ordenar a política econômica do país e, ainda assim, com observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre os meios empregados e o fim almejado.

Na visão de Guilherme Ferreira Gomes Luna,

> "(...) a ordem econômica constitucional recepcionou o regime capitalista de mercado calcado na liberdade como núcleo central, coração das relações econômicas.
> A liberdade econômica se manifesta em três princípios: (i) liberdade para apropriação privada dos meios de produção e proteção à propriedade; (ii) liberdade de empresa, livre inciativa e livre exercício de profissões e ofícios; (iii) livre concorrência" [98].

---

[95] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa. RE 632644 AgR/DF. Primeira Turma. Min. Rel. Luiz Fux. Julgamento em 10/04/2012. Publicado em 10/05/2012.
[96] MORAES, op. cit.
[97] BULOS, Uadi Lammêdo. *Constituição Federal Anotada*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
[98] LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Controle de Preços nos Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 20131.v. 1. p. 29.

Ao tratar do princípio da liberdade econômica e intervenção estatal na economia, Guilherme Luna assevera que, por garantia do direito de propriedade, entende-se a proteção e a defesa da atividade econômica e dos respectivos resultados (lucro), o que seria o mínimo de segurança que qualquer agente econômico necessita para investir na atividade de sua escolha, "significa o direito de ter os meios necessários para auferir os lucros da atividade desempenhada e a própria titularidades destes" [99].

Em continuidade, o autor se posiciona no sentido de que é por meio do princípio da livre concorrência que se garante "a formação livre dos preços no mercado, que se perfectibiliza com a disputa, em iguais condições, entre os agentes econômicos, pautados pelos critérios de competitividade, qualidade e eficiência". [100]

Sobre a indevida intervenção do Estado na economia, Guilherme Luna ainda acrescenta:

> "(...) não se pode admitir a intrusão estatal dentro do que se denomina 'aspectos econômicos da atividade empresarial', isto é, dentro do cerne da atividade econômica desenvolvida, que abrange as decisões negociais, privativas dos agentes privados que definam: que bem produzir, de que forma, com qual tecnologia, em que quantidade e etc.
> (...) O limite que se coloca, quanto à restrição de o Estado reger os 'aspectos econômicos', é que o arbítrio estatal não pode reduzir ou substituir a autonomia de vontade dos agentes econômicos privados, aquele mínimo de liberdade que lhes compete para iniciar, desenvolver e expandir o empreendimento". [101]

Ditar o percentual de lucro que as empresas devam adotar na licitação ou praticar no contrato público pode representar, portanto, contrariedade à ordem econômica vigente no país, a qual objetiva fomentar a ampla competição e a liberdade de atuação das empresas no mercado, fatores que estão diretamente relacionados aos preços praticados, cujo lucro faz parte, visto que está dentro do mínimo de liberdade conferida ao agente econômico. [102]

A exploração de atividade comercial, por óbvio, tem intuito lucrativo, sendo, pois, assegurada a autonomia do particular em adotar margem de lucro conforme a sua vontade. [103]

---

[99] Ibidem.
[100] LUNA, op. cit., p.31.
[101] LUNA, op. cit., p.33.
[102] Ibidem.
[103] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 582.

Celso Antônio Bandeira de Mello delineia bem os interesses que permeiam a relação contratual entre o particular e a Administração:

> "Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-lo em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.
> Para tanto, o que importa, obviamente, não é a 'aparência' de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele".[104]

Seguindo o mesmo entendimento, Hely Lopes Meirelles ensina que

> "[o] contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contratado objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste porque, se, de um lado, a administração tem o poder de modificar as condições de execução do contrato e de exigir a prestação da outra parte, ainda que ela mesma não tenha cumprido a sua, de outro lado, o particular contratado tem o direito de ver mantida a correlação encargo-remuneração estabelecida originariamente, uma vez que o seu objetivo ao participar da relação negocial foi, e continuará sendo, o ganho pecuniário. Objetivo perfeitamente lícito e respeitável, diga-se de passagem, que a administração não pode, validamente, restringir, exigindo que, a partir de um dado momento, a execução do contrato prossiga em condições menos lucrativas e até mesmo prejudiciais ao contrato, sem qualquer culpa deste".[105]

Em desenvolvimento desse raciocínio, Marçal Justen Filho cita o "tabelamento" do Benefícios e Despesas Indiretas (BDI), equivalente ao "tabelamento de preços", largamente praticado no passado pelo Estado brasileiro, que configura uma tentativa de controlar a livre concorrência e de impor unilateralmente os preços no setor privado.[106] Aplicando-se esse entendimento ao lucro, a fixação do seu percentual pode afetar a competitividade nas licitações, visto o provável desestímulo à participação de competidores, em razão da submissão à margem previamente determinada pela Administração.[107]

---

[104] Ibidem.
[105] MEIRELLES, Hely Lopes. *Reajustamento e Recomposição de Preços em Contrato Administrativo*. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43130/41793. Acesso em jun.2017.
[106] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012. p. 634.
[107] Ibidem.

Para Justen Filho, a dinâmica da atividade econômica privada é incompatível com a restrição de lucro. Segundo ele, essa restrição, entendida como "tabelamento", resulta no afastamento da oferta ou na frustração da qualidade dos produtos ofertados, porque o custo do produto ou do serviço poderá comprometer o lucro, caso o padrão de qualidade seja mantido. Logo, é provável que a utilização de componentes mais baratos ou de qualidade inferior viabilize a participação de empresas, pois seria uma estratégia razoável para a obtenção de maior lucro.[108]

De acordo ainda, com o autor, esse panorama é preocupante, já que o resultado dessa economia poderá constituir prejuízo à Administração Pública, seja pelo não atendimento da qualidade esperada, seja pela impossibilidade de continuidade, pela empresa, da prestação de serviço ou do fornecimento do produto, caso venha a ter o lucro reduzido ao longo da execução contratual.[109]

Ao aprofundar o tema, Guilherme Luna também afirma que ao Estado não é admitido prescrever um determinado leiaute de produto ou quantidades mínimas ou máximas de venda ou, ainda, impor a prática (em condições normais) de determinado preço, tampouco fixar previamente seu lucro; e complementa:

> "[e]is a importância indiscutível de, no âmbito do controle externo das contratações públicas, os entes controladores observarem os parâmetros e os limites dados pelos princípios libertários basilares da ordem econômica, razão pela qual não se permite, por exemplo, que por meio da atividade de controle se suprima a autonomia da vontade do particular na formação livre dos preços contratuais, tampouco se admite o controle do lucro a ser auferido". [110]

No que tange aos contratos públicos, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993) previu que a proposta de preço deva corresponder a uma contraprestação justa e razoável, de forma a cobrir os custos e permitir, ainda, que a empresa a ser contratada

[108] Ibidem.
[109] Ibidem.
[110] LUNA, op. cit. p..

aufira lucro, depreendendo-se daí que o legislador se preocupou em garantir a justa remuneração ao contratado (art. 65, I, "d"[111]).[112]

De tal modo, as consequências advindas à imposição de restrição ao lucro podem ser nefastas ao próprio interesse público, considerando que tal prática poderá acarretar a homogeneidade das propostas a serem apresentadas na licitação (variações irrisórias de valores, considerando que adotariam os mesmos parâmetros a fim de evitar a desclassificação), a redução da qualidade do serviço, ou até mesmo desmotivar a participação das empresas nas licitações.[113]

Em termos contratuais, é necessário lembrar que a Constituição Federal garantiu o equilíbrio econômico-financeiro contratual entre as partes ao estabelecer a manutenção das condições efetivas da proposta no art. 37, XXI:

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> (...)
> XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos ter da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Não obstante a Constituição Federal não expresse: "princípio do equilíbrio econômico-financeiro", a doutrina entende que esse princípio encontra raiz no art. 37, XXI, mais precisamente da expressão "manutenção das condições efetivas da proposta".[114]

---

[111] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
II - por acordo das partes:
d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[112] MEIRELLES. Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 192-193.

[113] JUSTEN FILHO, op. cit., p. 634.

[114] MEIRELLES. Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 192-193.

Portanto, se o percentual de lucro é parte integrante da proposta de preço do particular, natural então que ele seja mantido ao longo do contrato.[115]

Sobre o assunto, a propósito, o advogado da União Jorge Alexandre Moreira, em artigo a respeito da repactuação de contratos, advertiu sobre a insegurança jurídica que poderá advir nos casos em que houver a imposição de redução do lucro pelo contratado:

> "Ora, sendo a estabilidade das relações jurídicas uma marca essencial do Estado de Direito, impor ao contratado a diminuição de seus lucros significa submetê-lo à situação de insegurança capaz de ameaçar a regular continuidade da execução do contrato, com potencial prejuízo ao próprio interesse público. Aliás, é neste aspecto que, modernamente, a doutrina tem situado o contratado como colaborador da Administração na prossecução do interesse público." [116]

Sob uma ótica legalista desse assunto, a restrição do lucro, à primeira vista, traz uma ideia de antijuridicidade, face à autonomia que o particular tem de adotar o percentual que reputar mais adequado e conveniente aos seus negócios, pois, de fato, não há autorização legal para a delimitação do lucro pela Administração Pública.[117]

Nesse sentido, o §1º do art. 58, da Lei nº 8.666/1993, estabelece que "as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado", de maneira que, a princípio e pela lógica, parece ser impossível a imposição do percentual de lucro a ser praticado pelo particular contratado, não somente em licitações como também nos contratos públicos em vigência.[118]

No caso dos contratos, mais precisamente quanto à ausência de "prerrogativas" ou "privilégios" da Administração Pública, bem disciplinou o autor Marçal ao abordar o tema:

> "[e]m primeiro lugar, o poder jurídico da Administração Pública para introduzir alterações contratuais, não reflete uma situação jurídica de "privilégio" em face do particular contratado. Não significa que a Administração possa atuar sem respeito aos direitos e interesses do particular."[119]

---

[115] Ibidem.
[116] MOREIRA, Jorge Alexandre. *Repactuação de Contratos de Prestação de Serviços de Execução Continuada*. Disponível em: file:///C:/Users/andressa.santoro/Desktop/MONOGRAFIA/pesquisas%20internet/repactuacao_de_contratos_de_prestacao_de_servicos_de_execucao_continuada.pdf. Acesso em: maio de 2017.
[117] Ibidem.
[118] Ibidem.
[119] JUSTEN FILHO, *Marçal. Parecer sobre os limites da repactuação em contrato administrativo de prestação e serviços continuados*. Curitiba, 2014.

Todavia, no tocante à composição de preço tal como formulada pelo particular, a Lei não previu a prerrogativa de alteração unilateral, até porque, o preço pactuado no contrato público reproduz a vontade de duas partes: tanto do contratante quanto do contratado. Logo, trata-se de ato jurídico bilateral, não podendo ser alterado apenas por vontade exclusiva de uma só parte.[120]

Noutras palavras, os atos unilaterais são passíveis de alteração unilateral pela Administração, ao passo que, no caso dos atos bilaterais, é necessária a comunhão de vontades para que ocorra qualquer mudança. Esse é o entendimento de Marçal Justen Filho, quando afirma: "a determinação da remuneração e das demais condições de remuneração não pode ser imposta unilateralmente pela Administração"[121].

De tal forma que o acréscimo ou o decréscimo do lucro e, consequentemente, do preço contratado é matéria que depende do consenso de ambas as partes contratantes, não podendo uma parte impor ou constranger a outra a aceitar modificação da contraprestação pecuniária inicialmente avençada.[122]

Nas palavras de Guilherme Luna, como decorrência de que a formação do preço é de iniciativa do postulante particular e, ao mesmo tempo, é o seu grau mínimo de liberdade contratual garantido, ao poder regulamentar da Administração é vedado imiscuir-se em cláusulas de conteúdo econômico do contrato, sobretudo as relativas ao preço contratual.[123]

Hely Lopes Meirelles, enfrentando essa matéria, explica que em todo contrato administrativo coexistem duas ordens de cláusulas: as econômicas e as regulamentares dos serviços, sendo que aquelas são inalteráveis unilateralmente porque fixam a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração, além de estabelecerem a equação econômico-financeira do contrato.[124]

De outro lado, não se pode esquecer de que o princípio da segurança jurídica e a noção de ato jurídico perfeito também fundamentam a impossibilidade de alteração unilateral das condições financeiras contratuais pela Administração, sobretudo quando a intenção é

---

[120] MEIRELLES, op. cit., p. 190-191.
[121] Ibidem, p. 884.
[122] JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer sobre os limites da repactuação em contrato administrativo de prestação e serviços continuados*. Curitiba, 2014.
[123] LUNA, op. cit., p. 46.
[124] MEIRELLES, op. cit., p. 190-191.

modificar os preços praticados anteriormente no contrato (retroativamente), cuja concordância foi confirmada ao longo da execução contratual mediante condutas formais voltadas à demonstração da vantajosidade desses preços, a exemplo da assinatura de termo aditivo para a prorrogação do contrato.[125] Uadi Lammêgo conceitua o ato jurídico perfeito como "aquele que já se consumou, tornando-se, ao tempo em que se efetuou, apto para produzir efeitos" [126]. Não por acaso, o legislador garantiu a justa remuneração do particular contratado, criando mecanismos legais a fim de equilibrar econômica e financeiramente o contrato, em cumprimento à garantia prevista no art. 37, XXI, da CF – de manutenção das condições efetivas da proposta.[127]

Segundo Maria Luiza Machado Granziera,

> "[q]uando é apresentada uma proposta, de acordo com as exigências do edital, e julgada a mesma vencedora, entende-se que o licitante, conhecendo e estando de acordo com o teor do instrumento convocatório, ofertou condições compatíveis com o edital e passíveis de execução. E, uma vez definida a proposta vencedora, estabelece-se um momento de equilíbrio entre as obrigações das partes, refletido na equação econômico-financeira do contrato. O ajuste foi celebrado naqueles termos porque as condições que vigoraram no momento eram adequadas a ambas as partes."[128]

A autora, noutra passagem, informa que o ato de homologação previsto no art. 38, VII, da Lei nº 8.666/1993, significa reconhecer a legalidade do procedimento, constituindo um momento muito importante de controle dos atos relativos à licitação, por parte da autoridade superior.[129] Logo, a partir do momento em que a Administração homologa o certame, aceita o preço e as condições previstas no edital, reconhece, dessa forma, a sua legalidade em todos os sentidos, inclusive com relação ao percentual de lucro praticado, embutido logicamente no preço final.[130]

Ocorre que, naturalmente, por estar o Poder Público em situação de preponderância, em virtude de ser o protetor e garantidor da satisfação do interesse público, acaba por tomar decisões que refletem diretamente na liberdade adstrita à esfera privada e mais, no direito

---

[125] JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer sobre os limites da repactuação em contrato administrativo de prestação e serviços continuados*. Curitiba, 2014.
[126] BULOS, op. cit., p. 214 e 218.
[127] JUSTEN FILHO, Marçal. Pare*cer sobre os limites da repactuação em contrato administrativo de prestação e serviços continuados*. Curitiba, 2014.
[128] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos Administrativos. Gestão, Teoria e Prática*. São Paulo: Atlas S.A, 2002. p. 164.
[129] Ibidem. p. 202.
[130] JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer sobre os limites da repactuação em contrato administrativo de prestação e serviços continuados*. Curitiba, 2014.

adquirido – do particular contratado – em face de condições contratuais consolidadas ao longo da execução do contrato.[131] Isso geralmente ocorre porque o princípio da supremacia sempre foi visto como um "vetor de interpretação, seja na edição dos atos normativos, seja em suas aplicações"[132].

Maria Sylvia Zanela Di Pietro, sobre o mesmo princípio, leciona que

> "[e]sse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação."[133]

Emerson Affonso da Costa Moura, em seu livro "Um fundamento do Regime Administrativo", lembrando a origem do interesse público e os seus reflexos nas atividades administrativas, descreve que, desde a Antiguidade Clássica até a Modernidade, esse é o princípio mais constante que orienta a ação administrativa[134]. O autor tece algumas críticas em detrimento da forma como a doutrina clássica sustenta o princípio da supremacia, advertindo que a determinação de que o seu conteúdo indique preponderância em relação aos demais princípios faz com que se torne uma regra de preferência, o que desvirtua a noção de princípio, ligado à concepção de ponderação ou aplicação na medida do possível.[135] Ainda de acordo com o autor, a "qualidade de público de um determinado interesse não implica por si mesmo a sua prevalência perante os interesses particulares envolvidos, uma vez que, havendo conflito entre ambos os interesses, todos se sujeitam a ponderação".[136]

No que tange à aplicabilidade do princípio da supremacia no caso de limitação do lucro do particular pela Administração, Guilherme Luna esclarece que,

> "(...) no âmbito privado, a interferência do contrato (preço contratual) que atinge o administrado tem como causa uma relação de supremacia geral pelo exercício do poder de polícia econômico. Isso porque a fiscalização de preços tem como finalidade não só a defesa do erário e da moralidade administrativa (como é o caso da relação controlador-Administração), mas, também e principalmente, o controle e a repressão de distintas situações: abuso do poder econômico, concentração dos mercados e aumento arbitrário

[131] MORAES, op. cit., p. 117.
[132] Ibidem.
[133] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64.
[134] MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um Fundamento do Regime Administrativo. O princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 195.
[135] Ibidem. p. 197.
[136] Idem.

dos lucros".[137]

Todavia, esse autor aclara que a fixação de preços de mercado com fundamento na supremacia do interesse público denota uma invasão muito maior da Administração do que um simples controle de legalidade e de economicidade dos contratos administrativos. Ele entende, por conseguinte, como abusiva a fixação ou o tabelamento de preços pela Administração Pública.[138]

Noutro contexto, a Administração, mesmo fundada no poder de autotutela, consagrado nas Súmulas nºs 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal, há de observar certos limites para a anulação e revogação de seus atos administrativos. Assim, é razoável a ideia de que a Administração não pode, ilimitadamente alterar os preços, mediante a alteração de lucro em contratos administrativos. José dos Santos Carvalho Filho destaca que "em nome do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas, vêm sendo criados limites ao exercício da autotutela pela Administração" e, como exemplo disso, cita o art. 54, da Lei nº 9.784/1999, no qual foi estabelecido o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para a Administração anular atos administrativos dos quais decorreram efeitos favoráveis ao destinatário, salvo comprovada a má-fé.[139]

Diante disso, fica patente o fato de a Administração não poder, unilateralmente, alterar os preços nos contratos público, especialmente no que diz respeito ao lucro, existindo limites normativos fundados no próprio princípio da segurança jurídica, que amparam o equilíbrio econômico-financeiro contratual e a boa-fé que permeiam os contratos administrativos.[140]

Ressalte-se, apesar de tudo isso, que o Tribunal de Contas da União (TCU), em alguns julgados, já permitiu a revisão do lucro pela Administração, apontando, inclusive, o respectivo percentual, o qual entendeu justo e razoável a ser fixado pelo Poder Público, o que adiante será estudado.

2. AVALIAÇÃO DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

[137] LUNA, op. cit., p. 39.
[138] Ibidem. p.40.
[139] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 31.
[140] Ibidem.

Antes de debater o mérito das decisões do TCU, nota-se que, não obstante a discussão latente sobre o tema em análise, o entendimento favorável do TCU sobre a possibilidade de delimitação do lucro em licitações ou contratos administrativos vem sendo amplamente aplicado, servindo de verdadeira base jurídica ou fundamento jurídico para a imposição do lucro nos mais variados tipos de contratos firmados com a Administração Pública, o que é preocupante, especialmente quando se trata de revisão de preços em contratos administrativos findados ou vigentes.

A seguir, os Acórdãos nº 325/2007, nº 1.753/2008 e n° 3006/2010, principais decisões proferidas pelo Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), serão examinados.

Inicialmente, o Acórdão nº 325/2007 do Plenário do TCU trata de caso em que foram estabelecidos critérios de aceitabilidade do Lucro e Despesas Indiretas (LDI) em obras de linhas de transmissão e subestações de energia elétrica, com aprovação de valores referenciais[141]. No relatório do referido acórdão, os Ministros orientaram as unidades técnicas do TCU que, quando dos trabalhos de fiscalização em obras públicas, passassem a utilizar como referenciais as seguintes premissas acerca dos componentes de LDI: "(...) Lucro 3,83; 9,96; 6,90".[142] A referência foi baseada em estudo realizado sobre o tema. O Plenário do Tribunal, em 5/10/2005, determinou, então, que, por meio do subitem 9.3 do Acórdão nº 1.566/2005, fosse constituído um Grupo de Trabalho com o objetivo de propor critérios de aceitabilidade para o LDI em obras de implantação de linhas de transmissão de energia elétrica.[143]

O resultado do estudo desenvolvido por esse Grupo de Trabalho gerou uma jurisprudência na Corte de Contas no que diz respeito à definição dos critérios e parâmetros de aceitabilidade para o LDI, visto que passou a ser utilizado em diversos casos.[144] O Grupo de Trabalho procurou identificar os elementos passíveis de serem incluídos na composição do LDI, os valores praticados e a respectiva faixa de variabilidade desses itens, tendo, ainda, ressaltado que,

> "[e]mbora trate de LDI para obras de linhas de transmissão e de subestações, o presente trabalho pode fornecer uma referência genérica, pois sua especificidade limita-se aos valores observados para o setor, sendo os

[141] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 325/2007 - Plenário. Processo nº 003.478/2006-8. Administrativo. Relator Guilherme Palmeira. Data da Sessão: 14/03/2017.
[142] Ibidem.
[143] Ibidem.
[144] Ibidem.

> conceitos e a composição do LDI propostos aplicáveis a outros tipos de obras."[145]

O lucro foi assim conceituado:

> "4.3 Lucros
> O lucro é um conceito econômico que pode ser descrito de diversas formas para representar uma remuneração alcançada em conseqüência do desenvolvimento de uma determinada atividade econômica. Para o setor em comento, execução de obras civis, são enunciados diversos conceitos, que, em resumo, irão reproduzir essa mesma idéia" [SIC].[146]

Ainda no relatório do Acórdão nº 325/2007, em que contido os principais aspectos tratados pelo Grupo de Trabalho, foi citado interessante conceito de lucro de acordo com o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), vide:

> "O lucro esperado num contrato de obras civis é expresso por um percentual sobre o valor do contrato disposto como parcela do LDI. Esse percentual é determinante para formação do preço da obra e, embora seja fruto da expectativa de cada licitante, pode ser previsto um padrão para cada ramo de atividade econômica. No caso dos contratos administrativos, o próprio histórico de percentuais praticados pode fornecer uma referência para esse padrão.
> Desse modo, muitos órgãos da Administração pública procuram identificar uma tendência de lucro praticada dentro de suas atividades, com base em estudos disponíveis ou em registros de contratos."[147]

Eis a noção de que é possível obter um parâmetro de lucro em cada tipo de atividade econômica. Em continuidade, o Grupo traçou os seguintes parâmetros balizadores de sua conclusão em prol da delimitação do lucro no mercado de construção civil:

> "(...) muitos órgãos da Administração pública procuram identificar uma tendência de lucro praticada dentro de suas atividades, com base em estudos disponíveis ou em registros de contratos.
> A Secretaria de Governo e Gestão Estratégica do Estado de São Paulo, com base em estudos da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE, considera que deve ser adotada uma faixa de valores obtida a partir das demonstrações financeiras das empresas do setor, o que limitaria uma possível variação da taxa de lucro (Estudos de Serviços Terceirizados - Publicações - Versão maio/1999 - Volume I -Prestação de Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Predial - Capítulo VII - Benefícios e Despesas Indiretas). Com base nesse critério, aquela Secretaria adota para a contratação com órgãos da Administração pública estadual uma margem de lucro de 7,2%. Esse percentual foi obtido a partir da média aritmética das relações Lucro/Vendas da demonstração de resultados financeiros e contábeis das 309 maiores

[145] Ibidem.
[146] Ibidem.
[147] Ibidem.

> empresas de construção civil (dados obtidos na revista Conjuntura Econômica).
> O estudo publicado pela Associação Brasiliense de Construtores - ASBRACO (Estudo sobre composição de BDI, obtido diretamente junto a Associação Brasiliense de Construtores - ASBRACO em maio de 2000) considera como margem de lucro o valor de 7,2%.
> O Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transporte, no Sistema de Custos Rodoviários - SICRO-2 (2003), considera uma margem de lucro de 7,2% na composição do BDI, sendo 5,0% de lucro líquido, 1,2% de IRPJ e 1,0% de CSLL.
> Com base nos estudos anteriormente citados, poder-se-ia considerar que uma margem de lucro entre 7,0% e 8,5% estaria perfeitamente adequada aos valores atualmente praticados no mercado da construção civil" [SIC]. [148]

Posteriormente, o Grupo de Trabalho fundamentou a possibilidade de limitação do lucro com base no §4º do art. 173 da Constituição Federal e no inciso III do art. 20 da antiga Lei nº 8.884/1994, ambos dispositivos criados para combater o aumento arbitrário dos lucros, bem como no princípio da vantajosidade, nos seguintes termos: "estabelecer limitação de lucros é definir adequadamente os itens que devem integrar o LDI, bem como assegurar que o procedimento licitatório permita a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública".[149]

Tratando de licitação, o Grupo ainda teceu interessante comentário sobre o assunto, incentivando a existência de um parâmetro de referência para que possa ser negociada a readequação da margem de lucro da proposta, ainda que vencedora do certame, ou seja, a mais vantajosa:

> "Não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas. Para verificar e classificar um valor como excessivo, a administração deverá trabalhar com parâmetro de referência, tecnicamente justificado e baseado em prática observada no mercado, para, caso o valor analisado extrapole o parâmetro, seja examinada a causa e, auxiliada pela análise da adequabilidade dos custos diretos, a administração possa negociar a readequação da margem de lucro proposta, ainda que vencedora de um certame."[150]

Ao final, destacou-se, mais uma vez, que o objeto de trabalho do Grupo "está relacionado a contratos de obras de linhas de transmissão e subestações" e que "para isso, foram estudados casos reais relativos às empresas estatais do setor elétrico brasileiro". Segundo o Grupo, toda avaliação, especialmente com relação à metodologia de cálculo, levou em consideração os métodos adotados pelas empresas do setor elétrico[151]. Logo, os resultados

[148] Ibidem.
[149] Ibidem.
[150] Ibidem.
[151] Ibidem.

numéricos deveriam ser aplicados apenas em contratos semelhantes, ou seja, do mesmo ramo de mercado.

Além disso, considerou-se que "o orçamento proposto por uma empresa pode variar conforme seu perfil e interesse na obra", e "apesar das peculiaridades de cada obra, a pesquisa efetuada indicou que os custos dos serviços podem ser tratados de maneira homogênea, envolvendo, normalmente, as mesmas empresas participantes".[152] No voto do Relator, o Ministro Guilherme Palmeira afirmou que:

> "Especificamente sobre as obras de implantação de linhas de transmissão de energia elétrica, objeto do presente processo, o Grupo de Trabalho apresentou uma variação de referência dos componentes do LDI que poderá servir de base às análises de adequação dos critérios de aceitabilidade a serem praticados em cada contrato. Nada obstante, reconhece a equipe que a formação dos critérios de aceitabilidade é uma atribuição do contratante e tem influência própria do projeto de cada obra."[153]

Ao final, os Ministros do TCU acordaram em aprovar valores referenciais para o LDI em obras de transmissão e subestações.[154]

Ainda que se tenha especificado o objeto de estudo do Grupo de Trabalho, bem como salientado que os valores referenciais serviriam de base aos contratos que tratassem de obras de transmissão e subestações e mais, que a cada contrato deveriam ser avaliados os critérios de aceitabilidade dos valores referenciais, em razão das peculiaridades de cada um e a diferença entre os diversos projetos, os critérios e parâmetros contidos no Acórdão nº 325/2007 estão sendo indiscriminadamente utilizados como fundamento geral à redução do lucro.

Isso porque, o referido Acórdão se tornou um marco jurídico, o qual vem sendo interpretado, pelos administradores públicos, como autorizador da redução do lucro em contratos administrativos, em geral. Assim, com base nos percentuais indicados pelo Grupo de Trabalho, relativos ao processo que deu origem ao Acórdão nº 325/2007, a Administração Pública não somente promove a revisão dos preços em diversos contratos administrativos, como também impõe a devolução de valores vultosos às empresas contratadas com fundamento no poder de autotutela, economicidade e vantajosidade.

---

[152] Ibidem.
[153] Ibidem.
[154] Ibidem.

O Acórdão nº 1.753/2008, por outro lado, trata de um Relatório de Auditoria (RA), cujo objetivo foi avaliar os serviços terceirizados na área de vigilância e limpeza e conservação, sob a sistemática de Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC), coordenada pela 5ª Secretaria de Controle Externo (5ª Secex/TCU). [155]

Em orientação de encaminhamento, os Ministros do Tribunal de Contas da União relataram que:

> "II - o Ministério do Planejamento publicou a Portaria nº 6, de 28/12/2007, por meio da qual foram fixados valores-limite para a contratação dos serviços de vigilância que representam redução de 82,00% para 78,06% no percentual de encargos sociais, de 12,00% para 3,53% na reserva técnica, e de 7,20% para 5,00% no lucro. Considerando os pisos salariais estabelecidos nas convenções coletivas 2007/2008, essas alterações resultaram em uma redução média de 6,85% em comparação aos limites anteriores. Registre-se que, em relação aos serviços de limpeza e conservação, até a conclusão da Auditoria, ainda não haviam sido publicados novos valores-limite" [156].

De acordo com o referido excerto, foi estabelecido o limite de 5% ao lucro. Para isso, consolidou-se o estudo em auditorias que, segundo o relatório do Acórdão, trouxeram propostas de aperfeiçoamento ao conjunto de normas aplicáveis à sistemática de terceirização dos serviços de limpeza, conservação e vigilância, constituída basicamente pela Instrução Normativa nº 18/97, do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), e portarias sob a responsabilidade da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP).[157]

Nesse consolidado estudo, foi constatado que "a Instrução Normativa do MARE nº 18/97 possibilita a fixação de limites máximos de preços para a contratação de serviços pelo Ministério do Planejamento, por meio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI" e que "(...) por intermédio de Portarias, são publicadas, anualmente, tabelas de valores teto para os serviços de vigilância, limpeza e conservação, fixando "valores-limite" para cada unidade da federação".[158]

Assim, o estudo partiu, incialmente, da avaliação dos critérios e parâmetros utilizados para fixação dos limites de valores estabelecidos nas planilhas de custos e formação de preço,

---

[155] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.753/2008 - Plenário. Processo nº 016.721/2007-7. Relatório de Auditoria. Relator Marcos Vinicios Vilaça. Data da Sessão: 20/08/2008.
[156] Ibidem.
[157] Ibidem.
[158] Ibidem.

tendo como objeto especificamente os contratos de serviços terceirizados nas áreas de vigilância e limpeza e conservação firmados por diversos órgãos e entidades da Administração Pública Federal[159]. Ou seja, mais uma vez, os parâmetros utilizados serviriam para esse ramo de atividade, não havendo nenhuma ressalva de que poderiam servir de base para outros mercados.

A fim de analisar se os recursos estavam sendo aplicados de acordo com a legislação pertinente, a auditoria buscou respostas aos seguintes questionamentos:

> "A - Os preços contratados para serviços terceirizados de vigilância, limpeza e conservação estão de acordo com a IN/MARE nº 18/97?
> B - Os limites de preços estabelecidos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para as contratações de serviços terceirizados de vigilância e limpeza e conservação contribuem para que as contratações sejam feitas de forma econômica?"[160].

É verdade que, ao longo do trabalho, foram analisados processos conexos, como os TC nº 014.011/2005-7 e nº 013.147/2005-0, que também tratam de serviços de Tecnologia da Informação e terceirizações de atividade fim. Ocorre que, em nenhum deles, observou-se um estudo aprofundado do mercado de Tecnologia da Informação, contratos e peculiaridades do ramo, a fim de que fossem estabelecidos critérios e parâmetros reais, aplicáveis aos contratos públicos firmados para esse tipo de serviço.

Seja como for, posteriormente, o relatório do Acórdão nº 1.753/2008 traçou um breve histórico sobre a fixação de "valores-limite" para a contratação dos serviços de vigilância e limpeza e conservação, a começar pela previsão dos tipos de serviços terceirizados, citados no §1º, do art. 1º, do Decreto nº 2.271/1997: "As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta".[161]

Em continuidade, informou-se que a contratação desses serviços, executados de forma indireta e contínua, foi disciplinada pela Instrução Normativa nº 18, de 22/12/97, do MARE, e que, a partir da edição da IN nº 13/96, foi prevista a fixação de limites máximos de preços para as contratações dos serviços de vigilância, limpeza e conservação, por intermédio de portaria

[159] Ibidem.
[160] Ibidem.
[161] Ibidem.

da Secretaria de Recursos Logísticos e Tecnologia da Informação (SLTI), do MARE, revogada posteriormente pela IN nº 18/97, que estabelecia:

> "9.4. O MARE, por intermédio da Secretaria de Logística e Projetos Especiais, poderá divulgar, para efeitos de referência, valores para a produtividade mínima e os preços delas decorrentes, que poderão ser adotados pelos órgãos ou entidades, bem como, se necessário, expedir Portarias regulamentando a contratação de serviços e estabelecendo critérios e limites máximos de preços a serem pagos pela Administração".[162]

A IN nº 18/97 trouxe planilhas de custos e formação de preços para serviços de vigilância e de limpeza e conservação apenas, a qual foi utilizada para a coleta de dados das contratações avaliadas pela auditoria e para a comparação com os limites estabelecidos pelo Ministério do Planejamento (MP), contidos nas Portarias editadas pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP).[163]

A auditoria levou em consideração especialmente o entendimento proferido pela SLTI/MP, em nota técnica anexada ao processo, na qual comunicados os novos limites de valores para os serviços de vigilância (fixados na Portaria nº 6 de 28/12/2007), cujo percentual limite de lucro foi estabelecido no patamar de 5%.

Não obstante o referido percentual tenha sido adotado como parâmetro, ao final, advertiu-se que a SLTI/MP teria efetuado os cálculos dos "valores-limite" com base em estudos da Fundação Getúlio Vargas, realizados em 2001, sendo necessários novos estudos, a fim de atualizar os percentuais que compõem as várias rubricas da planilha de formação de preços, utilizando estatísticas levantadas por Estados da Federação.[164]

O Voto proferido pelo Relator Marcos Vinicius Vilaça, no Acórdão nº 1.753/2008, considerou essa proposta, tendo sido ressaltado, ao final, que os limites fixados são para os serviços de vigilância, o que reforça, novamente, a ideia de que não poderiam ser aplicados indiscriminadamente, isto é, a todo e qualquer tipo de contrato público.[165]

Por último, o Acórdão do TCU analisado, de nº 3006/2010, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, trata de uma representação sob o fundamento de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico nº 076/2006, promovido no âmbito do Núcleo Estadual do

---

[162] Ibidem.
[163] Ibidem.
[164] Ibidem.
[165] Ibidem.

Ministério da Saúde no Estado do Rio de Janeiro (NERJ/MS), cujo objeto é a contratação de empresa prestadora de serviços de tratamento de acervos arquivísticos.[166]

A representação foi julgada parcialmente procedente para que o NERJ/MS adotasse providências, inclusive de adequação do percentual de lucro aos índices praticados no mercado, observando-se as faixas de referências estabelecidas pelo Tribunal, por meio do Acórdão nº 325/2007 – Plenário.[167] Ou seja, no referido processo foi utilizado o entendimento proferido no Acórdão nº 325/2007, objeto de análise anterior, no qual foram estabelecidos critérios de aceitabilidade do lucro para contratos relativos a obras de linhas de transmissão e subestações de energia elétrica.

Os três Acórdãos avaliados representam as principais bases jurídicas fundantes da redução do percentual de lucro, especialmente quanto ao enquadramento do percentual de 5%.

A particularidade mais relevante a ser considerada, além dos aspectos incialmente apresentados neste artigo e ao longo da análise dos julgados da Corte de Contas, diz respeito ao objeto do contrato, visto que, em nenhum dos processos julgados pelo TCU, houve a indicação de que os parâmetros ou percentuais indicados serviriam irrestritamente a todo o mercado ou a todo tipo de atividade, até porque isso seria totalmente incoerente.

Os Acórdãos examinados, utilizados em vários outros julgados do Tribunal de Contas, tratam de casos específicos, com suas diversas peculiaridades, sejam em relação aos preços praticados, às planilhas e às normas da SLTI/MPOG comumente utilizadas, não levam em consideração as peculiaridades de outros mercados e, por conseguinte, os preços praticados em outros setores da economia.

O poder de autotutela da Administração, o princípio da supremacia do interesse público e os Acórdãos do TCU ora analisados não são, portanto, suficientes para respaldar a alteração do lucro em um contrato administrativo. É que o valor contratual e, portanto, o lucro nele inserido, reflete a composição do preço pelo particular, cuja autonomia está resguardada nos princípios constitucionais da livre inciativa e da livre concorrência.

---

[166] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3006/2010 - Plenário. Processo nº 001.225/2008-0. Representação. Relator Valmir Campelo. Data da Sessão: 10/11/2010.
[167] Ibidem.

Nas palavras de Guilherme Luna, o particular é livre para propor o preço que lhe convier e o preço contratual é a expressão da autonomia da vontade do contratado, é uma prerrogativa do particular de propor, ao seu talante, formando-se, dessa forma, a bilateralidade, pressuposto básico presente em qualquer avença contratual, inclusive nos contratos administrativos.[168]

À Administração é dado o poder de verificar a correção e a licitude de seus procedimentos licitatórios e contratuais, no entanto, o particular, voluntariamente, pode ou não aderir às condições impostas na licitação e, consequentemente, contratuais, participando do certame mediante a apresentação de proposta de preço como lhe aprouver.[169] Nesse mesmo sentido a consideração de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "(...) a Administração não tem como evadir-se às leis econômicas de mercado quando se propõe a constituir com terceiros relações voluntárias, não imperativas, nas quais, portanto, sua contraparte é livre para vincular-se e para ofertar os valores em função dos quais aceitará engajar-se no liame.
> Ou seja, trata-se, aqui, de sublinhar a evidência (o que surpreendentemente é necessário fazer) de que, não havendo obrigação de participar de licitação e de contratar com entidade governamental, quem aflui ao certame está no direito de ofertar os preços que considere satisfatórios perante aquele negócio e aquele comprador. Irá fazê-lo tomando em cona as características da operação comercial licitada, a credibilidade do sujeito que a propõe e as garantias de que irá desfrutar. De seu turno, o comprador, como em qualquer relação de negócio voluntariamente constituída entre as partes, é livre para aceitar ou rejeitar as ofertas que lhe façam." [170]

Caso a Administração Pública dispusesse de poder para fixar ou tabelar os preços praticados pelos particulares, não se justificaria a existência de disputa pelo melhor ou menor preço, porquanto apenas as condições de habilitação seriam relevantes para a escolha do prestador de serviços.[171]

Ademais, se fosse possível a alteração unilateral de preços ofertados pelos particulares, certamente não haveria interessados em contratar com o Poder Público, em face do elevado

---

[168] LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Controle de Preços nos Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 20131.v. 1.p. 44.
[169] Ibidem. p. 45.
[170] MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Pareceres de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 113-114. apud LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. Controle de Preços nos Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 20131.v. p. 44.
[171] LUNA, op. cit., p. 48.

risco de prejuízos financeiros e, também, não haveria o mínimo de autonomia da vontade privada que, por fim, configurasse liberdade contratual.[172]

Analisando-se o papel do Estado com relação ao controle de preços de mercado, infere-se que é abusivo o Poder Público ditar os preços que serão praticados no mercado, considerando que a sua atuação restringe-se ao exame relativo à legitimidade, legalidade e economicidade dos preços.[173]

Cabe à Administração observar a regularidade da formação do preço, fiscalizando o contrato de acordo com a legalidade, visto que o tabelamento corresponde a uma interferência de mérito, invasivo na sua valoração e composição.[174] Tércio Sampaio Ferraz esclarece o limite para o controle de preços exercido pela Administração quando de seu poder fiscalizatório:

> "Fiscalização, enquanto ato de examinar, verificar, vigiar, é atividade que deve estar cingida ao controle da normalidade do exercício da atividade econômica pelos seus fundamentos, conforme os princípios que a condicionam. Enquanto o controle de preços, é atividade reguladora de sua formação em razão de uma política econômica, mas que não se substitui ao mercado livre como sua base. O termo 'controlar' tem dois sentidos que devem ser aqui distinguidos. O sentido forte de dominação e o sentido fraco de verificação, acompanhamento, vigilância (Fábio Comparato: O Poder de Controle na Sociedade Anônima, 1976). Pelo exposto, o controle fiscalizador sobre os preços tem certamente o sentido fraco e não forte. O Estado, como agente normativo e regulador, não se impõe ao mercado para dominá-lo. Não o dirige, apenas vela para que a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano ocorram nos quadros dos princípios constitucionais. Consequentemente, em casos excepcionais, quando a ocorrência de certas anomalias é capaz de por em risco o próprio fundamento da atividade econômica livre, pode o agente-Estado promover a imposição de restrição na espontaneidade contingente do mercado na formação dos preços justamente com o objetivo de salvaguardá-la. Isto, obviamente, como exceção e jamais como regra, pois restringir regularmente não é fiscalizar, mas dirigir a economia, ainda que em termos setoriais." (SIC)[175]

Diante desses fundamentos, nota-se que a limitação do lucro e, consequentemente, do preço contratual, da forma como vem sendo admitido pelo Tribunal de Contas é um risco não somente à ordem econômica vigente — considerando que tal ingerência no mercado implicará novo dirigismo, só que disfarçado de controle, fundado nos princípios da supremacia do

---

[172] Ibidem.
[173] LUNA, op. cit., p. 49.
[174] Ibidem. P. 49
[175] FERRAZ, Tércio Sampaio. Congelamento de preços: tabelamentos oficiais. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 91, p. 76-86, jul./set. 1989. apud LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. Controle de Preços nos Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 50. 1.v.

interesse público e economicidade —, como também à própria subsistência da noção de licitação, considerando a interferência pública no principal elemento de incentivo ao empreendimento – o lucro.

CONCLUSÃO

A análise do tema "a possibilidade de a Administração Pública limitar o lucro do particular em licitações ou contratos administrativos" sob uma ótica principiológica e de valores jurídicos leva ao entendimento de que seria ilegal a fixação do percentual de lucro, seja em licitações ou em contratos administrativos, não obstante a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) seja favorável à fixação do lucro pela Administração Pública.

É importante notar, ante de tudo, que, nos Acórdãos analisados, o TCU considerou, para a delimitação do lucro, parâmetros numéricos e mercadológicos de setores diversos, tratando, inclusive, das especificidades de cada atividade comercial, fato que impede a aplicação indiscriminada dos Acórdãos e, por conseguinte, dos percentuais de lucro ali estabelecidos.

Conquanto a avaliação realizada no presente trabalho não esgote o debate sobre o assunto, sobretudo porque foram avaliados apenas os três Acórdãos do TCU mais conhecidos e utilizados para o embasamento de decisões a respeito da fixação de preços e, ainda, em razão da ausência de confronto direto, por grande parte da doutrina, sobre o tema, é possível identificar a característica controversa da matéria, especialmente porque, culturalmente, à Administração Pública é atribuído o poder de supremacia, em face do seu dever de proteção e satisfação do interesse público, daí a origem do princípio da supremacia do interesse público, tão enraizado no Direito.

Em contrapartida, a doutrina moderna se posiciona mais favoravelmente à compreensão de que devem ser ponderados os princípios de direito, preservando-se sobretudo a autonomia que resta ao particular nos contratos administrativos, já tão mitigada em virtude dos poderes exorbitantes da Administração Pública. Isso porque, o lucro é o principal motivo de existência de um empreendimento, além da máxima expressão da livre concorrência, em face da liberdade do particular em cotar o valor que reputar mais adequado aos seus negócios,

porquanto considera valores agregados, além de diversos fatores de mercado, os quais são essenciais a sua manutenção e competitividade.

O presente estudo revelou, porém, certa involução quanto a esse raciocínio, diante da criação de mais uma restrição à vontade do particular na relação público-privada, opção que ganhou ainda mais força com os julgados favoráveis do TCU.

Depreende-se de toda a análise, que o Tribunal não ponderou as consequências negativas da limitação do lucro, seja em licitações ou em contratos administrativos; desconsiderou, inclusive, os preceitos da ordem econômica vigente no Brasil e incentivou o estudo de critérios e parâmetros para a determinação de percentuais balizadores do lucro, o que é preocupante.

A matéria se torna ainda mais delicada quando se trata da revisão do percentual de lucro em contratos findos ou vigentes, em que se presume a concordância da Administração com o preço contratado, decorrente de regular licitação, ou seja, em que constatado ser o mais vantajoso.

Não bastasse isso, a própria Constituição Federal estabeleceu no art. 37, XXI, que devem ser "mantidas as condições efetivas da proposta", estabelecendo-se, pois, a equação econômico-financeira contratual desde a concordância da Administração com o preço apresentado pelo particular em licitação.

Diante desse cenário, infere-se que a delimitação do lucro poderá acarretar grande desestímulo à participação das empresas nas licitações, considerando a insegurança jurídica quanto à manutenção das condições da proposta ao longo do contrato administrativo.

Além disso, a ingerência da Administração no lucro a ser auferido pelo particular poderá gerar, consequentemente, o tabelamento de preços no mercado e até mesmo tornar irrelevante a realização de licitação para a disputa do melhor preço, considerando que o único critério passível de alteração seria o relativo à habilitação dos licitantes.

Logo, só resta esperar o pronunciamento do Judiciário acerca da legalidade da intervenção administrativa no lucro praticado pelo particular. Enquanto isso, a Administração Pública Federal, com fundamento no princípio da supremacia do interesse público, no poder

geral de autotutela e, ainda, com base na interpretação do TCU, posiciona-se favoravelmente à limitação do lucro, seja em licitações ou em contratos administrativos.

Até o presente momento, não há pronunciamento judicial específico sobre o tema.

Referências Bibliográficas:

BULOS, Uadi Lammêdo. *Constituição Federal Anotada*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Congelamento de preços: tabelamentos oficiais*. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 91, p. 76-86, jul./set. 1989. apud LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Controle de Preços nos Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos Administrativos. Gestão, Teoria e Prática*. São Paulo: Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer sobre os limites da repactuação em contrato administrativo de prestação e serviços continuados*. Curitiba, 2014.[176]

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012.

LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Controle de Preços nos Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Reajustamento e Recomposição de Preços em Contrato Administrativo*. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/ download/43130/41793. Acesso em: jun.2017.

MEIRELLES. Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 113-114. apud LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Controle de Preços nos Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros.

[176] Por razões de sigilo profissional o parecer não será anexado ao presente trabalho.

MORAES. Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Jorge Alexandre. *Repactuação de Contratos de Prestação de Serviços de Execução Continuada*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/12190325. Acesso em: maio. 2017.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um Fundamento do Regime Administrativo. O princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC/15:

INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO E O MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL

Arthur Simas Pinheiro

Resumo

O artigo analisará, sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015, as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento e atestará discussões acerca situações pontuais que não estão inclusas nas hipóteses de cabimento do recurso. Por meio de uma análise da evolução histórica do recurso, discorre-se sobre as alterações do CPC/15 e os reflexos da criação do artigo 1.015 na doutrina e na jurisprudência. Disserta-se ainda, sobre a taxatividade do rol, a possibilidade de interpretação extensiva e exemplos de decisões interlocutórias que não estão dentro das hipóteses legais e que são passíveis de agravo. Finalmente, comenta-se sobre a possibilidade do mandado de segurança como sucedâneo recursal ao recurso de agravo de instrumento em situações excepcionais.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Agravo de instrumento. Taxatividade. Interpretação extensiva. Mandado de segurança. Sucedâneo recursal.

Abstract

This article will analyze under the optics of the Civil Process Code of 2015, the suitability hypothesis of the Interlocutory appeal and will certify the discussions over specific situations that are not included in this appeal suitability hypothesis. Through an analysis of the historical evolution of this resource it discourses the changings of the CPC/15 and the reflections over the creation of the 1.015 article, in the doctrine and the jurisprudence. Also discourses the taxactive list, the extensive interpretation possibility and the examples of interlocutory decisions that are not in the legal hypothesis which are liable for this appeal. At last, it comments the possibility of the Writ of mandamus as a substitute to the Interlocutory appeal in exceptional situations.
Key words: Civil Procedure. Interlocutory appeal. Taxactivity. Extensive interpretation. Writ of mandamus. Substitute appeal.

Introdução

Não é novidade que o CPC/15 teve como principal objetivo a celeridade do Poder Judiciário. Buscou o legislador proporcionar uma prestação jurisdicional mais simples, rápida e efetiva. Para se chegar a essa conclusão, basta uma rápida análise nas normas fundamentais do código, em especial nos artigos, 4º, 6º e 12º.

Nesse cenário, um dos grandes motivos para a elaboração do novo código foi o excessivo número de agravos de instrumentos nos tribunais. Isso porque, o modelo adotado pelo CPC/73 permitia uma recorribilidade ilimitada das decisões interlocutórias, atingindo proporções numéricas expressivas a ponto de chamar atenção do legislador.

Diante disso, o artigo 1.015 do CPC/15 restringiu as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, de modo que, atualmente, há previsão *numerus clausus* para o cabimento do recurso. Pretendeu-se, assim, primar pela economia e pela celeridade processual, restringindo os incisos do rol do mencionado dispositivo para temas de maior urgência, na tentativa de reduzir o enorme número de agravos de instrumentos nos tribunais.

O presente artigo busca analisar o rol do artigo 1.015 do CPC/15, uma vez que, junto com a mudança, vieram diversas dúvidas, divergências e críticas à nova sistemática do agravo de instrumento.

Para isso, pretende-se abordar, de forma sucinta, a evolução histórica do recurso de agravo de instrumento até o CPC/73. Também será relatado as principais alterações legais realizadas antes da promulgação do novo código de processo civil (Leis 9.139/95, 10.352/2001 e 11.187/2005).

Em seguida, delineou-se as principais alterações que o CPC/15 trouxe ao recurso de agravo de instrumento, enfatizando-se à limitação das hipóteses de cabimento do recurso por meio do artigo 1.015.

Serão estudados os reflexos na jurisprudência e as discussões doutrinárias que estão se estabelecendo desde que o legislador optou pela redação do artigo 1.015. O rol é taxativo? O rol é exemplificativo? Cabe interpretação extensiva? O mandado de segurança e a correição parcial poderão ser impetrados como sucedâneos recursais?

Há quem defenda que o rol é exemplificativo, não taxativo. Existem autores que afirmam que apesar do rol ser taxativo, cabe interpretação extensiva dos incisos. Por fim, ainda resta uma corrente que defende que o mandado de segurança e a correição parcial poderão ser sucedâneos recursais nas hipóteses não elencadas pelo legislador.

1. Evolução histórica do Agravo de Instrumento até o CPC/73

A origem do recurso de agravo advém do Direito Lusitano no reinado de D. Afonso IV (1325-1357). À época, o rei proibiu a apelação em separado contra as decisões interlocutórias, salvo quando dotadas de caráter terminativo do feito ou quando provocassem dano irreparável.[177]

Se o caso não estivesse acobertado por uma dessas hipóteses, somente poderia ser reparado durante o julgamento da apelação da sentença definitiva, sendo certo que o próprio juiz poderia revogar, a qualquer tempo, a decisão interlocutória que houvesse proferido, tanto *ex officio* quanto a requerimento da parte agravada.

Nesse cenário, e, pelo fato de não se admitir nenhum tipo de recurso contra as decisões interlocutórias, instituíram-se as *querimas* ou *querimônias*, cujo o objetivo era a reconsideração das decisões irrecorríveis, originado assim, a primeira ideia dos agravos.[178]

Sobre as *querimas* leciona a i. Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, *in verbis*:

> Significaram, então, uma reação a um silêncio quase que artificialmente imposto à parte. Eram um apelo ao príncipe, que se consubstanciava em queixas, que eram entregues ao monarca, quando este percorria o reino. Estas "querimas" eram apreciadas por "cartas diretas" e se davam "cartas de justiça" aos que se haviam queixado, produzindo-se a alteração da decisão, pelo próprio juiz que as tinha proferido, quando a ele se apresentava tal carta.[179]

Em 1446, Afonso V instituiu as Ordenações Afonsinas. Todavia, apenas em 1521, na segunda edição das Ordenações Manuelinas, surgiu o recurso de agravo. À época, haviam três tipos de sentenças: (i) as interlocutórias; (ii) as interlocutórias mistas; e (iii) as definitivas, de modo que a legislação vigente previa três agravos, o ordinário (*suplicatio*), o de instrumento e o de petição.

Das sentenças definitivas e das interlocutórias mistas era cabível apelação, se proferida por um juiz de primeiro grau, ou agravo ordinário, se fossem proferidas por autoridade superior.

Da sentença interlocutória cabia, tanto o agravo de instrumento, quanto o de petição, dependeria, apenas, do critério territorial, ou seja, "*a distância entre juízos "a quo" e "ad quem". Sendo de menos de cinco léguas, o agravo seria de petição; maior a distância, seria de instrumento".*[180]

Cumpre mencionar que as Ordenações Manuelinas também criaram o agravo no auto do processo, que foi consagrado em seu contorno definitivo em 1526, na Carta Régia de D. João III, sendo considerado o embrião do antigo agravo retido.[181]

O sistema adotado pelas Ordenações Filipinas manteve-se em Portugal até meados do século XIII. O Decreto n. 24, de 16 de maio de 1832, eliminou o agravo de instrumento, contudo tal exclusão

---

177 ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 595-596.

178 LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. A Nova Lei do Agravo: implicações e aplicabilidade. 4. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2012. p. 80.

179 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 40.

180 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 43.

181 NORONHA, Carlos Silveira. Do agravo de instrumento. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 242.

teve efêmera duração, já que, os Decretos de 29 de novembro de 1836 e o de 13 de janeiro de 1837 restabeleceram o recurso.[182]

No Brasil, vale lembra que as Ordenações Filipinas foram empregadas e, mesmo após a independência, constituíram a nossa primeira legislação processual.

Posteriormente, foi instituída uma Comissão para elaboração do projeto de um Código de Processo Civil. O Código de Processo Civil de 1939 (CPC/39) admitia as três hipóteses de agravo, isto é, de instrumento, de petição e no auto do processo, de modo que havia previsão *numerus clausus* para o cabimento do recurso de agravo de instrumento.[183]

Além dos incisos enumerados no art. 842 do CPC/39, havia casos de cabimento do agravo de instrumento previstos em lei. Em outras palavras, somente se poderia interpor tal recurso se houvesse lei que o previsse.[184]

Como muitas das decisões interlocutórias não se encontravam nos dispositivos legais, sobrevieram os institutos da correição parcial e da reclamação para os casos em que as decisões eram irrecorríveis, porém com potencialidade de causar grava dano à parte. Além disso, sobreveio a utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal.[185]

Sobre isso, vale transcrever as lições de Alfredo Buzaid na Exposição de Motivos do CPC/73:

> Os recursos de agravo de instrumento e no auto do processo (artigos 842 e 851) se fundam num critério meramente casuístico, que não exaure a totalidade dos casos que se apresentam na vida cotidiana dos tribunais. Daí a razão por que o dinamismo da vida judiciária teve de suprir as lacunas da ordem jurídica positiva, concedendo dois sucedâneos de recurso, a saber, a correição parcial e o mandado de segurança.[186]

---

182 NORONHA, Carlos Silveira. Do agravo de instrumento. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 29.

183 "Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões; I – que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; II – que julgarem a exceção de incompetência; III – que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; IV – que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem; V – que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade; VI – que ordenarem a prisão; VII – que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante; VIII – que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros; IX – que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; X – que decidirem a respeito de êrro de conta; XI – que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens; XII – que anularem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; XIII – que admitirem, ou não, o concurso de credores. ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; XIV – que julgarem, ou não, prestadas as contas; XV – que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; XVI – que negarem alimentos provisionais; XVII – que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens." (BRASIL. Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 27 jun. 2017.)

184 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 70.

185 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2078.

186 BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <

O Código de Processo Civil de 1973 eliminou a especificação *numerus clausus* das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Criou-se a regra geral que permitia a interposição do recurso sempre que se tratasse de uma decisão interlocutória.[187] Além disso, os agravos de petição e no auto do processo foram extintos, instituindo-se o agravo na modalidade retida.

As reformas legislativas ocorridas durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 alteraram substancialmente o recurso de agravo. A seguir, analisar-se-á as principais reformas (Leis 9.139/95, 10.352/2001 e 11.187/2005).

A primeira importante alteração do agravo de instrumento advém do art. 524 da Lei 9.139/95. *"O agravo de instrumento, que, de acordo com o modelo originariamente estabelecido pelo CPC de 1973, antes tramitava perante o juízo recorrido, passou a ser interposto diretamente no tribunal"*.[188]

Ademais, o art. 558 do CPC/73 passou a permitir a atribuição de efeito suspensivo ao agravo. A parte agravante deveria informar ao juízo de piso, no prazo de três dias, que havia interposto o recurso, possibilitando, assim, a reconsideração da decisão recorrida. E, ainda, majorou-se de cinco para dez dias o prazo para interposição do apelo.

Visando diminuir o número de agravos de instrumentos nos tribunais, a Lei 10.352/2001 ampliou o agravo em sua forma retida e restringiu as hipóteses na sua forma de instrumento. Também autorizou o relator a converter o agravo de instrumento em retido quando inexistisse provisão jurisdicional de urgência e não houvesse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação.

Contudo, a tentativa mais eficaz foi a da Lei 11.187/2005, que estipulou, como regra, o agravo retido. O agravo de instrumento se limitava às hipóteses de provisão jurisdicional de urgência ou havendo perigo de lesão grave e de difícil, ou incerta reparação.

Nesse sentido, leciona Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

> Verificar-se a clara intenção da Lei 11.187/2005 em restringir, ainda mais, o cabimento do agravo de instrumento, dando preferência à forma retida. A mudança é certamente uma reposta do legislador às dificuldades decorrentes do elevado número de agravos de instrumento interpostos nos tribunais (estaduais e federais), em especial nos grandes centros urbanos, inviabilizando a celeridade na prestação jurisdicional, bem como atrasando, muitas vezes, o julgamento de outros feitos, como as próprias apelações.[189]

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 27 jul. 2017.

[187] NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Idas e vindas do recurso de agravo na história: como ficou no Código de 2015. Migalhas. 2015. Disponível em < http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 16 jun. 2017.

[188] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 83-84.

[189] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Terceira fase da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 15.

Apesar da regra ter passado a ser o agravo retido, costumeiramente, os advogados, ao interporem agravo de instrumento, arriscavam-se em 2ª instância. Isso porque, a única consequência seria sua conversão em agravo retido conforme o art. 527, II, CPC/73.

Superado esse breve introito acerca da evolução do recurso, oportunidade em que se ponderou os principais marcos históricos, avancemos nas alterações trazidas pelo atual Código de Processo Civil ao agravo de instrumento e o seu procedimento.

2. O Agravo de Instrumento no CPC/15

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15) entrou em vigor no dia 18 de março de 2016. Dentre os principais temas relacionados, o rol taxativo de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, provavelmente, é um dos que mais repercutiu entre os processualistas.

O recurso passou a ser previsto no art. 1.015 do citado diploma legal e restabeleceu a previsão *numerus clausus* antevista no CPC/39 para o cabimento. Dito de outra forma, a partir de março de 2016, o recurso de agravo de instrumento somente será cabível nas hipóteses taxativas do art. 1.015 do CPC/15:

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
> I - tutelas provisórias;
> II - mérito do processo;
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
> VII - exclusão de litisconsorte;
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
> XII - (VETADO);
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.[190]

Urge ressaltar que, de acordo com o parágrafo único do art. 1.015, esse regime taxativo não restringe-se à fase de conhecimento, de modo que todas as decisões interlocutórias na fase de liquidação/cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário, são agraváveis.

Ademais, o CPC/15 optou por extinguir o agravo retido, consagrando-se, assim, o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Atualmente, as decisões interlocutórias não delineadas no rol do dispositivo supracitado não estão sujeitas à preclusão, posto que, conforme bem

[190] BRASIL. Código de processo civil (2015). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

disciplinado nos §§1º e 2º, do art. 1.009, do CPC/15, devem ser suscitadas em preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação.

Nesse diapasão, cumpre transcrever as lições de Alexandre Câmara:

> As decisões interlocutórias que não se enquadram no rol taxativo, porém, sendo não agraváveis, são irrecorríveis em separado, só podendo ser objeto de impugnação em apelação ou em contrarrazões de apelação. E este é um ponto que precisa ser destacado: a afirmação de que certa decisão interlocutória não é agravável não implica dizer que é ela irrecorrível. Contra as decisões interlocutórias não agraváveis será admissível a interposição de apelação (autônoma ou inserida na mesma peça que as contrarrazões)[191].

Na mesma linha ensina a professora Teresa Arruda Alvim Wambier:

> O agravo foi, indubitavelmente o recurso que mais sofreu alterações ao longo dos mais de vinte anos de reformas pelas quais passou o CPC/1973. O CPC de 1973, em sua última versão, com todas as alterações, previa o agravo de instrumento (como exceção) e o retido (como regra). Mas o fato é que todas as interlocutórias (com exceção da prevista pelo art. 527, parágrafo único, do CPC/1973) eram recorríveis. Isto não ocorre no sistema recursal do NCPC. A opção do NCPC foi a de a) extinguir o agravo retido, alterando, correlatamente, o regime das preclusões (as decisões sujeitas ao agravo retido, à luz do NCPC, podem ser impugnadas na própria apelação ou nas contrarrazões); e b) estabelecer hipóteses de cabimento em "numerus clausus" para o agravo de instrumento: são os incisos do art. 1.015,somados às hipóteses previstas ao longo do NCPC.[192]

De outra sorte, o atual *Codex* prevê três modalidades de agravos: o agravo de instrumento (art. 1.015), o agravo interno (art. 1.021) e o agravo em recurso especial ou extraordinário (art. 1.042). Por esse enfoque, os artigos 1.003, §5º e o 1.070 trouxeram uma das mais visíveis alterações, já que disciplinaram o prazo de 15 (quinze) dias úteis para qualquer agravo.

O agravo de instrumento será dirigido por meio de petição ao tribunal competente e deverá obedecer aos seguintes requisitos: (i) os nomes das partes; (ii) a exposição do fato e do direito; (iii) as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido; e (iv) o nome e endereço completo dos advogados constantes do processo.

Além disso, a petição deverá ser instruída com documentos denominados "peças", contudo essa exigência não se aplica no caso de os autos serem eletrônicos, consoante disciplina o §5º do art. 1.017. Tratando-se, porém, de autos físicos, o recorrente deve instruir o apelo com as peças, as quais se dividem em dois grupos: obrigatórias (art. 1.017, I) e facultativas (art. 1.017, III).[193]

As peças obrigatórias à época do CPC/73 eram: cópia da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

---

[191] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 520.

[192] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Temas Essenciais do Novo Código de Processo Civil, 1. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2015, pág. 449

[193] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 524.

O CPC/15 acrescentou a petição inicial, contestação e a petição que ensejou a decisão agravada. São peças facultativas: quaisquer peças que o agravante considerar úteis para a compreensão da controvérsia.

Eventual ausência de peça obrigatória deve ser declarada pelo advogado do recorrente, sob pena de sua responsabilidade pessoal (art. 1.017, II). Apesar do CPC/73 não ter norma expressa nesse sentido, era comum o uso dessa declaração para justificar a ausência de uma peça tida como obrigatória.[194]

Caso haja o descumprimento desse requisito formal, aplicam-se o §3º, do art. 1.017, e o parágrafo único do art. 932 do CPC/15, isto é, a concessão do prazo de 05 (cinco) dias para o agravante complemente a documentação.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, a oportunidade para complementar a(s) peça(s) faltante(s), consagra, segundo o i. doutrinador, o princípio da cooperação à luz do CPC/15:

> Tendo em conta a estrutura cooperativa do processo civil brasileiro (art. 6º, CPC), o relator tem o dever de viabilizar à parte a sanação de eventual vício existente no recurso, inclusive a complementação da documentação, no prazo de 5 (cinco) dias (artigo 932, parágrafo púnico, CPC). Trata-se de dever de prevenção.[195]

Interposto o agravo, e sendo eletrônico os autos, poderá o agravante requerer a juntada, no processo que tramita em primeira instância, de cópia da petição de interposição do recurso, do comprovante de sua interposição e do rol de documentos que o tenham instruído. Tal providência se trata de uma faculdade e tem a finalidade de provocar o juízo de retratação. Caso o juízo *a quo* se retrate deve informar imediatamente o relator que declarará prejudicado o recurso. Lado outro, não sendo eletrônicos os autos, a referida comunicação deixa de ser mera faculdade, conforme entendimento dos §§ 2º e 3º do art. 1.018.[196]

Recebido o agravo de instrumento, o relator designado, primeiramente, analisará se é o caso de aplicação do art. 932, incisos III (não conhecer, por decisão monocrática, recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado de forma específica os fundamentos da decisão agravada) e IV (negar provimento a recurso contrário a: i) Súmula do STF, STJ ou do próprio tribunal; ii) acórdão proferido pelos tribunais superiores em sede de recurso repetitivo; iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência).[197]

Não sendo hipótese de negativa de seguimento liminar, o relator, no prazo de 05 (cinco dias), deverá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou analisar pedido de tutela antecipada, caso haja pedidos expressos nesses sentidos. Além disso, deverá intimar a parte agravada para contrarrazoar o agravo de instrumento, no prazo de 15 (quinze) dias, conforme norma esculpida no inciso II, do art. 1.019, do CPC.

Quando for o caso de intervenção do órgão Ministerial, o relator também intimará o *Parquet*, de preferência, por meio eletrônico, para se manifestar no prazo de 15 (quinze) dias.

---

194 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1566.
195 MARINONI, Luiz Guilherme; ARRENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 880.
196 CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 525.
197 CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 527.

Por fim, será solicitado dia para julgamento, em prazo não superior a um mês da intimação do agravado, consoante determina o art. 1.020. Vale ressaltar que essa determinação se trata de prazo impróprio e vale, fundamentalmente, como recomendação ao relator.

3. Discussões sobre o rol do art. 1.015 do CPC/15

Dentre as principais alterações trazidas pelo CPC/15 em relação ao agravo de instrumento, não resta dúvida de que a mais impactante é a criação do rol taxativo do art. 1.015, o qual restringiu, consideravelmente, as hipóteses de cabimento do recurso.

O modelo adotado no código anterior, por possibilitar uma recorribilidade ilimitada das decisões interlocutórias, resultou em uma grande quantidade de agravos de instrumento perante os tribunais.

Segundo Nelson Nery Júnior: *"A crescente litigiosidade e cultura demandista existente no Brasil fez com que a recorribilidade pelo agravo, no sistema do CPC/1973, atingisse proporções numéricas bastante significativas [...]"*.[198]

Assim, tem-se que o grande objetivo do legislador em limitar o cabimento do agravo de instrumento a hipóteses específicas, foi o de tentar diminuir o expressivo número de recursos perante os tribunais.

Objetivou-se assim, primar pela economia e pela celeridade processual, restringindo o cabimento do agravo para temas de maior urgência, na tentativa de reduzir a imensa quantidade de agravos de instrumentos nos tribunais.

De outro lado, segundo pesquisa subsidiada pelo Ministério da Justiça e desenvolvida pela UFMG e UFBA, a dicotomia entre os dois modelos é apenas aparente. Isso porque, constatou-se que as hipóteses de irrecorribilidade do Projeto representam pouco menos de 12% dos agravos de instrumento interpostos. Concluiu-se, assim, que a inovação legislativa constante do CPC/15 vai alterar muito pouco a quantidade de recursos de agravo de instrumento existentes no TJBA.[199]

Em verdade, apenas com o tempo poderemos afirmar se a medida foi eficaz. O fato é que, diminuindo ou não o número de agravos nos tribunais, o rol do art. 1.015 do CPC/15 trouxe diversas discussões doutrinárias.

Há quem defenda que (i) o rol não é taxativo, mas exemplificativo, ou seja, permite hipóteses não previstas na lista legal. Lado outro, existe uma corrente que alega que (ii) apesar do rol ser taxativo, há a possibilidade de as hipóteses legais serem interpretadas extensivamente. Por fim, existem autores sustentando que o rol é taxativo, não se permitindo interpretação extensiva, e, nas hipóteses não previstas em lei, caberá mandado de segurança como sucedâneo recursal.[200]

---

198 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2078.

199 BRASIL. Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC. Brasília: Ministério da Justiça, p. 77. 2013. Disponível em<http://www.atlasdeacessoajustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_avaliacao_impacto.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

200 ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? In: Revista de processo, v. 41, n. 259, p. 246, set. 2016.

A seguir, analisar-se-á cada uma das correntes, para, ao final, concluir-se acerca a intepretação mais coesa sobre o rol do art. 1.015 do CPC/15 e as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

4. Rol taxativo ou exemplificativo

A taxatividade, ou não, do rol do art. 1.015 do CPC foi discussão imediata após a promulgação do CPC/15. O rol taxativo estabelece uma lista determinada, não dando margem para situações distintas daquelas positivadas. Em contrapartida, o rol exemplificativo é aquele que estabelece apenas alguns itens de uma lista, deixando-se a lista em aberto para que outros casos sejam inseridos no referido rol.

Atualmente, grande parte da doutrina entende que não há o que se falar em rol exemplificativo, assim somente serão impugnáveis por agravo de instrumento as decisões interlocutórias expressas no referido dispositivo legal:

> O art. 1.015 estabelece um rol taxativo (mas não exaustivo, já que há uma cláusula de encerramento no inciso XIII que prevê a possibilidade de outras disposições legais preverem outros casos de cabimento de agravo de instrumento). Assim, só é impugnável por agravo de instrumento a decisão interlocutória que, proferida por juízo de primeira instância, venha a se enquadrar em alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 1.015 ou que seja declarada agravável por alguma outra disposição legal.[201]

Sob esse raciocínio, a jurisprudência está se firmando:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MULTIPLA. CONHECIMENTO EM PARTE DO RECURSO. HIPOTESE NÃO ALBERGADA PELO ART. 1.015 DO CPC/15. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PESSOA JURÍDICA. DOCUMENTOS ANEXADOS. DENOTAM AUSÊNCIA PRESSUPOSTOS LEGAIS. INCAPACIDADE FINANCEIRA NÃO COMPROVADA.
> I - O art. 1.015, do Código de Processo Civil, estabelece taxativamente, quais as hipóteses cabe o agravo de instrumento, sendo este recurso restrito aos casos nele estabelecidos.
> II - Não há espaço interpretativo para o cabimento de agravo de instrumento contra decisões que não se inserem naquele rol.
> III-Não logrando pessoa jurídica em comprovar sua pobreza jurídica, não lhe pode ser concedido o benefício da gratuidade de justiça
> IV- Recurso parcialmente conhecido. NEGOU-SE provimento ao agravo de instrumento.[202]

De outro lado, existem autores que defendem que existem decisões que, apesar de não estarem incluídas no rol, poderiam ser objeto de agravo de instrumento. Flávio Luiz Yarshel, por exemplo, admite o cabimento do agravo de instrumento contra qualquer decisão proferida em sede de antecipação de provas:

> Foi infeliz a disposição que pretendeu restringir o cabimento de recurso, limitada que foi à hipótese da decisão que indeferir totalmente a produção

---

[201] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 520.
[202] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 961196. 20160020206999AGI, Rel. Gilberto Pereira de Oliveira, 3ª Turma Cível, DJe 29/08/2016.

> antecipada de prova. Aqui pareceu ignorar que o deferimento da antecipação pode violar direito constitucionalmente assegurados. No curso do processo é possível que haja atos de caráter decisório – sobre competência, composição de relação processual, de deferimento ou indeferimento de quesitos, de nomeação de perito suspeito, apenas para ilustrar – a gerar prejuízo imediato, pela simples razão de que, com a sentença nada resolverá sobre o mérito, isso tende a tornar realmente desnecessário eventual recurso de apelação.[203]

Com pensamento semelhante sobre o assunto, Luís Henrique Barbante Franzé ressalta que:

> [...] quando existe mecanismo suficiente previsto no sistema (agravo de instrumento), é melhor ampliar as suas hipóteses de incidência do que tolerar o uso deturpado do mandado de segurança, inclusive porque emperrará ainda mais os trabalhos do judiciário, já que se trata de novo processo. Com esta ordem de ideias, entendemos que deve ser dada conforme ao art. 1.015, do CPC/2015, para que seja cabível agravo de instrumento quando impugnar qualquer decisão interlocutória cujo o reexame seja urgente e/ou relevante, independentemente de estar no rol do art. 1.015, do CPC/2015.[204]

Discorda-se desse entendimento. O rol do art. 1.015 do CPC/15 é taxativo. Ignorar isso é desconsiderar totalmente a literalidade do CPC/15, além de violar o Princípio da Legalidade. Dessa forma, as hipóteses não delineadas no rol do art. 1.015 não poderão ser impugnadas por meio do agravo de instrumento.

5. Taxatividade e interpretação extensiva

De outra sorte, existem autores que defendem a tese de que o rol do art. 1.015 é taxativo. Contudo, as hipóteses legais são passíveis de uma interpretação extensiva, isto é, a depender do teor do inciso e da interlocutória em análise, há a possibilidade de se ampliar o cabimento recursal.

Segundo Eros Grau, a interpretação do direito se dá pelo fato não porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas sim porque aplicação e interpretação do direito são uma só operação, *"de modo que interpretamos para aplicar ao direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos".*[205]

Lado outro, norma e texto não se confundem. O texto (enunciado) é o sinal linguístico, enquanto a norma é o que se extrai do conteúdo do enunciado.[206]

Atualmente, é quase um postulado universal da ciência jurídica a tese de que não existe norma sem interpretação, ou seja, toda norma, pelo simples fato de ser posta, está sujeita a intepretação.[207] Para fins de estudo desse trabalho, analisar-se-á três tipos de interpretação: a especificadora, restritiva e extensiva.

---

[203] YARSHELL, Flávio Luiz. Das provas. In: WAMBIER, Teresa Aruda Alvim et al. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.042.

[204] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Agravo e o novo código de processo civil. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 227-228.

[205] GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25.

[206] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Apud. GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25.

[207] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 68.

A interpretação especificadora parte da premissa de que o sentido da norma cabe na letra de seu enunciado, ou seja, sem ampliá-la nem restringi-la. Nesse tipo de interpretação a letra da lei estará em consonância com a *mens legis* ou o espírito da lei, de modo que caberá ao intérprete apenas aferir a coincidência.[208]

A interpretação restritiva limita o sentido da norma, apesar da amplitude de sua expressão literal. Supõe-se, assim, que uma interpretação especificadora não atinge os objetivos da norma, uma vez que sua amplitude diverge dos interesses do intérprete.[209]

Finalmente, a interpretação extensiva amplia o sentido da norma para além de sua expressão literal. Não há o que se falar em desrespeito a *ratio legis* ou razão da lei. Isso porque, o legislador não poderia deixar de prever situações que não seriam alcançadas por uma interpretação especificadora.[210]

Em regra, não há dúvidas de que a norma deve ser interpretada literalmente. Todavia, também deve-se fazer uma análise crítica sistemática, de modo que o intérprete apure a necessidade de relativizar essa regra, sem se deixar, é claro, de contemplar o significado percebido na redação literal da norma.[211]

Bem assim, a interpretação extensiva é uma espécie de interpretação corretiva. Dessa forma, *"se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas"*,[212] no intuito de abarcar hipóteses desconsideradas pelo legislador.

Por esse enfoque, o Superior Tribunal de Justiça já consagrou o entendimento da possibilidade de se aplicar interpretação extensiva à previsão legal taxativa. No Recurso Especial nº 1.111.234/PR, em matéria tributária, o tribunal superior, embora reconheça a taxatividade da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitiu intepretação extensiva para serviços congêneres.[213] Em outras palavras, o STJ admitiu, para esse caso específico, interpretação extensiva a uma norma restritiva.

De outro lado, as hipóteses de cabimento da ação rescisória são taxativas. O inciso VIII, do antigo art. 485, do CPC/73, previa a ação rescisória para o caso de haver razão para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseava a sentença rescindenda. Apesar disso, a doutrina admitia o cabimento para os casos de reconhecimento da procedência do pedido e corrigia a referência à desistência, que deveria ser lida como renúncia ao direito sobre o que se funda a ação. Note-se que são situações semelhantes que fazem jus ao mesmo remédio normativo.[214]

Dessa forma, entende-se, portanto, ser perfeitamente viável interpretar extensivamente alguns incisos do art. 1.015 do CPC/15, na medida que a existência de um rol taxativo não implica em

---

[208] FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 267-268.

[209] FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 269.

[210] FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 271.

[211] FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 79.

[212] FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 271

[213] MAZZOLA, Marcelo. Agravo de instrumento e suas restritas hipóteses de cabimento: necessidade de flexibilização. In: Reflexões sobre o novo Código de processo civil. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 423.

[214] DIDIER Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. Reform. Salvador: JusPodvivm, 2016. v. 3. p. 209.

interpretação literal ou especificadora das hipóteses arroladas. Neste caso, taxatividade não se confunde com literalidade.[215]

Entretanto, não se pode deixar de esclarecer que, sim, alguns incisos do rol – em situações pontuais – poderão ser interpretados extensivamente, porém é inadmissível sobrepor o juízo pessoal de desaprovação do rol taxativo sobre a vontade legítima do legislador, *"fazendo com que o Novo CPC seja o que queremos, e não o que ele realmente é"*.[216]

Sobre o tema, vejamos as lições de Fredie Didier Jr:

> As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos. Tradicionalmente, a interpretação pode ser literal, mas há, de igual modo, as interpretações corretivas e outras formas de reinterpretação substitutiva. A interpretação literal consiste numa das fases (a primeira, cronologicamente) da interpretação sistemática. O enunciado normativo é, num primeiro momento, interpretado em seu sentido literal para, então, ser examinado crítica e sistematicamente, a fim de se averiguar se a interpretação literal está de acordo com o sistema em que inserido.[217]

Note-se que essa corrente nada se confunde com a que considera o rol exemplificativo. No primeiro caso, admite-se o agravo em situações diferentes das positivados no art. 1.015. Aqui, não se foge da redação do código, mas, apenas, reconhece-se que determinada hipótese é admitida pela regra.[218]

Com efeito, a possibilidade de o intérprete ampliar as hipóteses do rol taxativo do cabimento do agravo de instrumento tem causado além de discussões doutrinárias, jurisprudenciais também. As Turma Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios tem dado duplo entendimento à questão:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE ACOLHE PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA. CABIMENTO. ART. 1.015 DO CPC. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA E EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO RECURSO. DECISÃO MONOCRÁTICA REFORMADA.
> I. O Código de Processo Civil de 2015 não contempla a decisão que acolhe a preliminar de incompetência no rol dos pronunciamentos que podem ser impugnados por meio de agravo de instrumento descrito em seu artigo 1.015.
> II. Não obstante o caráter exaustivo do catálogo do artigo 1.015, não é vedado o recurso à interpretação extensiva ou analógica de alguma das hipóteses nele listadas, sobretudo com o propósito de favorecer a segurança jurídica e a razoável duração do processo.
> III. Se, por um lado, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento são

[215] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 520.
[216] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O novo CPC não é o que queremos que ele seja. Jota. Disponível em: < https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja-20072015>. Acesso em: 27 jun. 2017.
[217] DIDIER Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. Reform. Salvador: JusPodvivm, 2016. v. 3. p. 209.
[218] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? In: Revista de processo, v. 41, n. 259, p. 246, set. 2016.

> dispostas numerus clausus, de outro, mostra-se imperioso transigir quanto à possibilidade de extensão de alguma delas a situações dirimidas por decisões substancialmente similares.
> IV. Se é agravável a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem e, por via de consequência, estabelece a competência do órgão jurisdicional, não há razão para excluir da abrangência recursal do agravo de instrumento a decisão que estabelece a competência interna, isto é, a competência de um órgão jurisdicional em face dos demais.
> V. De acordo com a inteligência do parágrafo único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, no cumprimento de sentença a decisão sobre a competência do juízo da execução, arguida por meio de impugnação na forma do artigo 525, inciso VI, do mesmo diploma legal, pode ser impugnada mediante agravo de instrumento.
> VI. O mesmo pode ocorrer até mesmo no processo de execução, tendo em vista que a incompetência absoluta, muito embora em regra deva ser suscitada por meio de embargos à execução, nos termos do artigo 917, inciso V, do Código de Processo Civil, por força do artigo 64, § 1º, do mesmo Estatuto Processual, "pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício".
> VII. A interpretação analógica, também em função desse quadro processual, parece inelutável: se é cabível agravo de instrumento contra decisão acerca de competência no cumprimento de sentença e no processo de execução, deve sê-lo também na fase cognitiva.
> VIII. É o que também se verifica no inventário: o juiz considera que a questão que lhe foi submetida extravasa a cognoscibilidade do procedimento especial e remete as partes para as vias ordinárias, com arrimo no artigo 612 do Código de Processo Civil, essa decisão, que versa exatamente sobre competência, também desafia agravo de instrumento nos termos do parágrafo único do artigo 1.015.
> IX. Recurso conhecido e provido.[219]

Em sentido contrário, a grande maioria dos julgados entende pela impossibilidade de interpretação extensiva do rol do art. 1.015, do CPC/15:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. NÃO CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ROL TAXATIVO. ART. 1.015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO CONHECIMENTO.
> 1. O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 932, no inciso III, dispõe que incumbe ao Relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.
> 2. Sendo assim, consoante a nova sistemática atribuída ao meio recursal para impugnar decisão que discute competência, não é cabível agravo de instrumento para a hipótese.
> 3. O rol que prevê as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento é taxativo, nos termos do art. 1.015 do Novo Código de Processo Civil, não sendo cabível a interpretação extensiva para enquadrar o caso às previsões

[219] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 978761. 20160020344135AGI, Rel. Sérgio Rocha, Rel. Designado: James Eduardo Oliveira, 4ª Turma Cível, DJe 17/11/2016.

> contidas no texto legal.
> 4. Recurso não conhecido.[220]

Sob a nossa ótica, tal fato se explica em razão do inconformismo dos advogados com a opção do legislador em criar um rol taxativo para o cabimento do recurso. Devido ao pouco tempo de vigência do CPC/15, a prática da recorribilidade de todas as decisões interlocutórias (CPC/73), infelizmente, ainda é muito comum na rotina forense. Sobre esse ponto, é importante pontuar que a interpretação extensiva será possível apenas em situações pontuais e específicas, com o fito de garantir princípios como o da segurança jurídica e razoável duração do processo.

Ante tal divergência, estão sendo suscitados pelo Brasil Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas com o fito de uniformizar a questão. No Estado do Paraná por exemplo, o IRDR foi suscitado pelo próprio Desembargador Relator no AI n. 1600046-9, em acórdão unânime.[221] O incidente ainda não foi autuado.

Já no Estado de São Paulo, a parte requereu a instauração do IRDR com base em decisão monocrática que inadmitiu o agravo de instrumento por não haver previsão no rol taxativo do art. 1.015. O Tribunal inadmitiu o IRDR sob o fundamento de que: *"é perceptível a intenção do requerente em dar foro outro a este incidente, trazendo-o como verdadeiro sucedâneo de recurso"*,[222] o que é vedado no regime do IRDR.

Infere-se, portanto, que a discussão sobre a interpretação extensiva do rol do art. 1.015, do CPC/15, ainda gera bastante controvérsia e posições divergentes na jurisprudência e na doutrina. Contudo, entende-se que, em situações pontuais, existem decisões que comportam a interpretação extensiva e podem ser ajustadas às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

6. Exemplos de decisões interlocutórias que autorizam a interpretação extensiva

A primeira decisão interlocutória que, ao nosso ver, admite intepretação extensiva é a que posterga a apreciação do pedido liminar em tutelas de urgência *inaudita altera parte* para após a manifestação do réu. De fato, o inciso I, do art. 1.015 consubstancia a possibilidade de agravar da decisão que deferir, indeferir, revogar ou modificar a tutela provisória.[223]

Ocorre que o fato do autor não ter obtido a tutela de urgência sem prévia oitiva da outra parte, já é suficiente para configurar o interesse recursal. Referida situação se amolda ao dispositivo, uma vez que, embora não se trate de indeferimento expresso da tutela de urgência, possui equivalência.[224]

Sobre o tema, vejamos o que diz o enunciado 29 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: *"É agravável o pronunciamento judicial que postergar a análise do pedido de tutela provisória ou condicionar sua apreciação ao pagamento de custas ou a qualquer outra exigência".*

---

[220] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 967011. 20160020229540AGI, Rel. Gislene Pinheiro, 2ª Turma Cível. DJe 23/09/2016.

[221] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. AI nº 1600046-9, Rel. Fernando Antônio Prazeres, 14ª Câmara Cível. DJe 23/02/2017.

[222] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. IRDR nº 2081663-44.2017.8.26.0000, Rel. Borelli Thomaz, Órgão Especial. DJe 08/06/2017.

[223] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 521.

[224] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? In: Revista de processo, v. 41, n. 259, p. 246, set. 2016.

A segunda decisão é a que indefere a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução. Segundo Alexandre Câmara, *verbis*:

> [...] não há sentido em admitir agravo de instrumento contra decisão que revoga o efeito suspensivo anteriormente deferido aos embargos do executado e não admitir a interposição dessa mesma espécie recursal contra a decisão interlocutória que indefere a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do executado. Pois também esta decisão deve ser reputada agravável. E nem se diga que isso seria contraditório com a afirmação, há pouco feita, de que o rol de decisões agraváveis é taxativo. Taxatividade não se confunde com vedação à interpretação, a qual, muitas vezes, não poderá ser literal, sob pena de se construir um sistema jurídico verdadeiramente esquizofrênico.[225]

Assim, a decisão interlocutória que indefere a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor, é situação compatível com a do inciso X, do art. 1.015, do CPC/15, na medida que se entende plenamente viável a interpretação extensiva para essa hipótese.

Em outro vértice, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha defendem a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra as decisões que versem sobre incompetência (absoluta ou relativa), bem como as que não homologam ou negam eficácia a negócio jurídico processual, com base no inciso III, do art. 1.015.[226]

Diverge-se parcialmente. Conforme explicado em tópico anterior, a interpretação extensiva é cabível em situações pontuais, deve-se atentar para a finalidade para qual o dispositivo foi editado, ou seja, sua razão de ser. Acolher tal entendimento não significa interpretação extensiva, mas sim, desrespeitar os limites semânticos e a finalidade do dispositivo.[227]

Afirmar que todas as decisões interlocutórias que versem sobre competência seriam agraváveis é deturpar o instituto da interpretação extensiva. Ademais, não é demasiado rememorar que a convenção de arbitragem é apenas uma espécie de negócio jurídico processual, não há o que se falar em interpretação extensiva ao ponto de ampliar como um todo o sentido da norma.

Caso fosse a intenção do legislador colocar no rol todos os provimentos que versem sobre competência e negócios jurídicos processuais, ele teria colocado.[228]

De fato, não são todas as decisões que versam sobre competência passíveis de interposição de agravo de instrumento. Contudo, no caso de cláusula de eleição de foro, pela similitude com a convenção de arbitragem, entende-se como situação análoga do inciso III, do art. 1.015, do CPC/15. Isso porque, ambas são negócio jurídicos processuais compatíveis que tem a finalidade de designar um juízo específico (arbitral ou territorial).

---

[225] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 523.

[226] DIDIER Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. Reform. Salvador: JusPodvivm, 2016. v. 3. p. 216-217.

[227] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? In: Revista de processo, v. 41, n. 259, p. 246, set. 2016.

[228] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? In: Revista de processo, v. 41, n. 259, p. 252, set. 2016.

Ante o exposto, essas são as decisões que se compreende como passíveis de interpretação extensiva. No entanto, nada impede que outras ainda possam surgir a partir das dificuldades encontradas pela doutrina e pela jurisprudência na rotina forense.

7. Mandado de segurança como sucedâneo recursal

Antes de tudo, é importante relembrar o conceito de mandado de segurança. Vejamos:

> [...] mandado de segurança é a ação civil de rito sumaríssimo pela qual a pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*, em decorrência de ato de autoridade praticado com ilegalidade ou abuso de poder.[229]

O artigo 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009, preceitua que não cabe mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 267: *"não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".*

Conforme já visto, o legislador criou um rol taxativo para as hipóteses de cabimento do agravo e as interlocutórias que não se encontrarem no artigo 1.015 serão recorríveis por preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação.

Todavia, se a decisão interlocutória for capaz de gerar grave dano de difícil reparação, a ponto de não ser possível aguardar o momento do recurso de apelação, discute-se na doutrina, o retorno da possibilidade de impetração de mandado de segurança ou correição parcial como sucedâneos recursais assim como no CPC/39.

Existem autores que defendem o não cabimento do mandado de segurança, já que não há o que se falar em ausência de recurso. Ou seja, mesmo que em momento posterior, caberá o recurso de apelação contra as decisões interlocutórias não abrangidas no rol do artigo 1.015.

Em outro vértice, há uma corrente que sustenta a ação mandamental como sucedâneo recursal do agravo de instrumento, para os casos em que não se possa aguardar o momento da apelação. Nessa linha, vejamos os ensinamentos da professora Teresa Arruda Alvim Wambier:

> Esta opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, no ordenamento jurídico ainda em vigor, tornou-se ainda mais rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte não poderia esperar.[230]

No mesmo sentido, leciona José Miguel Garcia Medina:

---

[229] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 612.

[230] WAMBIER. Teresa Arruda Alvim et. al. Primeiros comentários ao novo CPC: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1453.

> O agravo de instrumento, à luz do CPC/15, é cabível somente nas hipóteses previstas em lei. Disso resulta a taxatividade do cabimento do agravo de instrumento. De algum modo, procurou o legislador antever, com base na experiência haurida na vigência da lei processual revogada, os casos em que, sob a nova lei, justificariam a recorribilidade imediata da decisão interlocutória. A riqueza das situações que podem surgir no dia a dia do foro, porém, escapam da inventividade do legislador. Nesses casos, à falta de recurso que possa ser usado imediatamente contra a decisão, poderá ser o caso de se fazer o uso de mandado de segurança.[231]

De fato, o mandado de segurança poderá ser impetrado como sucedâneo recursal do agravo de instrumento. Entretanto, seu cabimento não se dá de forma automática. Ou seja, não é toda interlocutória não prevista no rol do artigo 1.015 passível de mandado de segurança. Tendo em vista a recorribilidade das decisões interlocutórias não agraváveis, o mandado de segurança somente será cabível se a decisão causar à parte dano irreparável ou de difícil reparação, de modo que não se possa aguardar o desfecho do recurso de apelação.[232]

Também vale mencionar que, o STF e o STJ permitem a relativização da súmula 267 e o consequente cabimento da segurança em detrimento de ato judicial, em casos em que houver manifesta ilegalidade ou quando a decisão seja evidentemente teratológica.

Note-se que o entendimento se trata da exceção da exceção. Não se sustenta aqui a impetração de mandado de segurança de forma desordenada e com base em meros inconformismos com a opção do legislador do CPC/15.

Pois bem. O mandado de segurança poderá ser impetrado contra decisões não agraváveis. Todavia, qual o prazo para impetrá-lo? 120 (cento e vinte) dias conforme o artigo 23, da Lei nº 12.016/2009? Ou 15 (quinze) dias de acordo com o artigo 1.003, §5º, do CPC/15?

Sobre esse questionamento, entende-se que, por se tratar de um sucedâneo recursal do agravo de instrumento, o prazo para a impetração da ação mandamental é o de 15 (quinze) dias úteis (artigos 1.003, §5º e 219 do CPC/15). Nesse diapasão, vejamos trecho da ementa do acórdão proferido pela Ministra Nancy Andrighi, no Recurso em Mandado de Segurança nº 43439/MG:

> [...] Na ausência de interposição de embargos de declaração, terá a parte o prazo de 5 dias para a impetração do writ, contado da publicação da decisão, sob pena de tornar-se imutável o decisum, e, portanto, inadmissível o mandado de segurança, nos termos do art. 5º, III, da Lei 12.016/2009 e da súmula 268/STF. Acaso interpostos os aclaratórios, esse prazo fica interrompido, considerando que o mandamus é utilizado, nessas hipóteses, como sucedâneo recursal.[233]

De outra sorte, conforme dito em linhas pretéritas, também era comum o uso da correição parcial na sistemática do CPC/39. Contudo, com o advento do CPC/73, o agravo de instrumento passou a ser cabível contra toda decisão interlocutória, o que restou esvaziada a utilização do meio de impugnação.

---

[231] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1398-1399.

[232] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? In: Revista de processo, v. 41, n. 259, p. 256, set. 2016.

[233] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 43439/MG, Rel. Nancy Andrighi, 3ª Turma. DJe 01/10/2013.

Nesse viés, há também quem defenda o retorno do uso da correição parcial para as decisões interlocutórias não previstas no artigo 1.015 do CPC/15:

> [...] se a interlocutória tiver potencialidade de causar imediato gravame de difícil ou impossível reparação, de tal sorte que não se possa esperar seja exercida a pretensão recursal como preliminar de apelação, pode ser, desde logo, submetida ao exame do tribunal competente para conhecer da apelação, pelo exercimento do mandado de segurança e da correição parcial.[234]

Segundo Araken de Assis, o conceito de correição parcial é: *"remédio que, teoricamente sem interferir com os atos decisórios, beneficia os litigantes que se elegem vítimas de erros ou de abusos, que invertam ou tumultuem a ordem dos atos processuais".*[235]

A correição parcial, portanto, constitui medida administrativa ou disciplinar destinada a informar a prática de ato processual pelo magistrado, consistente em *"error in procedendo"* caracterizador de abuso ou inversão tumultuária do andamento do processo, quando para o caso não existir um recurso previsto na lei processual.

Não se vê como certo aceitar a correição parcial como sucedâneo recursal do agravo de instrumento. Isso porque, não há o que se falar em inexistência de recurso, já que as decisões que não se encontram no rol do art. 1.015 devem ser suscitadas em preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação.

Cassio Scarpinella Bueno leciona:

> O que importa destacar e não se pode olvidar para os fins presentes, é que correição parcial não pode, mormente quando disciplinada por leis ou atos infralegais dos Estados, querer fazer as vezes de quaisquer recursos porque isso violaria o inciso I do artigo 21 da Constituição Federal, segundo o qual compete privativamente à União Federal legislar sobre o processo civil.[236]

De fato, à época do CPC/39, quando também havia previsão *numerus clausus* para o cabimento do recurso de agravo de instrumento, o uso da correição parcial também se tornou comum como o do mandado de segurança. Ocorre que, o CPC/39 deixava diversas decisões interlocutórias irrecorríveis, o que, atualmente, não mais se repete.

Por fim, no intuito de exaurir todos os posicionamentos, vale mencionar que existe também uma corrente minoritária que defende o uso do poder geral de cautela do artigo 299 como solução para a recorribilidade das interlocutórias não delineadas no artigo 1.015.

Ana Beatriz Presgrave sustenta que *"a utilização da tutela de urgência antecedente recursal seja a solução adequada e menos lesiva ao sistema".*[237] Em outras palavras, a processualista entende

---

[234] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2078.

[235] ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 881.

[236] BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Recursos, processos e incidentes nos tribunais – Sucedâneos Recursais – técnicas de controle das decisões judicias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 447.

[237] PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O problema do rol taxativo do 1015: há uma solução no CPC? Jusbrasil. 2017. Disponível em < https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/460956892/o-problema-do-rol-taxativo-do-1015-há-uma-solucao-nocpc?inf_contact_key=3dc898d64ebb825054ef10f10e82a4d5db39769bda0ff749c8 8a2e938e2d3467>.

que as interlocutórias não descritas nas hipóteses taxativas do agravo de instrumento, poderão ser impugnadas por meio da tutela de urgência antecedente recursal, ou seja, antes da interposição de apelação.

O posicionamento nos parece equivocado. O CPC/15 pressupõe que para pleitear a tutela cautelar recursal o recurso já deve ter sido interposto. Entender de forma contrária é desconsiderar o pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação consubstanciado no §3º do artigo 1.012.

8. Conclusão

As questões enfrentadas no presente artigo podem, a título de conclusão, ser compiladas nas seguintes proposições.

1. Por se tratar de um recurso bastante usual em nosso ordenamento jurídico, o agravo de instrumento, ao longo dos tempos, sempre fomentou interessantes discussões doutrinárias/jurisprudenciais. A evolução histórica do recurso foi determinante para o desfecho do novo Código de Processo Civil.

2. Com o advento do CPC/15, o recurso sofreu alterações em seu procedimento, no prazo para sua interposição e na sua forma. Contudo, a mudança mais significativa foi a no rol das decisões agraváveis. Assim como no CPC/39, o código atual prevê um número limitado de decisões interlocutórias agraváveis (art. 1.015, do CPC/15). As decisões interlocutórias não descritas no rol legal, devem ser suscitadas em preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação. (§§1º e 2º, do art. 1.009, do CPC/15).

3. Dentre as principais polêmicas sobre o rol do artigo 1.015 encontram-se em destaque: (i) a taxatividade do rol; (ii) a possibilidade de o rol taxativo ser interpretado de forma extensiva; e (iii) a possibilidade de ser impetrado mandado de segurança como sucedâneo recursal do agravo de instrumento.

4. O rol do artigo 1.015 do CPC/15 é taxativo. Ou seja, os incisos do dispositivo compõem uma lista determinada, não dando margem para situações distintas daquelas positivadas. Defender tese contrária, é confrontar um dos grandes objetivos do novo código, diminuir a quantidade de agravos de instrumento nos tribunais primando pela economia e celeridade processual.

5. De outro lado, é necessário admitir-se a interpretação extensiva de alguns incisos do artigo 1.015 do CPC/15 em certas situações pontuais. Isso porque, taxatividade não se confunde com literalidade. A interpretação extensiva é uma espécie de interpretação corretiva, de modo que o legislador não pode antever todas as situações que podem surgir na rotina forense. O que não se pode admitir é desrespeitar os limites semânticos e a finalidade do dispositivo.

6. A título de exemplo de decisões interlocutórias passíveis de agravo, muito embora não previstas nas hipóteses de cabimento, temos: (i) a que posterga a apreciação do pedido liminar em tutelas

Acesso em: 20 jul. 2017.

de urgência *inaudita altera parte* para após a manifestação do réu; (ii) a que indefere o pedido de efeito suspensivo aos embargos de execução; e (iii) a que versar sobre cláusula de eleição de foro.

7. Noutro vértice, em que pese o teor da súmula nº 267 do STF, será possível a impetração do mandado de segurança como sucedâneo recursal, em hipóteses absolutamente excepcionais. Isto é, em casos em que não se possa aguardar o momento da apelação, havendo manifesta ilegalidade ou a decisão seja evidentemente teratológica, a ponto de causar dano de grave ou difícil reparação a parte.

8. Não se pode admitir o uso da correição parcial como sucedâneo recursal do agravo de instrumento. O uso do instituto como recurso é incompatível com o inciso I do artigo 21 da Constituição Federal. Além disso, a correição é utilizada apenas em caso de não existir um recurso previsto na lei processual, o que não ocorre em razão dos §§1º e 2º, do art. 1.009, do CPC/15.

9. Por fim, concluiu-se também que, a tutela de urgência antecedente recursal não pode ser utilizada como solução para a recorribilidade das interlocutórias não delineadas no artigo 1.015. O poder de cautela positivado no artigo 299 pressupõe que o recurso já deve ter sido interposto, e, segundo este posicionamento, a tutela seria pleiteada antes da interposição da apelação.

9. Referências Bibliográficas

ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC. Brasília: Ministério da Justiça, p. 77. 2013. Disponível em <http://www.atlasdeacessoajustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_avaliacao_impacto.pdf >. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRASIL. Código de processo civil (1939). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Código de processo civil (2015). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 43439/MG, Rel. Nancy Andrigui, 3ª Turma. DJe 01/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 961196. 20160020206999AGI, Rel. Gilberto Pereira de Oliveira, 3ª Turma Cível, DJe 29/08/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 978761. 20160020344135AGI, Rel. Sérgio Rocha, Rel. Designado: James Eduardo Oliveira, 4ª Turma Cível, DJe 17/11/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 967011. 20160020229540AGI, Rel. Gislene Pinheiro, 2ª Turma Cível. DJe 23/09/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. AI nº 1600046-9, Rel. Fernando Antônio Prazeres, 14ª Câmara Cível. DJe 23/02/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. IRDR nº 2081663-44.2017.8.26.0000, Rel. Borelli Thomaz, Órgão Especial. DJe 08/06/2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Recursos, processos e incidentes nos tribunais – Sucedâneos Recursais – técnicas de controle das decisões judicias. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. Reform. Salvador: JusPodvivm, 2016. v. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Agravo e o novo código de processo civil. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O novo CPC não é o que queremos que ele seja. Jota. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja-20072015>. Acesso em: 27 jun. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Terceira fase da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Método, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. A Nova Lei do Agravo: implicações e aplicabilidade. 4. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARRENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZOLA, Marcelo. Agravo de instrumento e suas restritas hipóteses de cabimento: necessidade de flexibilização. In: Reflexões sobre o novo Código de processo civil. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 3. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo civil modero: recursos e ações autônomas de impugnação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NORONHA, Carlos Silveira. Do agravo de instrumento. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Idas e vindas do recurso de agravo na história: como ficou no Código de 2015. Migalhas. 2015. Disponível em < http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 16 jun. 2017.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O problema do rol taxativo do 1015: há uma solução no CPC? Jusbrasil. 2017. Disponível em < https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/460956892/o-problema-do-roltaxativo-do-1015-há-uma-solucaonocpc?inf_contact_key=3dc898d64ebb825054ef10f10e82a 4d5db39769bda0ff749c88a2e938e2d3467>. Acesso em: 20 jul. 2017.>. Acesso em: 20 jul. 2017.

ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? In: Revista de processo, v. 41, n. 259, p. 246, set. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim et. al. Primeiros comentários ao novo CPC: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. Das provas. In: WAMBIER, Teresa Aruda Alvim et al. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O USO DE ARMAS QUÍMICAS NA GUERRA CIVIL SÍRIA: IMPLICAÇÕES LEGAIS À LUZ DO ESTATUTO DE ROMA

THE USE OF CHEMICAL WEAPONS IN THE SYRIAN CIVIL WAR: LEGAL IMPLICATIONS IN THE LIGHT OF THE ROME STATUTE

Beatriz Lima da Silva Andrade

RESUMO: O artigo versa sobre o uso de armas químicas no conflito civil sírio e as suas implicações legais à luz do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional. A guerra civil síria vem chocando o mundo por sua violência exacerbada e flagrantes violações ao direito humanitário e aos direitos humanos, principalmente contra a população civil daquele país. O Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, é o fruto de uma construção histórica que se deu com os Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio e os Tribunais para ex-Iugoslávia e Ruanda. Responsável por julgar os crimes mais bárbaros conhecidos pelo homem, como os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, a corte pode vir a ser responsável por um possível julgamento dos responsáveis pelos crimes cometidos no conflito. O objetivo do presente trabalho é apresentar a aludida conduta como um crime de guerra e expor a necessidade de os responsáveis serem levados a julgamento perante a corte. A análise foi feita a luz do Estatuto de Roma e de textos bibliográficos sobre e o tema.
PALAVRAS-CHAVE: Estatuto de Roma; Tribunal Penal Internacional; Guerra Civil Síria; Crimes de Guerra.

ABSTRACT: The paper discusses the use of chemical weapons in the Syrian civil war and their legal implications in light of the Rome Statute that establishes the International Criminal Court. The Syrian civil war have been shocking the world by its increasing violence and violations of the humanitarian international law and international human rights, especially against the civilian population of that country. The International Criminal Court, created by the Rome Statute, is the result of a historic construction that took place with the Military Courts of Nuremberg and Tokyo and the Courts for the former Yugoslavia and Rwanda. Responsible for judging the most barbaric crimes known to man, such as crimes against humanity and war crimes, the court may be responsible for a possible trial of those responsible for the crimes committed in the conflict. The purpose of this paper is to present the use of chemical weapons in the Syrian conflict as a war crime and to expose the need for those responsible for that conduct to be brought to justice before the court. The analysis was made in light of the Rome Statute and bibliographic texts on and the subject.

KEY-WORDS: Rome Statute; International Criminal Court; Syrian Civil War; War Crimes.

INTRODUÇÃO

A guerra civil síria começou em março de 2011, após as manifestações contra o governo do presidente Bashar Al-Assad tomarem conta das principais cidades do país. E o que o mundo achava que seria apenas mais uma revolta ligada à primavera árabe vem se mostrando um conflito muito mais complicado do que aqueles que ocorreram no Egito e Tunísia. Em quase 7 anos de conflito, a crise humanitária no país não mostra sinais de que irá terminar em um futuro próximo, o que significa que a

população civil síria continuará sofrendo nas mãos de um governo sanguinário e totalitário, e de grupos rebeldes que não mostram sinais de que se importam com os direitos de seu povo.

As razões que levam o conflito sírio a estar durando tanto tempo datam desde a antiguidade, mas no último século esses motivos foram agravados em função da política colonialista aplicada no Oriente Médio pela França e Reino Unido, após a Primeira Guerra Mundial. O contorno religioso e sectário que o conflitou tomou se dá em razão das centenas de anos de história da região, mas é certo que não é o único motivo do conflito estar durando tanto tempo. As influências de países como Rússia, Estados Unidos e Turquia no conflito são, em grande parte, a razão da guerra não mostrar sinais de que está chegando a um fim.

O uso de armas químicas pelas partes envolvidas no conflito vem sendo denunciado pelas agências das Nações Unidas e pelos países que observam de perto os beligerantes. Proibido pelo Protocolo de Genebra, o uso de tais armas é considerado um crime de guerra pelas normas internacionais. Poderiam então os responsáveis pelos ataques realizados com as aludidas armas serem levados a julgamento perante o Tribunal Penal Internacional, nos termos do Estatuto de Roma?

O Tribunal Penal Internacional, com sede em Haia, é o resultado de uma longa tradição de tribunais *ad hoc*, que fizeram com que a comunidade internacional percebesse a necessidade da criação de uma corte permanente para julgar os crimes mais graves que afetam a humanidade como um todo.

As questões abordadas pelo presente trabalho são: pode o Tribunal Penal Internacional julgar os indivíduos responsáveis pelos crimes cometidos na guerra civil síria, uma vez que a Síria não faz parte do tratado que cria a corte, o Estatuto de Roma? E, a tipificação do uso de armas químicas a luz do Estatuto de Roma. Além do histórico de tribunais que levaram a criação da corte permanente e os principais aspectos do Estatuto de Roma.

Para tanto, foi utilizado um método dialético que permitiu a análise dos textos de forma qualitativa, apresentando o referido Estatuto de forma descritiva, envolvendo a análise de outros autores acerca do Tribunal Penal Internacional.

Em um primeiro momento foi abordado o histórico do conflito em que a Síria está mergulhada no momento e do uso de armas químicas na guerra. Posteriormente foram analisados os principais aspectos dos Tribunais Militares de Nuremberg e do Extremo Oriente em Tóquio e os Tribunais para ex-Iugoslávia e Ruanda, além dos pontos mais relevantes do Estatuto de Roma para o desenvolvimento do tema. Por fim, foram tratadas as implicações legais do uso de armas químicas na guerra civil síria.

1 De Sykes-Picot à guerra civil síria

Em 2000, após a morte de seu pai, Hafez al-Assad, que governou por 30 anos o país, Bashar

al-Assad torna-se presidente da Síria, por meio de uma manobra do partido Baath, controverso desde o início de seu governo, Assad permanece no poder após 6 anos de conflito no país.

Os motivos da guerra no país datam desde a antiguidade[238], mas restringiremos o estudo para fins didáticos somente aos eventos do século passado. A disputa étnica e religiosa presentes até hoje na região se dá, em parte, em razão da política colonial francesa e inglesa e, especificamente na Síria, em razão da primeira que dividiu o território do país em áreas governadas por grupos aluítas, minoria no país, em detrimento da maioria sunita que até hoje não encontra representação no governo de Bashar al-Assad.[239]

Uma das falas mais irreverentes do cinema é "pode haver honra entre ladrões, mas não entre políticos"[240] do famoso filme Lawrence da Arábia, tal fala traduz de forma clara o momento histórico que sucedeu os eventos retratados no filme. Após a conquista de pontos estratégicos do Império Turco-Otomano pela milícia árabe e o exército britânico, é firmado o famoso acordo Sykes-Picot, de 1916. O referido acordo foi pactuado ente França e Grã-Bretanha, as duas grandes superpotências da época, dividindo o Oriente Médio em áreas de influências a serem controladas, direta e indiretamente, pelas partes, a despeito da promessa por parte dos britânicos de reconhecerem um nação árabe.[241] O referido acordo foi o golpe de misericórdia da política colonialista ocidental na região, por volta de 1920 somente quatro países da região se mantinham livres, de alguma forma, do controle ocidental: Turquia, Arábia Saudita, Irã e Afeganistão. O recuo colonialista do ocidente na área só se daria após a segunda guerra mundial.[242]

Sir Mark Sykes e François Georges Picot ao firmarem o infame acordo, que leva o nome dos dois, não vislumbravam o nascimento de Estados árabes em suas áreas de influência[243] e nem se importavam com as políticas da região, neste sentido:

---

[238] AGUILAR, Sergio L. C. FURTADO, Gabriela. RODER, Henrique. A guerra civil síria, o Oriente Médio, e o sistema Internacional. **Série Conflitos Internacionais.** Volume 1, nº 6. Dez. 2014. Disponível em <https://www.marilia.unesp.br/Home/Extensao/observatoriodeconflitosinternacionais/a-guerra-civil-siria.pdf> Acesso em: 31 de maio de 2017.

[239] AGUILAR, Sergio L. C. FURTADO, Gabriela. RODER, Henrique. A guerra civil síria, o Oriente Médio, e o sistema Internacional. **Série Conflitos Internacionais.** Volume 1, nº 6. Dez. 2014. Disponível em <https://www.marilia.unesp.br/Home/Extensao/observatoriodeconflitosinternacionais/a-guerra-civil-siria.pdf> Acesso em: 31 de maio de 2017.

[240] LAWRENCE da Arábia. Direção: David Lean. Produção: Sam Spiegel. Columbia Pictures: 1962, 1 DVD.

[241] MALLON, Elias D. Sykes-Picot and the making of the modern Middle East. **The American Magazine**. 17 de maio de 2016. Disponível em < http://www.americamagazine.org/issue/colonial-creations> Acesso em: 27 de junho de 2017.

[242] HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

[243] MALLON, Elias D. Sykes-Picot and the making of the modern Middle East. **The American Magazine**. 17 de maio de 2016. Disponível em < http://www.americamagazine.org/issue/colonial-creations> Acesso em: 27 de junho de 2017.

> As potências coloniais eram ignorantes das etnias, línguas, culturas e religiões da região ou não se preocupavam com elas, mesmo quando da administração otomana, que era relativamente brutal, levava tais fatores em conta. Nenhum dos países árabes recentemente delineados existiu no Oriente Médio na sua forma atual antes do fim da guerra. Embora palavras como Síria, Líbano e Israel apareçam na Bíblia, em nenhum lugar eles se referem aos estados-nação modernos da região[244]

Os turcos-otomanos sabiam que a região não possuía consistência religiosa, política ou cultural para ser tratada como uma unidade e, sendo assim, dividiram a área em regiões administrativas chamadas de *vilayets.* Grande porção da Arábia era governada pelo xerife Hussein bin Ali, um árabe hashemita considerado descendente direto do profeta Maomé e, parente não tão distante, do líder iraquiano Saddam Hussein, mais tarde o xerife (1916-1918) lideraria a Revolta Árabe contra o Império Turco-Otomano saindo do conflito vitorioso e rei da Arábia.[245] A porção oriental da Arábia era governada por famílias influentes da região como a família Saud, que seguia o wahabismo[246] que até hoje é o islamismo praticado na Arábia Saudita e é fundamento religioso para o grupo terrorista Estado Islâmico.[247]

Apesar de não ser a única causa dos conflitos atuais no oriente médio é clara a influência que o acordo possui na região mesmo após 100 anos de sua assinatura. O que existe hoje no Oriente Médio são nações artificiais criadas para alavancar vantagens para as grandes nações que exercem influência na área e que pouco consideram os interesses dos povos locais.[248]

O Estado Islâmico ao tomar Mosul declarou o fim do acordo Sykes-Picot e da influência estrangeira na região. A revista Dabiq, um meio de propaganda do Estado Islâmico, tem seu nome originado do local onde, segundo o grupo terrorista, será o confronto final entre cristãos e islâmicos e não aleatoriamente era um dos locais que Sir Mark Sykes garantiu influência britânica. A área que já foi palco de importantes batalhas durante o período de dominação grega, romana e turco-otomana hoje está

---

[244] MALLON, Elias D. Sykes-Picot and the making of the modern Middle East. **The American Magazine**. 17 de maio de 2016. Disponível em < http://www.americamagazine.org/issue/colonial-creations> Acesso em: 27 de junho de 2017. No original: *"The colonial powers were either ignorant of the ethnic, linguistic, cultural and religious fault lines of the region or were not concerned about them even where the fairly brutal Ottoman administration had taken these into account. Not one of the newly delineated Arab states existed in the Middle East in its present form before the end of the war. Although words like Syria, Lebanon and Israel appear in the Bible, nowhere did they refer to the modern nation states of the region"*

[245] LEWIS, Bernad. **O Oriente Médio: do advento do cristianismo aos dias de hoje**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

[246] Movimento ultraconservador que prega o islã em sua forma mais radical.

[247] MALLON, Elias D. Sykes-Picot and the making of the modern Middle East. **The American Magazine**. 17 de maio de 2016. Disponível em < http://www.americamagazine.org/issue/colonial-creations> Acesso em: 27 de junho de 2017.

[248] MALLON, Elias D. Sykes-Picot and the making of the modern Middle East. **The American Magazine**. 17 de maio de 2016. Disponível em < http://www.americamagazine.org/issue/colonial-creations> Acesso em: 27 de junho de 2017.

novamente mergulhada em guerra.[249]

Em meados de 1954, ascende ao poder no Egito Gamal Abdel Nasser, propondo um novo nacionalismo árabe na região: o pan-arabismo. Surge assim o partido Baath, com elementos socialistas e étnicos árabe. Logo a ideologia se espalha pela região chegando até a Síria. Posteriormente, os dois países formariam a República Árabe Unida que, apesar de ter tido vida curta, durou apenas 3 anos, foi um expoente da política pan-arabista da época.[250]

Quando, em 1956, Nasser nacionaliza o Canal de Suez trás para a região conflito entre seu país e Israel, Reino Unido e França, iniciando a Guerra do Suez. Apesar do conflito não ser relevante para o tema tratado no presente artigo é importante ressaltar que o conflito estreitou os laços entre a comunidade árabe e a Antiga União Soviética, que apoiou Nasser em sua empreitada e posteriormente demonstrou interesse em países governado pelo partido Baath, fornecendo armas e financiando obras públicas.[251] Mesmo com o fim da União Soviética os laços feitos no período não foram desfeitos, a exemplo disto temos o apoio da Rússia a Assad na guerra civil síria. Nasser morre em 1970, mas o partido continua vivo e Hafez al-Assad, membro do partido Baath, assume a liderança da Síria depois de um golpe de Estado permanecendo no poder até 2000.

Influenciados pelos levantes da primavera árabe[252], ativistas e parte da população síria, em março de 2011, foram as ruas protestar contra o regime ditatorial de Bashar al-Assad após a prisão de adolescentes que pintaram palavras revolucionárias em muros de escolas na cidade de Deera. A fim de amenizar os protestos, Assad fez algumas concessões aos rebeldes como terminar o estado de emergência do país, que já durava 48 anos, no entanto tais concessões não foram suficientes para acalmar os ânimos das ruas e os conflitos armados entre forças do governo e manifestantes se espalharam pela Síria.[253]

Hoje é possível identificar atuações de diversos grupos no conflito, porém os principais e mais ativos são as forças do exército sírio sob o comando do governo de Bashar al-Assad e seu maior opositor: o Exército Livre da Síria, composto por civis e militares desertores do exército de Assad. Existem

---

[249] BARR, James. Sykes-Picot is not to blame for Middle East's problems. **AlJazeera.** 16 de maio de 2017. Disponível em: < http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2016/05/sykes-picot-blame-middle-east-problems-160516083606123.html> Acesso em: 30 de maio de 2017.

[250] JÚNIOR, Automagno da Silva. JÚNIOR, José Augusto Brandão de Vilhena. SILVA, Reynaldo Correia Loureiro da. **Descolonização da África e Ásia e o terceiro mundo.** Brasília: Editora Geração Digital, 2017.

[251] JÚNIOR, Automagno da Silva. JÚNIOR, José Augusto Brandão de Vilhena. SILVA, Reynaldo Correia Loureiro da. **Descolonização da África e Ásia e o terceiro mundo.** Brasília: Editora Geração Digital, 2017.

[252] Revoltas populares em países majoritariamente árabes contra governos ditatoriais, tendo início em 2010 na Tunísia e afetando em seguida Egito, Líbia, Jordânia etc.

[253] AGUILAR, Sergio L. C. FURTADO, Gabriela. RODER, Henrique. A guerra civil síria, o Oriente Médio, e o sistema Internacional. **Série Conflitos Internacionais.** Volume 1, nº 6. Dez. 2014. Disponível em <https://www.marilia.unesp.br/Home/Extensao/observatoriodeconflitosinternacionais/a-guerra-civil-siria.pdf> Acesso em: 31 de maio de 2017.

também grupos radicais como o Failaq al-Sham que se opõem a Assad. Há no país forte atuação do Estado Islâmico – EI, que tenta fundar seu califado em uma porção da Síria e do Iraque e luta contra todas as forças que se opuseram ao seu líder, Abu Bark al-Baghdadi. Existe uma parcela de curdos[254] que vivem no norte da síria e que se aliaram a coalizão de combate as forças do EI, comandada pelos Estados Unidos.[255] Hoje o governo de Assad é apoiado por países importantes para o conflito, como a Rússia e o Irã. As forças rebeldes na Síria recebem apoio da Arábia Saudita e Turquia, que também tenta barrar o apoio norte americano as forças curdas que atuam na fronteira do com seu território.[256]

Segundo o alto comissário das Nações Unidas para os refugiados, Filippo Grandi: "A Síria é a maior crise humanitária e de refugiados do nosso tempo, uma causa contínua para milhões de pessoas que deveriam receber amplo apoio de todo o mundo"[257]. Conforme dados das Nações Unidas são 6,3 milhões de pessoas deslocadas dentro do país e 4,9 milhões de refugiados, a grande maioria está em campos de refugiados em países próximos como Turquia, com 2,8 milhões de refugiados, Líbano, com 1 milhão de refugiados, e Jordânia, com 600 mil refugiados.[258]

O Oriente Médio é uma região extremamente complexa e instável, o que se traduz claramente na situação atual da Síria. As grandes potências, como os Estados Unidos, afirmam não possuir problemas com os islâmicos, apenas com os fundamentalistas radicais, mas os 1400 anos de história mostram o contrário. A política imperialista do ocidente forjou o Oriente médio que conhecemos hoje.[259]

Após o 11 de setembro e da guerra do Iraque o ocidente, principalmente os Estados Unidos passa a utilizar uma política ainda mais austera[260] em relação ao Oriente Médio, passando a utilizar o termo nações rebeldes em seus documentos oficiais.[261] Em relação as nações rebeldes, *rogue states*, Noam Chomsky afirma:

---

[254] Syria war: A brief guide to who's fighting whom. **BBC News**. 7 de Abril de 2017. Disponível em: < http://www.bbc.com/news/world-middle-east-39528673> Acesso em: 28 de maio de 2017.

[255] Syria's civil war explained from the beginning. **AlJazeera.** 16 de maio de 2017. Disponível em: < http://www.aljazeera.com/news/2016/05/syria-civil-war-explained-160505084119966.html> Acesso em: 30 de maio de 2017.

[256]AGUILAR, Sergio L. C. FURTADO, Gabriela. RODER, Henrique. A guerra civil síria, o Oriente Médio, e o sistema Internacional. **Série Conflitos Internacionais.** Volume 1, nº 6. Dez. 2014. Disponível em <https://www.marilia.unesp.br/Home/Extensao/observatoriodeconflitosinternacionais/a-guerra-civil-siria.pdf> Acesso em: 31 de maio de 2017.

[257] Cinco anos de conflito na Síria: crise de refugiados e deslocados clama por solidariedade. **ONUBR**, 15 de março de 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cinco-anos-de-conflito-na-siria-crise-de-refugiados-e-deslocados-clama-por-solidariedade/> Acesso em: 29 de maio de 2017.

[258]Guerra da Síria entra no 7º ano; agência da ONU alerta para 'encruzilhada'. **ONUBR.** 9 de março de 2017. Disponível em <https://nacoesunidas.org/guerra-da-siria-entra-no-7o-ano-agencia-da-onu-alerta-para-encruzilhada/> Acesso em: 29 de maio de 2017.

[259] HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

[260] CHOMSKY, Noam. **Novas e velhas ordens mundiais.** São Paulo: Scritta, 1996.

[261] CHOMSKY, Noam. **Rogue states: the rule of force in the world affairs**. Cambrige: South End Press, 2000.

> O conceito básico é que mesmo a Guerra Fria tendo acabado, os Estados Unidos ainda possuem a responsabilidade de proteger o mundo – mas do que? Claramente não pode ser do radical nacionalismo – isto é, a falta de vontade de se submeter aos poderosos. Tais ideias são tão somente utilizadas em documentos internos, e não apresentadas para o público geral. No início dos anos 1980 ficou claro que as técnicas convencionais para a mobilização em massa, o apelo do JFK a uma conspiração monolítica e o império do mal de Reagan estavam perdendo a eficiência: Novos inimigos precisavam ser encontrados.[262]

A ameaça passa a ser o inimigo que não se rende a supremacia ocidental, o inimigo rebelde que não pode ser controlado. Essa nova política é muito clara na guerra da Síria, as influências externas na guerra muitas vezes carregam o caráter intervencionista do ocidente e a necessidade de demonstração de força de nações com políticas externas discrepantes, como Estados Unidos e Rússia e até mesmo Turquia e Estados Unidos, uma vez que a primeira sofre com o fortalecimento das forças Curdas apoiadas pela potência norte Americana.

As influências externas exercidas por países ocidentais e próximos a Síria, e o contorno religioso e sectário que a guerra tomou são os principais motivos pelos quais o conflito está longe de um fim. Sendo assim, é impossível prever o desfecho do conflito no país, mas é certo que qualquer que seja o fim dessa história a forma como o país se relaciona com o mundo e o Oriente médio nunca mais serão os mesmos.[263]

1.1 O uso de armas químicas na guerra síria

Os horrores da guerra civil na Síria chocaram e continuam a chocar o mundo. O uso de armas químicas contra as milícias rebeldes no país e a população civil tem chamado atenção para o governo de Assad. O Estado Islâmico, grupo terrorista que ocupada grande porção do país, também foi acusado de utilizar armas químicas contra a população, bem como os grupos rebeldes que se opõem ao governo, no entanto, o foco deste trabalho é analisar o possível uso de tais armas pelo governo de Bashar al-Assad.

Em julho de 2012 o porta-voz do ministro de relações exteriores sírio afirmou pela primeira vez que a Síria possui armas químicas, mas que nunca seriam usadas contra a população apenas contra ameaças externas. Em agosto do mesmo ano, o então presidente dos Estados Unidos, Barack Obama,

---

[262] CHOMSKY, Noam. **Rogue states: the rule of force in the world affairs**. Cambrige: South End Press, 2000. Cit. *"The basic conception is that although the Cold War is over, the US still has the responsability to protect the world – but from what? Plainly it cannot be from the threat of "radical nacionalism" – that is, unwillingness to subimit to the will of the powerfull. Such ideas are fit only for internal planning documents, not the general public. From the early 1980's it was clear that the conventional techniques for mass mobilization – the appeal to JFK's "monolithic and ruthless conspiracy" Reagan's "evil empire" – were losing their effectiness: New enemies were needed."* p. 19.

[263] AGUILAR, Sergio L. C. FURTADO, Gabriela. RODER, Henrique. A guerra civil síria, o Oriente Médio, e o sistema Internacional. **Série Conflitos Internacionais.** Volume 1, nº 6. Dez. 2014. Disponível em <https://www.marilia.unesp.br/Home/Extensao/observatoriodeconflitosinternacionais/a-guerra-civil-siria.pdf> Acesso em: 31 de maio de 2017.

afirma que a política americana frente a Síria iria mudar caso fosse percebido movimentação daquele tipo de armas na região. Pouco tempo depois, um departamento do governo americano confirma que, na verdade, a Síria possuí um arsenal de armas químicas composto por agentes como gás mostarda e sarin. Em dezembro do mesmo ano 7 pessoas são mortas em Homs por um gás venenoso, supostamente usado pelo governo de Assad.[264]

Durante o ano seguinte, outros supostos ataques com armas químicas acontecem por todo país e diversas nações, como França e Estados Unidos, continuam a atribuir culpa ao governo sírio e expedem diversos relatórios corroborando as acusações contra Assad. Entretanto, no dia 21 de agosto de 2013, Assad é acusado de autorizar ataque com armas químicas em Ghouta, região em Damasco controlada pelas forças opositoras ao seu governo, algo em torno de 1400 vítimas, tendo elas apresentando convulsões, bocas espumadas e sufocamentos.[265] O Reino Unido[266] e Estados Unidos liberam relatórios sobre o incidente em que afirmam ter investigado o ocorrido e avaliaram "com total confiança que o governo sírio realizou o ataque de armas químicas contra a oposição nos subúrbios de Damasco em 21 de agosto."[267] O Secretário-Geral da ONU afirmou, após o incidente que o uso de armas químicas por qualquer uma das partes e sob qualquer circunstância é uma violação à lei internacional e um crime de guerra, e que o culpado deve ser levado a justiça e que não deve haver impunidade para os responsáveis.[268]

---

[264] Timeline of syrian chemical weapons activity 2012-2017. **Arms Control Association.** 7 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.armscontrol.org/factsheets/Timeline-of-Syrian-Chemical-Weapons-Activity> Acesso em: 1 de junho de 2017.

[265] Timeline of syrian chemical weapons activity 2012-2017. **Arms Control Association.** 7 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.armscontrol.org/factsheets/Timeline-of-Syrian-Chemical-Weapons-Activity> Acesso em: 1 de junho de 2017.

[266] Syria: reported chemical weapons use – joint intelligence committee letter. **United Kingdom Government.** London, 2013. Disponível em: < https://www.gov.uk/government/publications/syria-reported-chemical-weapons-use-joint-intelligence-committee-letter> Acesso em: 8 de junho de 2017.

[267] Government assessment of Syrian Government's use of chemical weapons on August 21, 2013. **White House – Office Of Press Secretary.** 30 de agosto de 2013. Disponível em: < https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/08/30/government-assessment-syrian-government-s-use-chemical-weapons-august-21> Acesso em: 8 de junho de 2017. Cit.: *"We assess with high confidence that the Syrian government carried out the chemical weapons attack against opposition elements in the Damascus suburbs on August 21."*

[268] Frequently asked questions about the United Nations missions to investigate the allegations of chemical weapons use in the Syrian Arab Republic. **United Nations Office for Disarmament Affairs.** 20 de setembro de 2013. Disponível em: < https://www.un.org/disarmament/wmd/secretary-general-mechanism/> Acesso em: 8 de junho de 2017.

No final de 2013 a ONU libera seu relatório final[269] sobre o incidente em Ghouta e chega a conclusão – após entrevistas com sobreviventes, análise do solo do local, e exames cadavéricos de algumas das vítimas – que no ataque foi utilizado armas químicas em larga escala e que, de acordo com o material encontrado, o agente utilizado foi o gás sarin. Entretanto, a competência estipulada para os investigadores do incidente não permitiu que fosse atribuída culpa a nenhuma das partes envolvidas.[270]

Após a liberação dos relatórios, o então presidente Obama declara que procuraria as Noções Unidas para que pudesse fazer uso de força na Síria e, por meio de um ataque aéreo, retaliar as forças de Assad, logo em seguida, seguindo sugestões da Rússia, o Governo sírio envia carta para o secretário geral das Nações Unidas anunciam que iria assinar a Convenção para Proibição de Armas Químicas, *Chemical Weapons Convention – CWC*, e colocar a disposição da comunidade internacional o seu arsenal químico imediatamente, em oposição aos 30 dias da assinatura do acordo como estipula a Convenção.[271]

A referida Convenção estipula em seu primeiro artigo que:

> 1. Cada Estado Parte nesta Convenção compromete-se nunca, sob nenhuma circunstância:
> a. Desenvolver, produzir, adquirir, armazenar ou reter armas químicas, ou transferir, direta ou indiretamente, armas químicas para qualquer um;
> b. Usar armas químicas;
> c. Participar em qualquer preparação militar para usar armas químicas;
> d. Auxiliar, incentivar ou induzir, de qualquer forma, qualquer pessoa a exercer qualquer atividade proibida a um Estado Parte nos termos da presente Convenção.
> 2. Cada Estado Parte compromete-se a destruir as armas químicas que possui, ou que estão localizadas em qualquer local sob sua jurisdição ou controle, de acordo com as disposições da presente Convenção.
> 3. Cada Estado Parte compromete-se a destruir todas as armas químicas que abandonou no território de outro Estado Parte, de acordo com as disposições desta Convenção.
> 4. Cada Estado Parte compromete-se a destruir quaisquer instalações de produção de armas químicas que possui ou possui, ou que estejam localizadas em qualquer local sob sua jurisdição ou controle, de acordo com as disposições da presente Convenção.

---

[269] Report of the United Nations Mission to Investigate Allegations of the Use of Chemical Weapons in the Syrian Arab Republic on the alleged use of chemical weapons in the Ghouta area of Damascus on 21 August 2013. **General Assembly Security Council – United Nations.** 16 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2013/553> Acesso em: 7 de junho de 2017.

[270] Timeline of syrian chemical weapons activity 2012-2017. **Arms Control Association.** 7 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.armscontrol.org/factsheets/Timeline-of-Syrian-Chemical-Weapons-Activity> Acesso em: 1 de junho de 2017.

[271] Timeline of syrian chemical weapons activity 2012-2017. **Arms Control Association.** 7 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.armscontrol.org/factsheets/Timeline-of-Syrian-Chemical-Weapons-Activity> Acesso em: 1 de junho de 2017.

> 5. Cada Estado Parte compromete-se a não usar agentes de controle de distúrbios como um método de guerra.[272]

Nos meses seguintes, em cumprimento aos termos em que o governo de Assad assinou a Convenção para Proibição de Armas Químicas, chega no país uma equipe formada por oficiais da Organização para a Proibição de Armas Químicas, Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons – OPCW, e das Nações Unidas responsáveis por destruir o arsenal químico e locais de produção das armas na Síria. A Síria, desta forma, destruiu boa parte do arsenal, entretanto, ao longo dos anos 2015 e 2016 foram realizados alguns ataques com armas químicas no país, sendo indeterminado os culpados pelo uso de tais armas.[273]

Em 4 de abril do presente ano a província de Idlib, região controlada pelos opositores ao governo do país, sofre um ataque por armas químicas, com indicativos de foi utilizado o agente nervoso sarin, deixando dezenas de vítimas. Apesar de ainda não existirem relatórios oficiais sobre o incidente acredita-se que a autoria do ataque seja, novamente, do governo de Assad, em razão dos aviões que sobrevoaram a área no momento do incidente.[274] Em seguida, o governo norte americano – violando as normas internacionais, em especial as específicas nos capítulos VI VII da Carta das Nações Unidas[275] – efetuou o disparo de 59 mísseis *tomahawk*

---

[272] OPCW – Organization for the Prohibition of Chemical Weapons. **Chemical Weapons Conventions**. Nova Iorque, 1993. Disponível em: <https://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/> Acesso em: 3 de junho de 2017. Cit.: *"1. Each State Party to this Convention undertakes never under any circumstances: (a) To develop, produce, otherwise acquire, stockpile or retain chemical weapons, or transfer, directly or indirectly, chemical weapons to anyone; (b) To use chemical weapons; (c) To engage in any military preparations to use chemical weapons; (d) To assist, encourage or induce, in any way, anyone to engage in any activity prohibited to a State Party under this Convention. 2. Each State Party undertakes to destroy chemical weapons it owns or possesses, or that are located in any place under its jurisdiction or control, in accordance with the provisions of this Convention. 3. Each State Party undertakes to destroy all chemical weapons it abandoned on the territory of another State Party, in accordance with the provisions of this Convention. 4. Each State Party undertakes to destroy any chemical weapons production facilities it owns or possesses, or that are located in any place under its jurisdiction or control, in accordance with the provisions of this Convention. 5. Each State Party undertakes not to use riot control agents as a method of warfare."*

[273] Timeline of syrian chemical weapons activity 2012-2017. **Arms Control Association.** 7 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.armscontrol.org/factsheets/Timeline-of-Syrian-Chemical-Weapons-Activity> Acesso em: 1 de junho de 2017.

[274] Timeline of syrian chemical weapons activity 2012-2017. **Arms Control Association.** 7 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.armscontrol.org/factsheets/Timeline-of-Syrian-Chemical-Weapons-Activity> Acesso em: 1 de junho de 2017.

[275] ONU – Organização das Nações Unidas. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** Nova Iorque, 1945. Disponível em: < http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf> Acesso em: 3 de Junho de 2017.

contra a base militar síria em Homs de onde, segundo a inteligência daquele país, teria sido lançado o ataque químico em 4 de abril de 2017.[276]

Apesar de não ter sido atribuído, formalmente, culpa para nenhuma das partes, Governo de Bashar al-Assad e as forças insurgentes, pelas Nações Unidas diante dos relatórios das nações que vem acompanhando o conflito, como Reino Unido, França e Estados Unidos, é possível perceber que a autoria de boa parte dos ataques com armas químicas vem sendo atribuída ao governo sírio e as consequências desses ataques podem vir, num futuro muito próximo, a levar o ditador Bashar al-Assad a julgamento perante o Tribunal Penal Internacional. É certo que a utilização de armas químicas e biológicas é uma violação ao Protocolo de Genebra de 1925:

> Considerando que o uso em guerra de gases asfixiantes, venenosos ou outros, e de todos os líquidos, materiais ou dispositivos análogos, foi justamente condenado pela opinião genal do mundo civilizado; e considerando que a proibição de tal utilização foi declarada nos Tratados que a maioria dos Poderes do mundo são Partes; e, para os devidos fins, esta proibição deve ser aceita universalmente como parte de Direito Internacional, vinculando-se à consciência e à práticas das nações.[277]

Diante dos fatos que foram apresentados até o presente momento neste trabalho, é possível compreender que graves violações aos direitos humanos e à lei internacional vem ocorrendo no conflito sírio, e diante do comportamento da comunidade internacional percebemos que, dificilmente, o responsável ou responsáveis por essas violações sairá impune. No próximo tópico iremos expor a competência do Tribunal Penal Internacional para julgar um dos responsáveis pelas ditas violações, os tribunais militares e *ad hoc* que precederam a corte permanente, em especial os Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e do Extremo Oriente e os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para a Ruanda.

2 A evolução dos tribunais militares e dos tribunais ad hoc

---

[276] US launches cruise missiles on Syrian airbase. **AlJazeera.** 7 de abril de 2017. Disponível em: < http://www.aljazeera.com/news/2017/04/us-missiles-syria-170407013424492.html> Acesso em 7 de junho de 2017.

[277] League of Nations. **Protocol for the prohibition of the use in war of asphyxiating, poisonous or other gases, and bacteriological methods of warfare.** Genebra, 1925. Disponível em: < https://www.un.org/disarmament/wmd/bio/1925-geneva-protocol/> Acesso em: 7 de janeiro de 2017. Cit.: *"Whereas the use in war of asphyxiating, poisonous or other gases, and of all analogous liquids, materials or devices, has been justly condemned by the general opinion of the civilized world; and Whereas the prohibition of such use has been declared in Treaties to which the majority of Powers of the world are Parties; and to the end that this prohibition shall be universally accepted as a part of International law, binding alike the conscience and the practice of nations;"*

A ideia de uma justiça penal internacional não nasce junto com o Estatuto de Roma, é uma construção que se deu ao longo dos anos que antecederam o Tribunal Penal Internacional. O direito internacional penal surge da necessidade de punir indivíduos por seus atos e não mais confundi-los com as suas Nações, como vinha sendo feito.[278]

Os horrores da primeira guerra deixaram as nações perplexas frente às flagrantes violações as leis internacionais, e foi esse sentimento de indignação que levou o senado Francês, após o fim da grande guerra, em 1918, a aprovar uma resolução exigindo a punição dos responsáveis pela devastação que ocorreu no solo francês durante o conflito.[279]

O mesmo sentimento é externado no Tratado de Versalhes, 1919, que trata em seu art. 227: "As potencias aliadas acusam publicamente Guilherme II de Hohenzollern, ex-Imperador da Alemanha, por ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados."[280] Entretanto, o artigo nunca seria aplicado, isso porque o então Kaiser, que se encontrava refugiado nos Países Baixos, jamais seria apresentado as nações aliadas para julgamento.[281] Os arts. 228 e 229 traziam também a possibilidade de julgamento dos militares alemães responsáveis por crimes de guerra cometidos no período, no entanto da enorme lista de 900 acusados apenas 12 foram processados[282]. Assim, os arts. 227, 228 e 229 foram um primeiro passo a uma justiça penal internacional, mesmo não tendo surtido os efeitos que os seus idealizadores almejavam.

Em 1939, o mundo se chocaria novamente, em novas e maiores proporções, com os horrores da guerra. Com a invasão da Polônia pelas forças de Hitler se inicia a segunda guerra mundial. Com o extermínio dos judeus nos territórios nazistas e a violência japonesa contra a China e os Estados Unidos nasceriam os Tribunais Militares de Nuremberg e do Extremo Oriente.[283]

Dos depoimentos dos sobreviventes dos campos de concentração nazista e os documentos resgatados no fim da guerra surge a ideia de um tribunal militar para julgar os crimes alemães. Nas conferências de Teerã, Moscou, Yalta e Potsdam os aliados norte americanos, soviéticos e ingleses acordam em punir os líderes nazistas. Em agosto de 1945 os 4 aliados, que agora contavam com a França, formam o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, composto por 4 membros, um de cada

---

[278] NETO, José Cretella. **Curso de Direito Internacional Penal**. Rio Grande do Sul: Ed. Unijuí, 2008.

[279] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[280] Tratado de Versalhes, 1919. Disponível em <www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/tratado-de-versalles/> Acesso em: 11 de junho de 2017.

[281] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[282] JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

[283] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

país membro, com o objetivo de oferecer um processo rápido e justo aos 24 acusados a serem julgados pela corte.[284] Uma das críticas feitas ao Tribunal foi que este teria sido criado após os crimes terem sido cometidos, o que ensejaria numa incriminação *ex post facto.*[285]

O artigo 6º da Carta que institui o referido Tribunal estabeleceu a sua competência material:

> (...) Qualquer um dos atos, como detalhado abaixo são crimes que caem sob a jurisdição do Tribunal para o qual haverá responsabilidade pessoal:
> 1 Crimes contra a paz, a saber: o planejamento, preparação, iniciação ou atos agressão, ou violação de tratados internacionais, acordos ou internacional, ou participar de um plano comum ou conspiração para lograr êxito em qualquer dos objetivos acima indicados;
> 2 Crimes de guerra: violações das leis ou costumes de guerra. Em tais violações: assassinato, maus-tratos ou deportação para trabalho escravo ou para outros fins relacionados com a população civil de um território ocupado ou no território próprio, assassinato ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou pessoas do alto está incluído mar, assassinato de reféns, roubo de propriedade pública ou privada, destruição arbitrária de cidades ou aldeias, ou devastação não justificada por necessidade militar, sem ser-lhes limitado a estes crimes;
> 3 Crimes contra a humanidade, a saber: assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra civis antes da guerra ou durante a mesma; perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos na execução de qualquer crime da competência do Tribunal ou em relação a eles, mesmo em violação da legislação nacional do país onde perpetrados.
> Aqueles que levaram, organizaram, incentivaram a formulação de um plano comum ou conspiração para a execução dos crimes descritos, e cúmplices que participam de tais formulações ou execuções acima mencionadas, serão responsáveis por todos os atos praticados por pessoas que ou implementação desse plano.[286]

---

[284] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[285] JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

[286] **Estatuto del Tribunal Militar internacional de Nuremberg**, 1945. Disponível em: <http://www.dipublico.org/102389/estatuto-del-tribunal-militar-internacional-de-nuremberg-1945/> Acesso em: 11 de junho de 2017. Cit.: "*Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal: CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados; CRIMENES DE GUERRA: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes; CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron. Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan."*

A partir da referida carta é que os conceitos de crime contra a paz, contra a humanidade e de guerra passam a ser delineados em traços mais evidentes. A carta, no entanto, não previa a possibilidade de recursos contra as decisões, somente uma revisão perante o Conselho de Controle para a Alemanha que apenas poderia reduzir as penas, que eram capitais ou qualquer outra que o Tribunal entendesse adequada, mas não poderia majorá-las.[287]

24 acusados foram processados pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 19 foram considerados culpados, sendo 12 destes condenados a pena de morte, muitos dos quais estavam ligados às perseguições e às execuções cometidas contra o povo judeu no período.[288] Algum dos nomes mais famosos julgados pelo Tribunal foram: Martin Bormann, um dos braços direitos de Hitler, condenado à pena de morte, mesmo estando desaparecido no tempo do julgamento de Nuremberg – uma vez que a Carta do Tribunal permitia que os réus estivessem ausentes durante o julgamento – por ter sido julgado culpado de cometer crimes contra a humanidade, outros como Herman Goring, chefe da polícia secreta Gestapo, e Rudolf Hess foram condenados, respectivamente, à pena de morte e a pena de prisão perpétua, mas antes que a sentença pudesse ser cumprida cometeram suicídio na prisão do tribunal.[289]

No final de 1945, e quase simultaneamente ao Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, é instaurado o Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente, com sede em Tóquio, visando processar e punir os japoneses responsáveis pelas flagrantes violações cometidas no período da segunda guerra mundial. Formado por magistrados de 11 nações e com um procurador-chefe norte americano, o TMI do Extremo Oriente tinha competência material para julgar os crimes contra a humanidade, contra as convenções de guerra e contra a paz tendo estes crimes definições praticamente idênticas as descritas na Carta do TMI de Nuremberg. A Carta do tribunal também previa a pena capital ou qualquer outra que os magistrados entendessem cabível ao caso concreto e não previa recurso contra as decisões do tribunal, exceto o pedido ao Comandante-Chefe das potências e este somente tinha o poder de modificar as sentenças para atenuá-las.[290]

Os réus julgados pelo Tribunal são acusados de envolvimento em eventos que até hoje são lembrados por sua barbárie e desumanidade notórias, a exemplo o massacre de Nanquim, 1937, onde 300 mil pessoas foram mortas e 20 mil mulheres foram violentadas, e as experiências médicas feitas contra os prisioneiros de guerra chineses, americanos e soviéticos na Unidade 731. Nenhum dos acusados foi considerado inocente e, assim, 25 dos 28 acusados foram condenados pelo tribunal.[291]

---

[287] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[288] JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

[289] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[290] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[291] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

Outro grupo de prisioneiros de guerra que viria a ser julgado pelo Tribunal do Extremo Oriente foi posto em liberdade e nunca veio a ser julgado por seus crimes. As críticas feitas ao Tribunal são: o imperador Hirohito não foi julgado por seus crimes de guerra, sendo ele o principal responsável pelos horrores cometido pelos japoneses; os médicos da Unidade 731 também não são julgados, bem como os prisioneiros de guerra postos em liberdade pelo governo norte americano. Tais críticas descreditaram o TMI do Extremo Oriente frente à comunidade internacional, principalmente frente aos chineses, que mais sofreram com a violência japonesa.[292]

Outro caso notório, imortalizado pelo livro de Hannah Arendt[293], é o de Adolf Eichmann. Após a segunda guerra mundial, Eichmann foge para a Argentina e escapa do julgamento de Nuremberg, entretanto é sequestrado e levado a Israel onde é julgado por seu envolvimento na solução final de Hitler que exterminou mais de 6 milhões de judeus em campos de concentração. Eichmann é considerado culpado de todas as acusações e é condenado a morte.[294]

Os Tribunais Militares Internacionais são vistos como uma justiça dos vencedores em detrimento dos vencidos, exacerbando a necessidade de uma Corte Internacional permanente. Nesse sentido, em 1948, o art. 6º da Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio aduziria a necessidade de um tribunal de caráter permanente. A codificação de crimes internacionais torna-se mais consistente com a criação do Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade e, paralelamente, é formada a comissão para a elaboração do Estatuto para o Tribunal Penal Internacional.[295] Enquanto o Estatuto do Tribunal Penal Internacional era confeccionado, outros conflitos fizeram com que surgisse a necessidade de se criar tribunais *ad hoc*, como os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda[296].

Com o fim da antiga URSS e o ressurgimento dos movimentos nacionalistas na região, em 1992, depois de uma série de conflitos e de uma severa crise política, a antiga Iugoslávia é dissolvida. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, com sede em Haia, é criado pela resolução 827, do Conselho de Segurança das Nações Unidas de 1993, e é o resultado da indignação internacional frente aos massacres, expulsões e deslocamentos forçados que ocorreram no território da ex-Iugoslávia, com o objetivo de purificação da raça provido pelos sérvios na Croácia e Bósnia-Herzegovina.[297]

---

[292] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.
[293] ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
[294] ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
[295] JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

[296] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.
[297] The tribunal – Establishment. **International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – United Nations.** Disponível em: <http://www.icty.org/en/about/tribunal/establishment> Acesso em: 12 de junho de 2017.

Algumas cidades ficam marcadas com o massacre e por essa política de limpeza étnica como Saravejo e Vukovar. Em tais localidades homens, mulheres e crianças foram massacradas pelo exército sérvio. É flagrante as violações ao direito humanitário e às Convenções de Genebra.[298] Neste sentido, a resolução 827 do Conselho de Segurança trás em seu texto: "Um tribunal internacional para processar os indivíduos responsáveis por violações graves do direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia"[299].

De inicio, o tribunal foi visto com maus olhos e, apenas, como uma resposta simbólica da ONU frente a incapacidade da organização de por fim ao conflito. O desdém da comunidade internacional foi superando quando o então presidente Slobodan Milosevic e outras 4 grandes figuras do governo foram incriminados por crimes contra a lei e os costumes de guerra e crimes contra a humanidade em pleno conflito em Kosovo.[300]

Segundo o site oficial do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia estão entre as realizações da corte: conseguir punir os líderes responsáveis pelos massacres, levar justiça às vítimas e dar a elas uma voz, estabelecer os fatos além da dúvida razoável o que levou a condenação de inúmeros indivíduos e o fortalecimento das leis internacionais.[301]

Em abril de 1994, o avião presidencial é abatido e o presidente de Ruanda morre na queda, a paz estabelecida pelos Acordos de Arusha é ameaçada, isso porque o país há muito tempo sofria com o ódio entre as etnias Hutus e Tutsis. Após a morte do presidente de Ruanda os Hutus culpam os Tutsis e os Hutus moderados e inicia-se o massacre.[302] Em 100 dias de conflito estima-se que 800 mil a 1 milhão de pessoas foram mortas em Ruanda e nos territórios vizinhos. Nenhum refugio foi concedido aos massacrados, igrejas e hospitais eram invadidos e os que ali eram encontrados, eram mortos.[303]

Em novembro de 1994, por meio da resolução 955 do Conselho de Segurança da ONU, é instituído o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, com sede em Arusha, responsável pelo julgamento dos responsáveis pelas atrocidades cometidas em Ruanda e territórios vizinhos no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 1994.[304] A competência material do tribunal se restringia ao crime

---

[298] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[299] The tribunal – Establishment. **International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – United Nations.** Disponível em: <http://www.icty.org/en/about/tribunal/establishment> Acesso em: 12 de junho de 2017. Cit.: *"An international tribunal for (...) prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia."*

[300] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[301] Achievements. **International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – United Nations.** Disponível em: <http://www.icty.org/en/about/tribunal/achievements> Acesso em: 12 de junho de 2017.

[302] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[303] The genocide. **Legacy website of the International Criminal Tribunal for Rwanda.** Disponível em: <http://unictr.unmict.org/en/genocide> Acesso em: 12 de junho de 2017.

[304] JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

de genocídio, crimes contra a humanidade e violações as convenções de Genebra e seus protocolos adicionais.[305] 93 pessoas foram processadas frente ao Tribunal Penal Internacional para Ruanda dentre elas militares, políticos, oficiais do governo e líderes religiosas. A referida corte foi a primeira a condenar indivíduos acusados de genocídio e a primeira a interpretar a definição de genocídio constante nas convenções de Genebra de 1948, além de ser pioneiro em reconhecer o crime de estupro como forma de perpetrar o crime de genocídio.[306]

3 O Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional

Entre 1995 e 1998, a Assembleia Geral das Nações Unidas inicia, novamente, a tentativa de produzir e apresentar um projeto de estatuto para uma corte permanente, esforços que já haviam se iniciado há 50 anos. Na conferência de Roma em 1998, o projeto finalmente é aprovado e, em julho de 2002, o Tribunal Penal Internacional – TPI, com sede na cidade de Haia, entra em vigor.[307] É importante ressaltar que o TPI não é órgão das Organizações das Nações Unidas, apesar de manter uma relação muito próxima com ela.

Os tribunais militares e *ad hoc* que precedem a corte permanente são criticados por serem considerados parciais e por se tratarem de uma justiça seletiva em tempo e espaço, isso porque foram criados para julgar condutas cometidas em tempo e locais especificados. O Tribunal Penal Internacional surge com a intenção de ser universal e permanente.[308] A intenção dos idealizadores do Estatuto de Roma é evidenciado em seu art. 1º, *in verbis:*

> É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). **O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional,** de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.[309] (grifo nosso)

---

[305] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[306] The ICTR in brief. **Legacy website of the International Criminal Tribunal for Rwanda.** Disponível em: <http://unictr.unmict.org/en/tribunal> Acesso em: 12 de junho de 2017.

[307] GARCIA, Fernanda Lau Mota. **O Tribunal Penal Internacional: funções, características e estrutura.** Conteúdo Jurídico, Brasília, DF: 12 jul. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.37967&seo=1>. Acesso em: 14 jun. 2017.

[308] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[309] BRASIL. **Decreto-lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 13 de junho de 2017.

A competência do TPI, entretanto, não é universal, é limitada aos *core crimes*, explicitados no artigo 5º, e em razão da *ratione temporis*. O que significa dizer que o tribunal só tem competência para julgar alguns crimes e somente os crimes cometidos a partir de um determinado período.

A competência *ratione temporis* é tratada no artigo 12 do estatuto[310], no qual trata que o TPI só poderá julgar os crimes cometidos após a entrada em vigor do estatuto e que caso algum Estado torne-se parte após a entrada em vigor do estatuto o tribunal, só terá ingerência sobre os crimes cometidos após a entrada em vigor do estatuto em relação aquele Estado. Ou seja, apesar dos crimes de competência do TPI serem imprescritíveis, conforme artigo 29 do Estatuto de Roma, o tribunal só pode julgar crimes ocorridos após a sua entrada em vigor, isso significa dizer que, concessões foram feitas para que o TPI pudesse existir, ou seja, deixar a corte de julgar crimes gravíssimos que foram cometidos antes da sua entrada em vigor, como o desparecimento e deslocamento forçado de pessoas durante o governo Pinochet no Chile.[311]

Além de todo o exposto, o TPI é uma corte complementar, ou seja, ele não atuará, caso o crime já esteja em investigação ou julgamento pelo país em que ocorreram os fatos ou que o criminoso seja nacional.[312] Os Estados tinham duas opções: adotar uma corte com jurisdição primária ou com jurisdição complementar. A primeira opção foi adotada nos Tribunais Militares de Nuremberg e do Extremo Oriente e nos tribunais criados pelo Conselho de Segurança da ONU para a ex-Iugoslávia e Ruanda. Caso tivesse sido adotada pelo Estatuto de Roma significaria dizer que o TPI poderia atuar mesmo que o Estado-parte estivesse com uma investigação em julgamento, mas essa não foi a opção adotada pelo estatuto. O Estatuto de Roma, diferentemente das resoluções e cartas que criaram os tribunais que precederam o TPI, é um acordo e os Estados-partes tinham a opção de ceder parte da sua soberania para que o tribunal pudesse julgar crimes ocorridos em seu território e que envolvessem seus nacionais, mas é sempre complicado quando a soberania das nações é envolvida, isso porque os Estados querem eles próprios lidar com essas condutas, em razão de sua flagrante gravidade e importância política. Infelizmente, nem sempre isso é possível uma vez que esses crimes geralmente ocorrem em circunstâncias em que as instituições daquela Nação já falharam – como conflitos armados internacionais e internos e quadros de repressões sistemáticas – com as vítimas e a população e seriam incapazes de oferecer um julgamento justo e eficaz aos acusados.[313]

---

[310] BRASIL. **Decreto-lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 13 de junho de 2017.

[311] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[312] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[313] SEILS, Paul. **Handbook on complementarity: na introduction to the role of national courts and the ICC in prosecuting Internacional Crimes.** ICCJ, 2016. Disponível em < https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf> Acesso em: 14 de junho de 2017.

Cumpre ressaltar que o Tribunal Penal Internacional não julga Estados, mas sim indivíduos, conforme artigo 25 do estatuto, independente da posição que ocupem no governo ou nas forças armadas.[314] O estatuto adota a responsabilidade criminal individual, *in verbis:*

> (...) 3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso: i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática; f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumar devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso. 4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.[315]

A origem das normas internacionais penais se dá no século XVIII com o jus *in bello jus ad bellum* que trás para a esfera do direito internacional uma nova perspectiva de enfrentamento dos conflitos internacionais que eram, anteriormente, praticamente não ordenadas. A evolução da tutela das normas aplicáveis aos conflitos internacionais se deu mais tarde com as convenções de Genebra, que integram diretamente o Estatuto de Roma.[316]

A dificuldade de tutelar crimes internacionais se evidenciou, de forma substancial, com Tratado de Versalhes e a tentativa de punir o Kaiser Guilherme II e outros muitos militares alemães após a primeira guerra mundial.[317] Os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional devem suas tipificações às construções dos conceitos dos crimes de competência material dos tribunais militares e *ad hoc* tratados no tópico anterior.

---

[314] SEILS, Paul. **Handbook on complementarity: na introduction to the role of national courts and the ICC in prosecuting Internacional Crimes.** ICCJ, 2016. Disponível em < https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf> Acesso em: 14 de junho de 2017.

[315] BRASIL. **Decreto-lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 13 de junho de 2017.

[316] JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

[317] JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

Os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional estão previstos no artigo 5º do referido Estatuto, *in verbis:*

> 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão.[318]

Os crimes de genocídio, de guerra e contra a humanidade foram previstos nas cartas dos tribunais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, e os tribunais militares de Nuremberg e do Extremo Oriente previam os crimes contra a humanidade, contra a paz e as graves violações aos costumes de guerra.[319]

A definição do crime de genocídio, constante no referido Estatuto em seu artigo 6º, é uma cópia da definição do crime na Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948, sendo a mesma definição utilizada nos tribunais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda. O crime de genocídio possui o elemento intencional específico de eliminação de um grupo em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião, não sendo necessário para a sua configuração que haja a efetiva destruição do grupo, no todo ou em parte, basta que os atos sejam perpetrados com o dolo específico de exterminar determinado grupo. É interessante ressaltar o entendimento do Tribunal Penal Internacional para Ruanda no sentido de aceitar o crime de estupro como uma forma de genocídio, desde que seja cometido com o intento de exterminar uma determinada etnia ou grupo. Tal jurisprudência, mesmo que de tribunal anterior a corte permanente, serve se referência para futuros julgamentos em Haia.[320]

Os crimes contra a humanidade ganham nova definição no Estatuto, apesar de existir muitas similaridades entre o crime aqui descrito, na carta do tribunal de Nuremberg o rol de condutas foi significativamente alargado, o que se deu em função dos horrores vislumbrados nos conflitos que sucederam a segunda guerra mundial. O rol de condutas constante no artigo 7º do Estatuto até a alínea j são de aplicação restritiva, entretanto a alínea k abre a possibilidade de maior interpretação de quais condutas se enquadram no referido crime.[321] *In verbis:*

> 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a)

---

[318] BRASIL. **Decreto-lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 13 de junho de 2017.

[319] JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

[320] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[321] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

> Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid;* **k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.**[322] (Grifo nosso)

O crime de genocídio muito se assemelha com os crimes contra a humanidade podendo ser entendido como uma espécie do último, mas em razão de sua importância histórica merece uma delimitação afastada do gênero. A motivação para o crime de genocídio é muito mais específica do que o crime contra a humanidade, este tem suas condutas limitadas as descritas nas alíneas do artigo 7º do Estatuto, e exige que tais condutas não sejam esporádicas e sim realizadas em um quadro sistemático e generalizados de ataques, podendo ser o crime de autoria estatal ou de entidade não estatal.[323] Entretanto, existem decisões do tribunal que entendem que o crime contra a humanidade pode ser cometido por uma ou mais pessoas em um ato isolado de desumanidade.[324]

O Estatuto possui um extenso rol de condutas possíveis para configuração do crime de guerra, não se limitando as graves violações as convenções de Genebra. Entretanto, torna possível a aplicação a aplicação das convenções a conflitos não internacionais, o que se deve a construção do conceito do aludido crime nos tribunais para ex-Iugoslávia e Ruanda. [325]

O crime de agressão não foi tratado pelos tribunais ad hoc, mas sim pelos tribunais militares e pelo Tratado de Versalhes de 1919, entretanto eram tratados como crimes contra a paz. Semelhantemente aos tribunais militares, o crime de agressão define-se pela direção, preparação desencadeamento ou continuidade em guerra de agressão que viole os tratados e costumes internacionais. As únicas jurisprudências acerca deste crimes são referentes as

---

[322] BRASIL. **Decreto-lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 13 de junho de 2017.

[323] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[324] TAQUARY, Eneida Orbage de Brito; TAQUARY, Catharina Orbage de Brito. Crimes contra a humanidade: o olhar da Corte Interamericana de direito humanos. **Direito internacional dos direitos humanos.** Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 2.

[325] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

decisões tomadas nos tribunais militares, referências do aludido crime também podem ser encontradas em algumas decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas.[326]

O artigo 77 do estatuto trata das penas aplicáveis pelo tribunal, *in verbis*:

> 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas: a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. 2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar: a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual; b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.[327]

O cumprimento das penas aplicáveis pela corte depende da boa vontade das Nações, que tem o poder de entregar seus nacionais as autoridades do tribunal. Caso os Estados-parte se neguem a colaborar com a corte a única coisa que se resta fazer é apresentar recurso ao Conselho de Segurança da ONU, que poderá tomar medidas mais drásticas para a execução da pena. Vale ressaltar que as pessoas entregues as autoridades do tribunal não são extraditadas, uma vez que o instituto da extradição ocorre entre dois países.[328]

Conforme artigo 34 do estatuto, o tribunal é composto pela Presidência, uma seção de recursos, uma seção de julgamento em primeira instância, uma seção de instrução, a Procuradoria e a Secretária. O Estatuto garante aos acusados um julgamento justo e eficiente, na medida que assegura os princípios e garantias gerais de direito penal como o princípio da legalidade, do *ne bis in idem*, e garantia da presunção de inocência. [329]

4 O Estatuto de Roma e o uso de armas químicas no conflito sírio

A criação do Tribunal Penal Internacional por meio do Estatuto de Roma foi resultado de uma longa e tortuosa jornada que ficou conhecida como a luta contra a impunidade.[330] Os *core crimes* de competência do TPI não podem ser ignorados, muito mesmo passarem impunes, é de responsabilidade internacional processar e punir os responsáveis por tais violações gravíssimas as normas internacionais

---

[326] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[327] BRASIL. **Decreto-lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 13 de junho de 2017.

[328] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[329] BRASIL. **Decreto-lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 13 de junho de 2017.

[330] SEILS, Paul. **Handbook on complementarity: na introduction to the role of national courts and the ICC in prosecuting Internacional Crimes.** ICCJ, 2016. Disponível em < https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf> Acesso em: 14 de junho de 2017.

penais e de direitos humanos. A simples derrota dos líderes e responsáveis por essas violações em conflito armado não é suficiente, pois seria a vitória da força sobre a força, é necessário que a lei vença sobre a barbárie, a fim de enfraquecer o sentimento de impunidade que sentimos frente aos horrores dos aludidos crimes.[331] Em resumo, a comunidade internacional e as organizações de direitos humanos perceberam que a impunidade dessa natureza é inaceitável e representa uma ameaça à democracia e a paz em todo o mundo.[332]

É com esse sentimento, de repúdio as violações as normas humanitárias e de direitos humanos, que o secretário geral da ONU, em março de 2016, afirmou que: "a paz sem justiça é insustentável"[333] e pede que o conflito sírio seja encaminhado para o Tribunal Penal Internacional. O conflito sírio e os responsáveis pelos crimes de guerra e contra a humanidade que ali foram, e são cometidos, só poderão ser apreciados pelo TPI caso o Conselho de Segurança da ONU recomente o caso a corte, isso porque a Síria não faz parte do acordo que criou o TPI, o Estatuto de Roma – apesar de ter assinado o acordo a Síria nunca o ratificou.[334] O tribunal só pode exercer jurisdição, sem que o Conselho de Segurança recomende, em crimes cometidos em territórios dos países que fazem parte do estatuto ou de nacionais dessas nações, conforme alíneas a e b do parágrafo 2º do artigo 12 do Estatuto de Roma.[335]

O conflito sírio já foi cenário do uso de armas químicas, cercos de fome como estratégia de guerra, torturas e bombardeiros indiscriminados a população civil do país.[336] Flagrantes são os crimes de guerra e contra a humanidade no conflito, mas no tocante ao uso de armas químicas, objeto deste artigo, qual a melhor tipificação?

A ONU vem se referindo ao uso de armas químicas no conflito como crime de guerra. O artigo 8º, parágrafo 2º, alínea b, xvii e xvii, referem-se ao uso de armas químicas como umas das condutas tida como crime de guerra, entretanto, a aludida alínea refere-se a condutas cometidas em conflitos internacionais. O estatuto distingue os conflitos armados internacionais

---

[331] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

[332] SEILS, Paul. **Handbook on complementarity: na introduction to the role of national courts and the ICC in prosecuting Internacional Crimes.** ICCJ, 2016. Disponível em < https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf> Acesso em: 14 de junho de 2017.

[333]Conjuntura da Síria tem de ser avaliada por Tribunal Penal Internacional, diz chefe da ONU. **ONUBR.** 21 de março de 2016. Disponível em <https://nacoesunidas.org/conjuntura-da-siria-tem-de-ser-avaliada-por-tribunal-penal-internacional-diz-chefe-da-onu/>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

[334] SEILS, Paul. **Handbook on complementarity: na introduction to the role of national courts and the ICC in prosecuting Internacional Crimes.** ICCJ, 2016. Disponível em < https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf> Acesso em: 14 de junho de 2017.

[335] BRASIL. **Decreto-lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 13 de junho de 2017.

[336] Conjuntura da Síria tem de ser avaliada por Tribunal Penal Internacional, diz chefe da ONU. **ONUBR.** 21 de março de 2016. Disponível em <https://nacoesunidas.org/conjuntura-da-siria-tem-de-ser-avaliada-por-tribunal-penal-internacional-diz-chefe-da-onu/>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

dos internos, e apesar das regras aplicadas a última valerem para os conflitos internacionais a recíproca não é verdadeira. O parágrafo primeiro afirma que o tribunal "terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes"[337], ou seja, mesmo que a referência ao uso de armas químicas no artigo seja restrito aos conflitos internacionais, a conduta pode ser entendida como um crime de guerra uma vez que o uso de tais armas vem sendo utilizado como parte de uma política de guerra. Além disso, a alínea a do artigo 8º trata que deve ser entendido como crime de guerra as violações as Convenções de Genebra e seus Protocolos adicionais dirigidas a pessoas e bens protegidas nas convenções, *in verbis:* "iii. O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou a saúde"[338]. Ora, tais ataques vem sendo direcionados a áreas controladas pelos rebeldes sírios, no caso dos ataques de armas químicas perpetrados – ao que se sabe – pelo governo sírio, mas que também possuem grande concentração de população civil, que são protegidos pelas Convenções de Genebra e seus Protocolos adicionais.[339] Em conclusão, a tipificação para o uso de armas químicas no conflito sírio seja o de crime de guerra, nos termos do artigo 8º do Estatuto de Roma.

Um projeto de resolução para submeter os incidentes que vem ocorrendo na Síria a apreciação do Tribunal Penal Internacional, redigido pela delegação da França, já foi submetido ao Conselho de Segurança, mas foi vetado pela China e Rússia, que desde o início do conflito apoiam o governo de Assad.[340] A fim de superar o impasse que o Conselho de Segurança vem enfrentando em relação ao conflito na Síria a Assembleia Geral aprovou, em dezembro de 2016, resolução para instalar um mecanismo de investigação para os crimes cometidos no conflito.[341] Neste sentido:

> Enfatiza a necessidade de assegurar a responsabilização por crimes envolvendo violações ao direito internacional, em particular ao direito internacional humanitário e aos direitos humanos, algumas das quais podem constituir crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, cometidos na República Árabe da Síria desde março de 2011 até o fim das investigações apropriadas, justas e independentes e processos

---

337 BRASIL. **Decreto-lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 13 de junho de 2017.

338 BRASIL. **Decreto-lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 13 de junho de 2017.

339 BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

340 Rússia retira a sua assinatura do Estatuto de Roma do TPI. **Centro de Direito Internacional**. 17 de novembro de 2016. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/russia-retira-a-sua-assinatura-do-estatuto-do-roma-do-tpi/>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

341 Syria: UM General Assembly adopts resolution on war crimes investigations. **Human Rights Watch.** 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2016/12/21/syria-un-general-assembly-adopts-resolution-war-crimes-investigations> . Acesso em 14 de junho de 2017.

> penais a nível doméstico ou nível internacional, e ressalta a necessidade de aprovar medidas práticas para esse objetivo a fim garantir a justiça a todas as vítimas e contribuir para a prevenção de futuras violações;[342]

Em março do presente ano, a Comissão Internacional Independente de Inquérito das Nações Unidas para a Síria relatou que durante a batalha de Alepo, em 2016, rebeldes sírios e o governo de Assad cometeram graves crimes de guerra, fazendo referência aos ataques direcionados a instalações médicas e o uso de explosivos de fragmentação.[343] O presidente da comissão, o brasileiro Paulo Sérgio Pinheiro, declarou e maio que nenhuma das partes envolvidas no conflito respeitam os direitos da população civil síria diante das claras violações as normas internacionais de ambas as partes. Cabe ao mecanismo criado pela Assembleia Geral em dezembro do ano passado, que vem atuando em conjunto com a comissão, coletar provas para um futuro julgamento junto ao TPI ou outros tribunais nacionais ou internacionais que possam a vir exercer jurisdição sobre o caso.[344]

Em razão do impasse que o Conselho de Segurança se encontra hoje, com apoiadores ferrenhos ao governo sírio, como a Rússia, os responsáveis pelos crimes bárbaros que ocorrem no conflito sírio, aqui ressaltamos o uso de armas químicas, não tem perspectivas de serem levados a julgamento junto ao Tribunal Penal Internacional.[345] No entanto, reforçamos a ideia de os perpetradores de tais crimes, de natureza tão bárbara, não serem deixados impunes, devendo ser levados à justiça, mesmo que sejam figuras chefes do governo Sírio, a fim de fortalecer os institutos e normas penais internacionais.

5 CONCLUSÃO

---

[342] United Nations General Assembly. **General Assembly Resolution 248 of December 21, 2016**. Disponível em <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.48> Acesso em: 14 de junho de 2017. Cit.: *"Emphasizes the need to ensure accountability for crimes involving violations of international law, in particular of international humanitarian law and international human rights law, some of which may constitute war crimes or crimes against humanity, committed in the Syrian Arab Republic since March 2011 through appropriate, fair and independent investigations and prosecutions at the domestic or international level, and stresses the need to pursue practical steps towards this goal to ensure justice for all victims and to contribute to the prevention of future violations;".*

[343] Governo e rebeldes cometeram crimes de guerra na batalha de Alepo, aponta comissão da ONU. **ONUBR.** 1 de março de 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/governo-e-rebeldes-cometeram-crimes-de-guerra-na-batalha-de-alepo-aponta-comissao-da-onu/> . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[344] Crimes de guerra continuam ocorrendo na Síria diz presidente de comissão da ONU. **ONUBR.** 17 de maio de 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/crimes-de-guerra-continuam-ocorrendo-na-siria-alerta-presidente-de-comissao-da-onu/>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

[345] Crimes de guerra continuam ocorrendo na Síria diz presidente de comissão da ONU. **ONUBR.** 17 de maio de 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/crimes-de-guerra-continuam-ocorrendo-na-siria-alerta-presidente-de-comissao-da-onu/>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

A guerra civil síria possui causas históricas que datam desde a antiguidade, tendo estas se agravado após a primeira guerra mundial com o acordo Sykes-Picot que dividiu o Oriente Médio em zonas de influências das potências colonialistas da época, França e Reino Unido. Em razão disto, e em face do contorno sectário religioso que o conflito tem demonstrado e das influências externas de grandes potências como Estados Unidos e Rússia, o conflito aparenta está muito longe de um fim.

O uso de armas químicas no conflito, em especial nos ataques perpetrados pelo governo do presidente Bashar al-Assad, representa grave violação ao direito humanitário e aos direitos humanos das vítimas que são, em sua grande maioria, a população civil da Síria.

A criação do Tribunal Penal Internacional se deu em função de anos de construção histórica dos conceitos dos *core crimes*, de competência material da corte, e da busca pelo fim da impunidade no plano do direito internacional penal. Os Tribunais Militares de Nuremberg e do Extremo Oriente e os Tribunais Internacionais criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas para a ex-Iugoslávia e para Ruanda foram de extrema importância para a evolução dos conceitos dos *core crimes*, quais sejam: crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crime de genocídio e crime de agressão, e para demonstrar a comunidade internacional como era impreterível a criação de uma corte permanente que tivesse competência para julgar os aludidos crimes. Em 2002, entra em vigor o Tribunal Penal Internacional - TPI, com sede em Haia, após ter sido aprovado, por meio do Estatuto de Roma, em 1998, na convenção de Roma.

A corte permanente possui competência complementar a dos Estados, o que significa que o tribunal só poderá agir nos casos em que o Estado-parte do TPI, ou Estados, poderia exercer jurisdição sobre o incidente escolhe não o fazer. Além disso, competência material da corte é limitada aos *core crimes* constantes no artigo 5º do Estatuto.

O artigo 12 também limita à apreciação da corte somente condutas que ocorreram após a entrada em vigor do aludido artigo e, caso alguma nação torne-se parte do acordo após o inicio da vigência do Estatuto, a corte só terá competência sobre os fatos que ocorrerem após a sua entrada em vigor em relação aquele Estado. Além disso, o tribunal só possui jurisdição sobre os fatos que tiverem ocorrido nos territórios e sobre os nacionais dos Estados-parte do Estatuto de Roma, o que significa dizer que, a *priori*, o Tribunal Penal Internacional não possui ingerência sobre os responsáveis pelos crimes que vem ocorrendo na Síria. Entretanto, o Estatuto prevê que, no caso de crimes ocorridos em nações que não façam parte dele ou de responsáveis pelos crimes previstos no artigo 5º que não sejam de nacionalidade dos Estados-parte, pode o Conselho de Segurança da ONU recomendar o caso ao TPI.

O Conselho de Segurança encontra-se hoje diante de um impasse frente a como lidar com os crimes que vem ocorrendo no conflito sírio. Isso porque países como Rússia e China vetam qualquer iniciativa de levar o caso para a apreciação do Tribunal Penal Internacional. Com o intuito de agir frente ao impasse do Conselho de Segurança, a Assembleia Geral da ONU aprovou, no final de 2016, um

mecanismo de investigação para auxiliar a Comissão Internacional Independente de Inquérito para a Síria, a fim de preparar as provas para futuras denúncias aos responsáveis pelas violações aos direitos humanitários e humanos na Síria, e aqui ressaltamos o uso de armas químicas por parte do governo do presidente Bashar al-Assad.

Apesar do conflito estar longe de um fim, a comunidade internacional já vem mostrando sinais de que não pretende deixar impunes os responsáveis pelos flagrantes crimes de guerra, em especial o uso de armas químicas, cometidos na guerra civil síria. A busca pelo fim da impunidade individual no plano do direito penal internacional é recente, mas de extrema importância para o fortalecimento das instituições e normas internacionais, além de coibir condutas criminosas que afetam a humanidade como um todo.

REFERÊNCIAS

Achievements. **International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – United Nations.** Disponível em: <http://www.icty.org/en/about/tribunal/achievements> Acesso em: 13 de junho de 2017.

AGUILAR, Sergio L. C; FURTADO, Gabriela; RODER, Henrique. A guerra civil síria, o Oriente Médio, e o sistema Internacional. **Série Conflitos Internacionais.** Volume 1, nº 6. Dez. 2014. Disponível em <https://www.marilia.unesp.br/Home/Extensao/observatoriodeconflitosinternacionais/a-guerra-civil-siria.pdf> Acesso em: 31 de maio de 2017.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARR, James. Sykes-Picot is not to blame for Middle East's problems. **AlJazeera.** 16 de maio de 2017. Disponível em: < http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2016/05/sykes-picot-blame-middle-east-problems-160516083606123.html> Acesso em: 30 de maio de 2017.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri, SP: Manoele, 2004.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 13 de junho de 2017.

CHOMSKY, Noam. **Novas e velhas ordens mundiais.** São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **Rogue states: the rule of force in the world affairs**. Cambrige: South End Press, 2000.

Conjuntura da Síria tem de ser avaliada por Tribunal Penal Internacional, diz chefe da ONU. **ONUBR.** 21 de março de 2016. Disponível em <https://nacoesunidas.org/conjuntura-da-siria-tem-de-ser-avaliada-por-tribunal-penal-internacional-diz-chefe-da-onu/>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

Crimes de guerra continuam ocorrendo na Síria diz presidente de comissão da ONU. **ONUBR.** 17 de maio de 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/crimes-de-guerra-continuam-ocorrendo-na-siria-alerta-presidente-de-comissao-da-onu/>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

Estatuto del Tribunal Militar internacional de Nuremberg, 1945. Disponível em: <http://www.dipublico.org/102389/estatuto-del-tribunal-militar-internacional-de-nuremberg-1945/> Acesso em: 11 de junho de 2017.

Frequently asked questions about the United Nations missions to investigate the allegations of chemical weapons use in the Syrian Arab Republic. **United Nations Office for Disarmament Affairs.** 20 de setembro de 2013. Disponível em: < https://www.un.org/disarmament/wmd/secretary-general-mechanism/> Acesso em: 8 de junho de 2017.

GARCIA, Fernanda Lau Mota. **O Tribunal Penal Internacional: funções, características e estrutura.** Conteúdo Jurídico, Brasília, DF: 12 julho 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.37967&seo=1>. Acesso em: 14 junho 2017.

Government assessment of Syrian Government's use of chemical weapons on August 21, 2013. **White House – Office Of Press Secretary.** 30 de agosto de 2013. Disponível em: < https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/08/30/government-assessment-syrian-government-s-use-chemical-weapons-august-21> Acesso em: 8 de junho de 2017.

Governo e rebeldes cometeram crimes de guerra na batalha de Alepo, aponta comissão da ONU. **ONUBR.** 1 de março de 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/governo-e-rebeldes-cometeram-crimes-de-guerra-na-batalha-de-alepo-aponta-comissao-da-onu/> . Acesso em: 14 de junho de 2017.

Guerra da Síria entra no 7º ano; agência da ONU alerta para 'encruzilhada'. **ONUBR.** 9 de março de 2017. Disponível em <https://nacoesunidas.org/guerra-da-siria-entra-no-7o-ano-agencia-da-onu-alerta-para-encruzilhada/> Acesso em: 29 de maio de 2017.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Automagno da Silva; JÚNIOR, José Augusto Brandão de Vilhena; SILVA, Reynaldo Correia Loureiro da. **Descolonização da África e Ásia e o terceiro mundo.** Brasília: Editora Geração Digital, 2017.

LAWRENCE da Arábia. Direção: David Lean. Produção: Sam Spiegel. Columbia Pictures: 1962, 1 DVD.

League of Nations. **Protocol for the prohibition of the use in war of asphyxiating, poisonous or other gases, and bacteriological methods of warfare.** Genebra, 1925. Disponível em: < https://www.un.org/disarmament/wmd/bio/1925-geneva-protocol/> Acesso em: 7 de janeiro de 2017.

LEWIS, Bernard. **O que deu errado no Oriente Médio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

_____. **O Oriente Médio: do advento do cristianismo aos dias de hoje**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

MALLON, Elias D. Sykes-Picot and the making of the modern Middle East. **The American Magazine**. 17 de maio de 2016. Disponível em < http://www.americamagazine.org/issue/colonial-creations> Acesso em: 27 de junho de 2017.

NETO, José Cretella. **Curso de Direito Internacional Penal**. Rio Grande do Sul: Ed. Unijuí, 2008.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** Nova Iorque, 1945. Disponível em: < http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf> Acesso em: 3 de Junho de 2017.

OPCW – Organization for the Prohibition of Chemical Weapons. **Chemical Weapons Conventions**. Nova Iorque, 1993. Disponível em: <https://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/> Acesso em: 3 de junho de 2017.

Rússia retira a sua assinatura do Estatuto de Roma do TPI. **Centro de Direito Internacional**. 17 de novembro de 2016. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/russia-retira-a-sua-assinatura-do-estatuto-do-roma-do-tpi/>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

Security Council of the United Nations. **Report of the United Nations Mission to Investigate Allegations of the Use of Chemical Weapons in the Syrian Arab Republic on the alleged use of**

chemical weapons in the Ghouta area of Damascus on 21 August 2013. 16 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2013/553> Acesso em: 7 de junho de 2017.

SEILS, Paul. **Handbook on complementarity: na introduction to the role of national courts and the ICC in prosecuting Internacional Crimes.** ICCJ, 2016. Disponível em <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf> Acesso em: 14 de junho de 2017.

Syria's civil war explained from the beginning. **AlJazeera.** 16 de maio de 2017. Disponível em: < http://www.aljazeera.com/news/2016/05/syria-civil-war-explained-160505084119966.html> Acesso em: 30 de maio de 2017.

Syria: UN General Assembly adopts resolution on war crimes investigations. **Human Rights Watch.** 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2016/12/21/syria-un-general-assembly-adopts-resolution-war-crimes-investigations> . Acesso em 14 de junho de 2017.

Syria war: A brief guide to who's fighting whom. **BBC News**. 7 de Abril de 2017. Disponível em: < http://www.bbc.com/news/world-middle-east-39528673> Acesso em: 28 de maio de 2017.

TAQUARY, Eneida Orbage de Brito; TAQUARY, Catharina Orbage de Brito. Crimes contra a humanidade: o olhar da Corte Interamericana de direito humanos. **Direito internacional dos direitos humanos.** Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 2.

The genocide. **Legacy website of the International Criminal Tribunal for Rwanda.** Disponível em: <http://unictr.unmict.org/en/genocide> Acesso em: 12 de junho de 2017.

The ICTR in brief. **Legacy website of the International Criminal Tribunal for Rwanda.** Disponível em: <http://unictr.unmict.org/en/tribunal> Acesso em: 12 de junho de 2017.

The tribunal – Establishment. **International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – United Nations.** Disponível em: <http://www.icty.org/en/about/tribunal/establishment> Acesso em: 12 de junho de 2017.

Timeline of syrian chemical weapons activity 2012-2017. **Arms Control Association.** 7 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.armscontrol.org/factsheets/Timeline-of-Syrian-Chemical-Weapons-Activity> Acesso em: 1 de junho de 2017.

Tratado de Versalhes, 1919. Disponível em <www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/tratado-de-versalles/> Acesso em: 11 de junho de 2017.

United Kingdom Government. **Syria: reported chemical weapons use – joint intelligence committee letter.** London, 2013. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/syria-reported-chemical-weapons-use-joint-intelligence-committee-letter> Acesso em: 8 de junho de 2017.

United Nations General Assembly. **General Assembly Resolution 248 of December 21, 2016**. Disponível em <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.48> Acesso em: 14 de junho de 2017.

US launches cruise missiles on Syrian airbase. **AlJazeera.** 7 de abril de 2017. Disponível em: < http://www.aljazeera.com/news/2017/04/us-missiles-syria-170407013424492.html> Acesso em 7 de junho de 2017.

INSTRUMENTOS DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: LIMITES DE APLICABILIDADE

INSTRUMENTS OF OVERRULING PRECEDENTS UNDER BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE: APPLICABILITY LIMITS

Emily Freitas Custódio

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo estudar os instrumentos de superação de precedente – construídos a partir da tradição jurídica do *common law* e aperfeiçoados pela teoria do *stare decisis* – e os limites de aplicabilidade, levando-se em consideração tanto o sistema jurídico brasileiro quanto os sistemas jurídicos dos Estados Unidos e da Inglaterra. Tem por objetivo, ainda, a análise do microssistema de precedentes, mormente as regras de confronto e superação desses precedentes, criados pelo Código de Processo Civil brasileiro, que, em razão da sua juventude, poderá gerar instabilidade e insegurança na operação com essas técnicas. Isso porque o domínio dos conceitos, categorias, classificações, e elementos fundamentais inerentes ao *overruling* é essencial; contudo, tais elementos ainda são estranhos à rotina dos profissionais do Direito. Daí a importância de aprofundar a discussão sobre o tema.

Palavras-chave: *Stare decisis*. Precedentes vinculantes. Código de Processo Civil. *Overruling.* Modulação de efeitos.

Abstract

The purpose of this essay is to study the precedent overruling techniques created by the common law legal framework and developed by the *stare decisis* theory, as well as the limits of its applicability, taking into account the Brazilian legal system and the legal systems of the United States of America and England. Furthermore, the intention is to analyze the microsystem of precedents, including the rules of confrontation and precedent overruling created by the Brazilian Civil Procedure Code, which, due to its youth, may cause instability and insecurity in the operation with these overruling techniques. This is because the mastery of concepts, categories, classifications, and fundamental elements inherent to overruling is essential; however, such elements are foreign to the routine of law professionals. That is why the discussion about this subject is important.

Keywords: *Stare decisis*. Binding precedent. Brazilian Civil Procedure Code. Overruling. Modulation of effects.

INTRODUÇÃO

Influenciado pelo processo de revalorização do direito, sob a perspectiva constitucional, o Poder Judiciário está passando por um momento de transformação de paradigmas em suas instituições, abarcando também a legislação processual civil, que anteriormente era pensada apenas como um instrumento para a efetivação da lei.

A estrutura jurídica brasileira sempre foi vinculada à tradição da *civil law* – sistema em que a lei é fonte primária do direito, de origem romano-germânica – considerava que o juiz é o intérprete e aplicador da lei, vedando-se a criação do direito por este.

Todavia, a partir da Constituição da República, o direito processual civil brasileiro ganhou uma nova roupagem, a de processo civil constitucional, em razão dos princípios constitucionais inseridos na Constituição e que norteiam o Direito Processual Civil.

Com efeito, esse novo modelo perpassa por princípios da isonomia, do juiz natural, inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e ampla defesa, da motivação das decisões judiciais, duração razoável do processo, bem como da segurança jurídica.

Nesse cenário, após a instalação de uma crise institucional – culminada pelo excesso de demandas, ausência de estrutura adequada, bem como o surgimento de demandas de massa, em decorrência da criação de novos direitos, ações e tribunais – a nova realidade alterou a percepção da sociedade no mundo jurídico, voltando-se a atenção para a própria atuação do poder judiciário.

Essa nova consciência jurídica fez surgir a necessidade de mudança dos parâmetros culturais e estruturais do Direito Processual Civil brasileiro, resgatando-se o valor dos princípios constitucionais processuais estabelecidos na Carta Magna e buscando inspirações na tradição jurídica da *common law*, adotada pelo direito inglês e norte-americano.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, que, originariamente, adotava a estrutura jurídica romano-germânica – conhecida como *civil law* – na qual a lei é considerada como fonte primária do direito, aos poucos, desvinculou-se desse sistema jurídico e fundiu-se à ideia da tradição jurídica da *common* law.

Nessa tradição jurídica, as decisões judiciais são tidas como fonte principal do direito, atribuindo maior poder ao juiz, pois visa, precipuamente, a aplicação dessas decisões – que podem ser chamadas de precedentes, em casos futuros.

O julgamento com base em precedentes constitui uma forma de garantir o respeito aos princípios constitucionais processuais, o que, em razão do processo de evolução instaurado no ordenamento jurídico brasileiro, resultou na criação pelo Código de Processo Civil de 2015, do

sistema brasileiro de precedentes, com o escopo de assegurar a celeridade processual, a estabilidade das decisões judiciais, a isonomia, e a segurança jurídica.

Contudo, o Direito não pode e não deve ser imutável, até porque as alterações das circunstâncias sociais, políticas, econômicas ou jurídicas podem levar um tribunal a mudar o seu entendimento sobre determinada questão. E nessa perspectiva, para a resolução dessas situações, foi pensado um procedimento de superação de precedentes.

São as técnicas de *overruling* (superação) que permitem a exclusão do ordenamento jurídico do precedente que não mais atende às exigências sociais e se torna obsoleto, para substituir por outro condizente com a realidade e que melhor se adequa ao caso concreto sob julgamento.

Importante frisar que toda a estrutura de formação, aplicação e superação de precedentes vinculantes no Brasil encontra-se ainda em fase embrionária, uma vez que a legislação processual, pelo pouco tempo de vigência, ainda não demonstrou as possibilidades de avanço ou retrocesso quanto à operacionalização da estrutura de precedentes. A consequência remota desse cenário é a dificuldade provocada pela confusão e contradição acerca dos conceitos e técnicas para todos os profissionais do direito.

Entretanto, em razão da complexidade do tema, a pesquisa mostra-se relevante ante a ebulição de contribuições acadêmicas com os mais variados entendimentos, estimulando ainda mais a construção do conhecimento nessa área.

Assim, com a missão de aprofundar a discussão sobre o procedimento de superação de precedentes à luz do Código de Processo Civil vigente, o presente artigo tratará em seu primeiro capítulo da relação entre as famílias jurídicas da *civil law* e da *common law*, perpassando por um breve contexto histórico e conceituação do elementos fundamentais para operação com precedentes, tais como *ratio decidendi, holding, obter dictum, distinguishing.*

A seguir, no segundo capítulo será aprofundado o tema dos instrumentos e mecanismos para a superação de um precedente e como o instituto é tratado no código de processo civil brasileiro, conceituando e distinguindo os elementos inerentes a essa procedimento, como *overruling*, *overrinding*, *transformation, drawing of inconsistent distinctions.*

Por fim, no terceiro e último capítulo, o objetivo é identificar os limites de aplicabilidade do procedimento de superação de precedentes judiciais e as consequências de sua não observância perante a sociedade, levando-se em conta a técnica de modulação dos efeitos de uma decisão como forma de minimizar o impacto da alteração de determinado entendimento.

Observa-se, portanto, que o tema guarda extrema relevância para as esferas jurídica, política, social e acadêmica, porquanto, imprescindível a adequada utilização dos instrumentos de superação de precedentes, estabelecendo limites à sua aplicação com vistas a evitar ofensas aos princípios constitucionais e infraconstitucionais, como os da segurança jurídica, do interesse social, do contraditório, da isonomia, da proteção da confiança, dentre outros.

1 A INTERAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DA *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW* À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Inicialmente, impende destacar a diferença entre sistema jurídico e tradição jurídica: a primeira consiste na ideia de um conjunto de leis, processos e normas vigentes, ao passo que a segunda remete-se à ideia de costumes, fatos históricos enraizados pelo Direito.[346]

Porém, apesar das diferenças, é possível extrair semelhante essência dessas duas expressões: a noção do papel, da relevância que esses dois institutos possuem para o direito brasileiro, haja vista que, conforme se observará, há no Brasil qualidade peculiar, uma mistura das duas famílias jurídicas. Assim, para os fins deste trabalho, as expressões "sistema jurídico", "tradição" ou "família jurídica" serão utilizadas como sinônimos.

Para se compreender a interação entre esses dois grandes sistemas jurídicos, é necessário fazer uma breve incursão histórica pelo direito inglês, do qual teve origem o *common law*, bem como a adoção desse sistema também pelo direito norte-americano, forte influente no direito pátrio.

Segundo René David:

> Podem reconhecer-se quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia Tudors (1485), é o da formação da

[346] MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil law***. Trad. Cassio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 21. apud TRIGUEIRO, Victor Guedes. **Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16990/1/2014_VictorGuedesTrigueiro.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

> *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todos o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas 'regras de equidade'. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual o *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração. [347]

Assim, a partir da conquista normanda (1066) até o início da dinastia Tudors (1485), surge a tradição jurídica da *common law*, repelindo os costumes locais e consagrando-se direito comum a toda a Inglaterra.

A *common law* começa a ganhar profundos contornos com a criação e extensão da competência dos Tribunais Reais de Justiça também denominados de Tribunais de Westminster – local da sede –.[348] Esses Tribunais eram considerados tribunais de exceção, de jurisdição real, nos quais "o processo tinha seu curso marcado pela forma como a demanda era conduzida".[349]

Contudo, o sistema da *common law*, devido à formalidade excessiva exigida pelos Tribunais de Westminster, entrou em colapso, contribuindo para o surgimento de um sistema baseado nas regras de equidade (*equity*), as quais previam a possibilidade de recorrer ao Rei das decisões proferidas pelos Tribunais Reais (1485 a 1832).[350]

Sobre esses recursos, anota Jorge Amaury Maia Nunes:

> A justiça da equidade impôs por meio das frequentes irresignações dirigidas ao Rei contra as decisões dos tribunais reais. No XV, o Chanceler passou a deliberar sobre esses recursos, por delegação real. Essas decisões (fundadas em princípios do direito romano e do direito canônico) que, em princípio, consideravam equidade do caso particular, passaram, pouco a pouco, a ter caráter sistemático.[351]

Mais tarde, no século XIX, a rivalidade entre os sistemas da *common law* e da *equity* não mais existiriam, eis que os Tribunais Reais – que adquiriram o *status* de jurisdição de direito

---

[347] DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo.** Trad. Hermínio A. Carvalho, 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 356.
[348] DAVID, 2014, p. 359 et seq.
[349] TRIGUEIRO, Victor Guedes. **Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16990/1/2014_VictorGuedesTrigueiro.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017
[350] PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law, civil law* e precedente judicial.** Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf> Acesso em: 19 jun. 2017.
[351] NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante.** São Paulo: Saraiva, 2010. Nota de rodapé nº 49. p. 120.

comum – e a jurisdição do Chanceler firmaram o compromisso para conviver em equilíbrio de forças, visando a solução do conflito. [352]

Nesse sentido, de acordo com Sérgio Porto:

> [...] a organização judiciária sofre profundas alterações nos anos de 1873-1875 pelos *Judicature Acts* que consolidaram o término da cisão entre os tribunais da *common law* e da *equity*, cada qual podendo aplicar regras de uma ou de outra jurisdição.[353]

Era o início da evolução do direito inglês, tendo sofrido grande influência de ideias democráticas, bem como das reformas de cunho processual, as quais impulsionaram o "desenvolvimento sem precedentes da legislação"[354].

A partir desse marco, o sistema do *common law* ganha ainda mais força, tornando-se um dos mais importantes sistemas de direito no mundo[355]. E, diante desse cenário, o direito norte-americano, por sua vez, e por diversas injunções históricas, adota o sistema da *common law*, conforme leciona René David:

> A *common law* triunfou nos Estados Unidos; este triunfo não mais se discute. Num grande número de Estados as leis estabeleceram que a *common law*, tal como se apresentava nessa ou naquela data, era o direito em vigor no Estado.[356]

Todavia, o sistema foi instaurado com diferenças, por possuírem os Estados Unidos intensa legislação codificada, como por exemplo uma Constituição escrita; assim como a adoção da República e da forma federativa.[357]

Nesse contexto, explica René David:

> Os Estados Unidos continuaram a ser um país de *common law* no sentido de que lá se conservam, de uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês. Contudo, na família da *common law* o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular; mais do que qualquer outro direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade; e estas características, muitas vezes, aproximam-no dos direitos da família romano-germânica, pelos quais se deixou seduzir num determinado momento de sua história.[358]

---

[352] DAVID, 2014, op. cit., p.394.
[353] PORTO, op. cit., p. 4.
[354] DAVID, op. cit., p. 377.
[355] Juntamente com o sistema jurídico romano-germânico, o *civil law*.
[356] DAVID, op. cit., p.453.
[357] NUNES, op. cit., p. 120.
[358] DAVID, op. cit., p. 454.

Assim, o fundamento para o *common law* do direito norte-americano é a teoria do *stare decisis et non quieta movere*, que, segundo José Rogério Cruz e Tucci, significa "mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido" [359].

A vinculação dos precedentes judiciais é levada muito a sério no sistema jurídico norte-americano, porquanto se admite que a jurisprudência é fonte primária do direito. Em outras palavras, forma-se direito através das decisões jurisdicionais.

Assim, a ideia de vinculação dos precedentes surgiu com essa teoria e passou a ser cada vez mais difundida, em razão da forte influência que os Estados Unidos possui sob os demais países.

Logo o movimento do *stare decisis* começou a ganhar contornos na estrutura jurídica brasileira – que possui características marcantes da família *civil law*. A propósito, sobre a escolha do direito americano como parâmetro comparativo, Gustavo Santana Nogueira assevera:

> [...] é inegável a força que os Estado Unidos da América têm sobre outras culturas, o que não é um fenômeno exclusivamente sentido no Brasil, mas no mundo todo, sendo certo que esse domínio americano está ligado à história deste país, cujo território se formou na base da expansão, de conquistas, e o que vemos hoje é a continuação dessas expansão, que pode não ocorrer como antigamente, na forma territorial, mas ocorre hoje de uma forma distinta, cultural em especial, incluindo-se a cultura jurídica.[360]

O ordenamento jurídico brasileiro por muito tempo seguiu a influência tradicional de países europeus, adotando-se a estrutura da *civil law*[361], cuja ideia é a de que a lei é fonte principal do direito, estruturado substancialmente em códigos.[362]

---

[359] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p 161.

[360] NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo: RT, v.33, n. 161, p. 101-114, jul. 2008. p. 102.

[361] "Notabiliza a família romano-germânica o apoio nas leis como a mais recomendada maneira de buscar a sua compreensão. Essa tendência ganhou corpo no século XIX, caracterizado pela positivação de leis escritas dos postulados do direito natural, reinantes na centúria anterior, fenômeno responsável pelo surgimento dos monumentos legislativos calcados nas codificações". SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 176, nota nº 326. apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. **Revista de informação legislativa.** Brasília, v. 37, n. 148, p.146, out./dez. 2000.

[362] LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito:** algumas considerações sobre a ótica do novo CPC. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380.>. Acesso em: 27 jan.

Contudo, em decorrência das transformações ocorridas no Estado, mormente na sociedade – que teve papel determinante nessa revolução de paradigmas – em razão do "aparecimento da consciência de que determinados bens, ainda que pertencentes a toda sociedade ou a um grupo, são fundamentais para adequação social"[363], a tradição jurídica da *civil law* foi se aproximando da tradição da *common law*.

Dessa forma, o Brasil adaptou ao seu ordenamento jurídico romano-germânico características consolidadas no sistema de decisões judiciais com base em precedentes do *common law*.

Isso não obstante, como explica Câmara:

> [...] não significa, porém, que ordenamento jurídico brasileiro, historicamente vinculado à tradição romano-germânica (conhecida como *civil law*), tenha "migrado" para o *common law*. Muito ao contrário, o que se tem no Brasil é a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptado às características de um ordenamento *civil law*.[364]

O direito processual civil brasileiro "desenvolveu, em um longo processo evolutivo, um sistema de precedentes judiciais que culminou, do ponto de vista normativo, com a edição do CPC [Código de Processo Civil] de 2015"[365].

Vale ressaltar que a ideia de tornar a jurisprudência uniforme por meio da operação com precedentes obrigatórios, com vistas à promoção da unidade do direito perante a sociedade, vem antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988.[366]

Em linha gerais, o Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, previa um instituto de uniformização de jurisprudência, "[...] que suspende o julgamento do recurso em um órgão fracionário para que o órgão especial ou o Tribunal Pleno dêem [sic] a interpretação correta para a lei objeto de interpretações prévias divergentes".[367]

2017.

[363] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 75.

[364] CÂMARA, op. cit., p. 428.

[365] Ibidem, p. 427.

[366] MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v.37, n. 206, p. 61-75, abr. 2012.

[367] NOGUEIRA, 2008, op. cit., p. 109.

Com o advento da Constituição de 1988, outros institutos foram criados com o mesmo objetivo. O recurso especial, por exemplo, no qual uma de suas hipóteses de cabimento consiste justamente na existência de divergência entre tribunais pátrios.

Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone acrescentam que o fenômeno da *common law*, do efeito vinculante e geral às decisões judiciais, teve bastante influência no "processo de valoração da jurisprudência", que pode ser compreendido sob três aspectos:

> i) o avanço do controle concentrado da constitucionalidade; ii) a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); iii) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas integrantes da Lei no 13.105/2015, nosso Novo Código de Processo Civil (CPC/2015). [368]

Tem-se, portanto, um microssistema de criação de precedentes[369] vinculantes e também um microssistema de julgamento de casos repetitivos. O código processual civil pátrio estabeleceu de forma pré-determinada aquilo que será um precedente, conforme se verifica no art. 927, incisos I a VI[370].

Desse rol previsto na legislação processual, merecem destaque dois institutos criados pelo Código de Processo Civil de 2015: i) incidente de resolução de demandas repetitivas e ii) incidente de assunção de competência.

> O incidente de resolução de demanda repetitiva corresponde a um procedimento especial para julgamento de caso repetitivo que pode ser instaurado em segundo grau de jurisdição. O incidente de assunção de competência possibilita que o julgamento de relevante questão de direito, com grande repercussão social, que não se repita em diferentes processos, seja apreciado por órgão específico, indicado pelo regimento interno do tribunal. Em ambos os casos, as decisões proferidas em segundo grau produzirão efeitos vinculantes.[371]

---

[368] BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU,** Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 7.

[369] Para a Câmara, precedente "é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base de formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior". CÂMARA, op. cit., p. 426.

[370] "Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados."

[371] BARROSO; MELLO. op. cit., p. 12.

O CPC, em seu art. 988, prevê a reclamação contra a má aplicação dos precedentes elencados no art. 927, exceto para decisões judiciais que descumprirem a orientação de súmulas simples (art. 927, IV) e de órgãos do plenário e especial dos tribunais (art. 927, V).[372]

Ressalta-se, porém, que precedente é apenas uma decisão judicial proferida em um caso anterior que poderá ser aplicada em um caso futuro. O caráter vinculante de um precedente judicial está intrinsecamente ligado às razões determinantes; dessas razões é possível extrair a norma jurídica, que será aplicada em um caso futuro. Por isso, entende-se necessário delinear sobre os elementos principais da decisão judicial, bem como as técnicas mais adotadas para sua delimitação.

Para que os precedentes judiciais sejam corretamente identificados e aplicados, é fundamental que se encare os elementos que os compõem com a devida seriedade, pois, do contrário, os casos julgados com base em precedentes equivocados estariam maculados pela inobservância dos princípios balizadores de todo o direito *common law.*

1.1 Elementos fundamentais para operação com precedentes judiciais: *ratio decidendi, holding, obiter dictum, distinguishing*

A *ratio decidendi* é a "generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz."[373] Dito de outro modo, é a regra de direito definida pelo juiz para solução do caso. Note-se que a escolha desse conceito que se chegou no presente trabalho se deu a partir da extração de definições comuns na doutrina mais autorizada e, portanto, não tem o objetivo de esgotar o conceito da figura da *ratio decidendi.*[374]

---

[372] Sobre o assunto: É válido observar, contudo, que, na hipótese de precedentes vinculantes criados pelo novo Código – julgados produzidos em repercussão geral, nos casos repetitivos e em incidente de assunção de competência – , os efeitos vinculantes *não* obrigam a administração pública, diferentemente do que ocorre com as súmulas vinculantes e com as decisões proferidas em controle concentrado, em que disposição constitucional expressa prevê que também a administração pública está obrigada a seu cumprimento, sob pena de ter seu ato cassado por reclamação proposta diretamente no STF (CF/88, art. 102, §2o, e art. 103- A). BARROSO; MELLO. op. cit., nota nº 26, p. 12.

[373] MITIDIERO, op. cit., p. 71.

[374] Marcelo Alves Dias de Souza alerta que a definição da *ratio decidendi* é complexa e aponta, pelo menos, cinco definições do instituto: "a) regra de Direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso; b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso; c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso; d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso; e) a regra de Direito

Contudo, há que se ter em mente que, na decisão judicial, a *ratio decidendi* não pode ser confundida com a fundamentação, muito menos com o raciocínio judiciário. Isso porque a primeira está relacionada com o possível princípio/norma legal que determinará a solução de casos futuros com similitude fática, colhida, inclusive, da própria fundamentação da decisão; já a segunda refere-se diretamente ao caso particular.[375]

Assim, argumentos que não constituem a *ratio decidendi*, ou seja, que não são necessários para solução de questões do caso, denominam-se de *obiter dicta*[376]. Tratam-se de argumentos periféricos utilizados na decisão judicial para solução da demanda.

Marcelo Alves Dias de Souza registra que:

> [...] as definições mais corriqueiras de *dictum* e de *obter dictum* são obtidas negativamente, a partir da determinação do que seja *ratio decidendi*, ela é, por definição, *dictum* ou *obiter dictum*, e, consequentemente, não obrigatória.[377]

No que tange ao conceito de *holding*, Patrícia Perrone define como "'a norma extraída do caso concreto, que vincula os tribunais inferiores; o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir; a regra necessária para a solução do caso'." [378]

> O *holding* é composto por duas partes essenciais: a *ratio decidendi* e a *obter dicta*, as quais constituem, respectivamente, a razão principal do julgamento e os argumento externos ao fundamento principal, sendo que apenas o fundamento da *ratio decidendi* vincula os julgamentos posteriores.[379]

Observa-se que os conceitos de *holding* e *ratio decidendi* são similares. Há, inclusive, autores que consideram que os dois institutos são iguais, porquanto para os norte-americanos *ratio decidendi* é chamada de *holding.*[380]

---

na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito ao caso." SOUZA, op. cit. p. 126.

[375] MITIDIERO, op. cit., p. 71-72.

[376] Plural de obiter dictum.

[377] SOUZA, Marcelo Alves Dias de, **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 139. apud SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad.** Bueno Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p. 218.

[378] MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 241, p. 177-208, jul./set. 2005. p. 180.

[379] PORTES, MAIRA. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Força dos Precedentes**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. p. 106.

[380] Adotam esse posicionamento os autores Luís Roberto Barroso, Patrícia Perrone, Sérgio Gilberto Porto, Haroldo Lourenço.

Não obstante os métodos de identificação da *ratio decidendi* nos precedentes não sejam uniformes tanto na doutrina norte-americana quanto na doutrina brasileira, pelo menos dois deles têm sido destacados como os mais populares: o teste de Wambaugh e o método do Dr. Goodhart.

Com efeito, o teste de Wambaugh consiste em separar o que seria a principal ou as principais razões necessárias para solução do caso, acrescentar uma palavra que inverta o seu significado, de modo a produzir outra solução para o caso.

> Se a solução para o caso remanescer idêntica, mesmo com alteração do termo, aquela fundamentação não deve ser considerada como *ratio*. Por outro lado, se a inversão resultar numa alteração da conclusão, ou seja, do resultado do julgamento, a fundamentação deve ser considerada como *ratio.*[381]

Por outro lado, o método do Dr. Goodhart, consiste em

> [...] isolar no julgado precedente os fatos considerados pelo juiz como materialmente relevantes e o que foi decidido em relação a eles. Não há relevância, portanto, em se identificar opiniões do juiz, a regra de direito aplicado ao caso ou as considerações feitas sobre os demais casos: a *ratio decidendi* é definida pela forma como o julgador tratou os fatos materialmente relevantes.[382]

Percebe-se, portanto, que o critério de identificação/delimitação é meramente subjetivo, eis que a escolha caberá ao juiz prolator da decisão.

Isso não obstante, nem sempre o precedente será aplicado, caso os fatos desse precedente não guardem estrita relação com os fatos de uma demanda futura. Nessa situação, os casos são distintos e o precedente não será aplicado, isto é, o julgador executa o *distinguishing* – distinção – no caso posterior, dando outra solução, com a regra jurídica que entender mais adequada.

Se ficar demonstrado, seja pela parte ou pelo próprio órgão julgador, que o caso concreto revela circunstâncias fáticas diversas daquelas observadas no caso paradigma, ainda que guardem alguma semelhança, mas exista questão fática ou jurídica relevante que torne o precedente inaplicável, o tribunal não mais estará obrigado a seguir o precedente. Trata-se de

---

[381] TRIGUEIRO, op. cit., p.30.
[382] PORTES, op. cit., p. 107.

elemento fundamental para a dinâmica dos precedentes, pois reforça ainda mais a estabilidade das decisões.

Esse fato necessariamente vai demandar uma interpretação delicada da *ratio decidendi* do precedente para eventual aplicação com o caso concreto, podendo o julgador interpretar restritivamente (*restrictive distinguishing*) ou ampliativamente (*ampliative distinguishing*).

> Isso não significa que não se exige submissão cega às anteriores decisões. Permite-se à 'corte estender um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entender que assim estará promovendo a justiça. Caso a aplicação do princípio, entretanto, possa produzir resultado indesejável, o tribunal estreitará ou restringirá o princípio, ou ainda aplicará precedente diverso.' Por essa razão, deve ser assinalado que *stare decisis* não é apenas uma teoria que historicamente resguardou a estabilidade e a uniformidade, visto que suas restrições e ampliações inerentes, bem como os fatores que determinaram a inaplicabilidade de precedentes judiciais, permitem a inafastável flexibilidade do ordenamento da *common law*, indispensável à evolução e ao progresso do direito.[383]

Para Maira Portes:

> Trata-se da aplicação limitada de uma precedente, a qual se dá de acordo com a convergência dos fatos materialmente relevantes, e em função de determinadas hipóteses, tais como: i) conflito com normas derivadas de outros precedentes; ii) existência de regra vinculante baseada em claro e inadvertido erro; iii) reconhecimento de situações em que a corte prolatora claramente não queria abranger quando fixou a regra; iv) constatação de existência, no caso a ser decidido, de peculiaridades fáticas que justificam o tratamento diferenciado.[384]

Assim, pode-se concluir que não existe fórmula certa para identificação precisa apta a justificar a não aplicação do precedente, "cabendo a cada juiz fazer a sua análise e ao Tribunal que elaborou o precedente verificar, quando cabível, se o *distinguishing* foi corretamente feito".[385]

Feitas as considerações sobre os elementos essenciais de identificação e aplicação dos precedentes, o objetivo a partir do próximo capítulo será tratar com mais profundidade os

---

[383] RE, Edward D. *Stare decisis*. **Revista jurídica**. Trad. por Ellen Grecie Northfleet, 198, Porto Alegre, 1994. p. 30. apud TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 171-172.
[384] PORTES, op. cit., p. 116.
[385] NOGUEIRA, Gustavo Santana. ***Stare decisis et non quieta movere:*** **a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 200.

conceitos e termos essenciais utilizados nas técnicas de superação de precedentes, bem como sua aplicação à luz do CPC.

2 MECANISMOS PARA SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: *OVERRULING, OVERRIDING, TRANSFORMATION, DRAWING OF INCONSISTENT DISTINCTIONS*

Desde sempre a sociedade evolui com tempo e com os acontecimentos políticos-sociais dos países e, portanto, da mesma forma, o Direito deve acompanhar sua evolução, regulando-a de acordo com suas fontes primárias ou secundárias.

Na teoria do *stare decisis*, o precedente deve ser seguido nas futuras demandas para se evitar decisões conflitantes em casos que guardam similitude fática. [386] Contudo, não se pode permitir um engessamento do direito, de modo a "criar injustiça ou impedir a [sua] evolução [...], já que nem sempre a decisão proferida em um caso concreto anterior é correta".[387]

Nesse cenário, surge a figura do *overruling* como uma técnica de superação do precedente, permitindo sua revogação, desde que justificada pelo tribunal que originou o precedente[388]. Dito de outro modo, o julgador poderá adotar nova orientação jurisprudencial quando a anterior não representar a melhor solução para o caso concreto.

Impende mencionar que existem diversas nomenclaturas referentes às técnicas de superação de um precedente. Entretanto, a doutrina[389] nacional e internacional adota o

---

[386] Marcelo Alves de Souza explica que na Inglaterra, "[e]m tese, é possível ter-se um sistema baseado na premissa de que o precedente não pode, em hipótese alguma, deixar de ser aplicado. Até o ano de 1966, a *House of Lords*, formalmente renunciando ao poder de superar suas decisões anteriores, seguia estritamente essa visão da doutrina do *binding precedent.* Mas, nesse ano, a corte anunciou, em *Practice Statement*, que seus juízes (e, consequentemente, a corte como um todo) poderiam se afastar de suas anteriores decisões quando assim achassem correto. Hoje, pode ser dito que a visão absoluta da doutrina do *binding precedent* não é aceita em qualquer um dos sistemas jurídicos filiados à tradição do *common law*. Nos Estados Unidos, esta situação aparece mais patente ainda que na Inglaterra. As cortes americanas, nas palavras de Reynolds, '*acreditam que têm o poder de mudar seus pensamentos, banir casos desacreditados, desgastados pelo tempo, e tecer novas decisões na rede em costura que é o Direito'"*. (g.o.) SOUZA, op. cit., p. 148-149.

[387] NOGUEIRA, 2008, op. cit., p. 105.

[388] Maira Portes, citando Neil Duxbury, afirma: "A importância do precedente para a estrutura do sistema jurídico é bem ilustrada por Neil Duxbury quando assevera que a recusa de juiz a seguir um precedente pode ser equiparada à recusa ao cumprimento de uma obrigação moral: até se admite o seu descumprimento, desde que sejam apresentadas razões suficientes. PORTES, op. cit., p. 109. apud DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge University Press, 2008. p. 113.

[389] Nesse sentido: PORTES, Maira; DUXBURY, Neil e CROSS, Rupert; TUCCI, José Rogério Cruz e; Nogueira, Gustavo Santana; BURTON, Steve J.; TRIGUEIRO, Victor Guedes. etc.

overruling como forma de revogação geral dos precedentes, ao passo que outras formas de revogação do precedentes serão tratadas em momento oportuno.

Há duas formas de revogação de precedentes: a primeira é a revogação expressa (*express overruling),* que ocorre quando o tribunal declara expressamente que está adotando nova orientação (*ratio decidendi)* sobre determinado caso concreto, de modo que a orientação anterior perderá o efeito vinculante, e a segunda forma é a revogação implícita do precedente, que consiste na adoção pelo tribunal de regra jurídica divergente e incompatível com aquela consignada no antigo precedente, mas sem fazer qualquer alusão ao novo posicionamento.[390]

Acrescenta-se, ainda, que o tribunal pode revogar parcialmente um precedente (*overriding*), por meio da restrição do âmbito de incidência de determinada regra jurídica em face de outra superveniente.[391]

Existe na teoria do *stare decisis* a figura da *transformation*, cuja ideia é de atribuir um significado novo a um entendimento[392], mas sem a manifestação expressa da corte sobre a possibilidade de revogação do precedente; o acolhimento da nova regra não acarreta na modificação do resultado do julgamento do caso anterior. Trata-se de uma ressignificação do precedente. Daniel Mitidiero, por exemplo, entende que a *transformation* é uma espécie de revogação parcial do precedente.[393] Já Luiz Guilherme Marinoni e Maira Portes, adotam o entendimento de que a *transformation* seria uma espécie de revogação total do precedente.[394]

Por fim, tem-se o instituto do *drawing of inconsistent distinctions*, na qual se admite a elaboração de distinções inconsistentes para "identificar no precedente as distinções que não condizem com a regra de direito formulada, considerando-se as condições sociais observáveis à época da formulação"[395].

Trata-se de técnica de revogação parcial do precedente semelhante ao *overriding* e a *transformation*, entretanto, sua diferença se revela na medida em que sua utilização se baseia

---

[390] TRIGUEIRO, op. cit., p. 33.
[391] PORTES, op. cit., p. 118.
[392] LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 12, n. 3, p. 810-845, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300810&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 jul. 2017.
[393] MITIDIERO, op. cit., p. 73.
[394] PORTES, op. cit., p. 118. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3. ed., São Paulo, 2013. apud EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law.** Harvard University Press, 2008. p. 132.
[395] PORTES, op. cit., p. 119.

no julgamento incoerente com as condições sociais vigentes, em desrespeito ao princípio da incongruência[396]. Essa técnica, conforme explica Daniel Mitidiero, sinaliza (*signalizing*) uma possível revogação total do precedente tido como incoerente.[397]

Com efeito, é preciso ter em mente que os mecanismos de revogação precedentes devem ser aplicados com parcimônia, uma vez que são exceções à regra do precedente vinculante.

Nessa esteira, assevera Patrícia Perrone:

> O trabalho com tais idéias [sic] e com a decisão sobre a revogação ou não de precedentes se centra, no cotejo do acerto, desacerto, inconveniência ou obsolescência do precedente que se pretende revogar, portanto, de sua *(in)congruência social* e/ou de sua *(in)consistência sistêmica*, justamente com os dois valores principais que justificam a adoção de precedentes com efeitos vinculantes: (a) *segurança jurídica/proteção* da confiança dos cidadãos; e (b) *isonomia*. (g.o).[398]

Assim, a revogação ou a modificação de um precedente vinculante gera, inevitavelmente, perante a sociedade, incertezas, insegurança jurídica, e tratamento desigual; porquanto os jurisdicionados que antes confiavam na regra jurídica estabelecida por um precedente, com sua revogação, as expectativas poderão quedar-se frustradas. A propósito, Marcelo Alves registra:

> Por fim, não se pode esconder a verdadeira revolução que é o *overruling* no que diz respeito à matéria objeto do precedente revogado. Como explica Sotelo, se levado às últimas consequências, '*o* ***overruling*** *equivale a uma declaração pública****, 'coram populi'****, de que todos os casos decididos sobre a base daquele precedente errôneo tinham sido na realidade decididos em contrário ao que na verdade se toma como verdadeiro.'* (g.o)[399]

---

[396] Nesse sentido, Ronald Dworkin, ao elaborar a teoria do direito como integridade, sustenta que as proposições jurídicas são verdadeiras quando comportam ou derivam de princípios de justiça, isonomia e constituem o devido processo pelo qual proveem a melhor construção interpretativa da prática jurídica da comunidade". LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF, 28 jul. 2014. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49175&seo=1>. Acesso em: 12 jul. 2017. apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 350.

[397] "Nesses casos, a Corte distingue o caso, negando em parte o precedente, sem, contudo, apresentar critérios seguros para tanto. Normalmente, a elaboração de distinções inconsistentes serve para mostrar que o órgão jurisdicional está em dúvidas sobre o acerto da solução contida no precedente e que provavelmente o superará em breve. Nesse sentido, a técnica das distinções inconsistentes funciona como sinalização de um movimento esboçado pela Corte a respeito da solução de determinada questão". MITIDIERO, op. cit., p. 73.

[398] MELLO, op. cit., p. 187.

[399] SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. cit., p. 150. apud SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na "common law" e na "civil law". In: CALMON FILHO, Petrônio; BELTRAME, Adriana. **Temas atuais de direito processual ibero-americano.** Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 369.

Em contrapartida, a aplicação do precedente não pode ser totalmente rígida de modo a não permitir o acompanhamento das mudanças sociais ou até mesmo ser incompatível com o próprio direito ou por estar equivocada.

Em vista dessa circunstância, para manutenção da estrutura lógica do *common law* – a força vinculante dos precedentes em julgamento de casos iguais – importa observar os princípios norteadores das técnicas de revogação dos precedentes.

José Rogério Cruz e Tucci destaca as principais razões pelas quais o precedente poderá ser afastado:

> [...] o precedente judicial perde normalmente o seu *status* quando:
> a) desponta contraditório; b) torna-se ultrapassado; c) é colhido pela obsolescência em virtude de mutações jurídicas; ou, ainda, d) encontra-se equivocado. Assinala, a propósito, que tais fatores conduzem, em síntese, a "duas razões para se revogar um precedente: sua *incongruência social* e sua *inconsistência sistêmica*.
>
> A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do Direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum". Já a ideia de inconsistência sistêmica aponta para uma desarmonia entre as diversas regras que compõem um determinado ordenamento jurídico. (g.o.)[400]

Maira Portes, por sua vez, elenca os princípios informadores a serem seguidos pelo julgador na hipótese de superação do precedente: a) o precedente que não observar a coerência social e a coerência sistêmica deve ser superado; b) deve haver a ponderação entre a necessidade de adaptação do precedente e a preservação da estabilidade e do *stare decisis*.[401]

O primeiro relaciona-se com a ideia da inconsistência do precedente ante às questões sociais e dos princípios básicos do *stare decisis*, quais sejam, o da certeza, da isonomia, da proteção da confiança, da estabilidade, da prevenção da surpresa injusta, segurança jurídica, reprodutividade e sustentabilidade.[402]

---

[400] TUCCI, Rogério Cruz e. **Considerações sobre o precedente judicial ultrapassado.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-26/paradoxo-corte-consideracoes-precedente-judicial-ultrapassado> Acesso em 31 jan 2017. apud MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 237 ss.
[401] PORTES, 2010, passim.
[402] Ibidem, p. 111.

Assim, o precedente pode até se amoldar ao caso concreto, contudo, pode não apresentar a melhor solução, porquanto está em desacordo com os valores sociais praticados à época do do julgamento. A fundamentação utilizada no precedente não poderá mais ser mantida e nem reproduzida para solução de outros casos.

Com relação ao segundo princípio, este envolve áreas do direito onde a jurisprudência tem forte influência na resolução do caso. Desse modo, as regras formuladas na jurisprudência devem ser mantidas mesmo quando o precedente afronta a coerência social e coerência sistemática, com o objetivo de preservar a estabilidade e sustentação da regra jurídica nas áreas que o direito jurisprudencial é predominante.

Não sendo possível a manutenção do precedente, e a revogação é a única alternativa, "é posta em prática a técnica da sinalização, a qual consiste em a Corte seguir determinado precedente no julgamento do caso atual, noticiando, entretanto, que este precedente não poderá mais ser seguido a partir daquele julgamento"[403].

Portanto, utilização de mecanismos de superação de precedente deve ser feita em observância não só aos princípios norteadores acima destacados, mas também aos valores da teoria do *stare decisis*, pois, do contrário, a aplicação desenfreada do *overruling* anularia essa teoria completamente[404].

2.1 O tratamento do overruling no código processual brasileiro

Como dito, o Brasil, inspirado na teoria do *stare decisis*, vem demonstrando uma maior preocupação com os precedentes, "optando pela valorização das súmulas, que existem desde o Império, e pela inserção na lei de diversos mecanismos que têm como finalidade a uniformização da jurisprudência e o fortalecimento dos precedentes"[405].

Entretanto, isso não significa dizer que a tradição da *civil law* deixará de existir no direito pátrio. As duas tradições poderão coexistir pacificamente, assim como o é no direito inglês e norte-americano. O novo CPC, com escopo de efetivar a tutela dos direitos e evitar

---

[403] PORTES, op. cit., p. 114.
[404] BURTON, Steven J. **The conflict between stare decisis and overruling in constitutional adjudication.** Disponível em: <http://www.cardozolawreview.com/content/35-5/BURTON.35.5.pdf> Acesso em: 22 jan. 2017.
[405] NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro.** 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2013. p. 227.

decisões diferentes em casos com similitude fática, positivou sistemas de precedentes e de julgamento de demandas repetitivas[406].

O CPC disciplinou, ainda, no art. 927, §§ 2º, 3º e 4º, as regras para aplicação da técnica do *overruling* nos precedentes judiciais obrigatórios. Dispõe que na hipótese de superação do entendimento poderão ser realizadas audiências públicas, bem como a participação de pessoas, órgãos ou entidades para rediscutir a tese, devendo esta ser fundamentada adequada e especificamente, podendo, ainda, haver a modulação do seus efeitos.[407]

> Portanto, o NCPC prevê requisitos indispensáveis à instituição de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, com a utilização de instrumentos teóricos capazes de lhe tornar operável, sem que ocorra impedimento ao desenvolvimento do direito brasileiro.[408]

O presente capítulo tratou de linhas introdutórias acerca da aplicação do *overruling* no direito processual brasileiro, não tendo o condão de esgotar o tema justamente por ser relativamente novo ao direito brasileiro (apesar de os tribunais pátrios adotarem essa prática, só que sem a preocupação com regras e princípios do *overruling* criadas, principalmente, pelo direito americano).

3 LIMITES DE APLICABILIDADE DOS INSTRUMENTOS DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

É cediço que os tribunais, ao decidirem por revogar um precedente, têm de fazê-lo com base nas técnicas anteriormente apresentadas, com vistas à máxima proteção da estabilidade, na segurança jurídica, e da confiança.

---

[406] Esse microssistema de julgamento de demandas repetitivas já existia no Código de Processo Civil de 1973, ele apenas foi remodelado no CPC/2015, acrescentando-se outros institutos.

[407] Art. 927. [...]
§ 2o A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
§ 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

[408] FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. O sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, p. 509-533, jul/dez. 2015.

Na teoria do *stare decisis*, a regra geral é que o poder de revogação de um precedente pertence ao tribunal onde o precedente foi emanado. Isso porque essa regra permite o controle da hierarquia e coerência entre os tribunais, de modo que a adoção de novo entendimento seja praticada primeiramente pelas cortes superiores e, gradualmente, seja adotada pelas cortes inferiores.[409]

Conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni:

> A autoridade dos precedentes dos tribunais superiores é fundamental para a coerência da ordem jurídica, assim como para a tutela da previsibilidade e da confiança nos atos do Poder Judiciário. Tal autoridade, no entanto, não depende apenas do respeito dos órgãos judiciais inferiores. O próprio tribunal responsável pela elaboração do precedente deve observá-lo, sem o que, em verdade, os precedentes não passariam de anúncios passageiros do semblante do Direito.[410]

Um tribunal, seja de qual for grau, não poderá revogar um precedente somente porque não concorda com o entendimento adotado em momento anterior, quando perfeitamente aplicado no caso concreto, porque, nesse caso, a dinâmica do *stare decisis* seria violada. [411]

> [...] Sem uma teoria sólida do *overruling*, resulta um paradoxo: uma corte suprema deverá seguir seus precedentes mas, em qualquer caso, pode superá-los. Isto é, uma corte suprema deve seguir seus precedentes, só que não precisa. Este paradoxo habilita cortes supremas a pegar e escolher o direito que os vincula. Ele tolera um direito incoerente e não confiável, com julgamentos orientados para o resultado,[...].[412]

Na tradição jurídica do *common law*, a superação de um entendimento consolidado deve considerar a ideia de que a sociedade como um todo pauta suas condutas "de acordo com o que os tribunais afirmam, em suas decisões, ser o Direito."[413]

---

[409] PORTES, op. cit., p. 120.

[410] MARINONI, Luiz Guilherme. **Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242857/000909476.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jul. 2017.

[411] "O fato é que apenas a Corte competente para produzir o precedente (ou Corte Superior) pode revogá-lo. As demais cortes não possuem esse poder, sendo irrelevante a discordância quanto ao conteúdo, muito embora nada impeça que haja a aplicação do precedente, com ressalva de entendimento pessoal." ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis*, e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo: RT, ano 39, n. 236, p. 279-301, out. 2014. p. 289.

[412] BURTON, op. cit., p. 1688.

[413] SOUZA, op. cit., p. 156.

O cenário jurídico no Brasil, todavia, ainda que haja divergência de entendimento[414], envolve a miscigenação dos sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*, reafirmada pela edição do novo Código de Processo Civil, o que é possível concluir pelo que já fora dito anteriormente, utilizando as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, "a revogação de jurisprudência consolidada pode causar surpresa injusta a todos aqueles que nela pautaram suas condutas".[415]

Aponta a legislação processual a necessidade de se levar a sério as decisões dos tribunais aptas a formar um precedente ou jurisprudência consolidada[416], de modo a conferir sempre coerência, integridade e estabilidade[417].

Em sendo assim, para garantir tais valores, é imprescindível a discussão acerca da modulação dos efeitos oriundos da aplicação das técnicas de superação do entendimento, a qual permite limitar ainda mais a utilização desenfreada desse mecanismo pelos órgão julgadores.[418]

3.1 A modulação dos efeitos na superação dos precedentes

---

[414] Lenio Streck e Georges Abboud fazem críticas ao sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015, no sentido de que: "Com certa frequência, parcela da doutrina processual tem salientado que o Código de Processo Civil instituiu em um *sistema-de-precedentes*. Há até assertivas de que o próprio paradigma teórico do direito processual brasileiro teria alterado a partir do tal "sistema" de precedentes, ao menos, para um sistema misto/híbrido entre a *Common Law* e a *Civil Law*." STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em 15 jul. 2017.

[415] MARINONI, 2011, op. cit., p. 15-16.

[416] Nos parágrafos em que trata da possibilidade de superação de entendimentos [art. 927, § 2º, 3º e 4º] o código de processo civil utiliza de, no mínimo, três terminações jurídicas, quais sejam:
"Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
[...]
§ 2º **A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos** poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
§ 3º Na hipótese de **alteração de jurisprudência dominante** do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
§ 4º **A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese** adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia."
Na realidade, para os fins do código processual civil as expressões utilizadas podem ser interpretadas como sinônimos de precedentes, embora, tecnicamente, os conceitos sejam diversos.

[417] Nesse sentido dispõe o art. 926, do Código de Processo Civil: "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente."

[418] Mais uma vez, Lenio Streck e Georges Abboud criticam a existência no direito brasileiro da figura do *overruling*: "No Brasil não faz sentido falar de *overruling* para afastar a aplicação de precedente ou dos demais provimentos vinculantes, até mesmo porque não vivenciamos um genuíno sistema de precedentes, nem mesmo após o advento do CPC. O mais adequado é falar-se em controle difuso de constitucionalidade, que é um direito fundamental do cidadão de provimentos vinculantes nas hipóteses que sua incidência culminar em uma inconstitucionalidade para o caso concreto". STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 139.

Tinha-se como regra tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra a aplicação efeitos retroativos à decisão que anunciava novo entendimento. Explica Marcelo Souza que na Inglaterra, conhecida por sua rigidez, adota-se a teoria declarativa do precedente, na qual se entende que o direito preexiste à decisão judicial e, portanto, a revogação de um precedente possui efeitos retroativos, porque o direito sempre existiu. Já nos Estados Unidos os efeitos retroativos ou prospectivos de um precedente cuidam-se em razão da criação judicial do direito, onde os tribunais criaram diversas técnicas para aplicação do novo precedente.[419]

Na realidade, a questão da eficácia temporal da revogação de um precedente se limita entre duas espécies: eficácia retroativa e a eficácia prospectiva. Dentro dessas duas espécies, outras classificações com adaptações surgem com a finalidade de solucionar eventuais impasses.[420]

Maira Portes, com o aporte nas doutrinas do direito inglês e do direito norte-americano, elenca as seguintes classificações sobre eficácia temporal da decisão revogadora: a) retroatividade plena, na qual a regra jurídica estabelecida no novo precedente terá efeitos retroativos a todas as relações jurídicas formadas, acordos feitos, e que estão sujeitos ao crivo judicial, antes da revogação do precedente; b) retroatividade limitada, que consiste na aplicação dos efeitos retroativos a fatos jurídicos anteriores ao precedente revogador, mas por um determinado período de tempo; c) prospectividade seletiva, configura-se na aplicação dos efeitos da nova regra já no caso presente; d) prospectiva-prospectiva, situação em que os efeitos do precedente revogador serão aplicados em fatos jurídicos ocorridos após determinada data.[421]

Marcelo Souza, por sua vez, propõe as classificações das eficácias quanto à aplicação da decisão revogadora da seguinte maneira:

> a) a aplicação retroativa pura, quando o novo precedente aplica-se "a todos os fatos que tiveram lugar antes e depois dele, incluindo aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado"; b) a aplicação retroativa clássica ocorre nas hipóteses em que o novo precedente "será aplicado aos fatos que tiveram lugar antes e depois dele, excluindo-se aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado"; c) aplicação prospectiva pura, aplica-se o novo precedente apenas aos casos futuros, após seu estabelecimento, "excluindo-até mesmo os fatos do caso que deu origem a esse precedente"; d) aplicação prospectiva clássica, situação em que o novo entendimento será

[419] SOUZA, op. cit., p. 157.
[420] SOUZA, loc. cit.
[421] PORTES, op. cit. 124.

> aplicado em todos os casos futuros, incluindo o caso que ensejou a alteração do precedente e; e) aplicação prospectiva a termo, quando o precedente será aplicado somente a partir de uma data futura e certa , "a fim de que tanto as pessoas como o Poder Legislativo tenham tempo para avaliar a questão e realizar as alterações que se façam necessárias".[422]

Importante destacar que no direito norte-americano, os magistrados estão se utilizando cada vez mais da modulação de efeitos para conferir eficácia prospectiva no julgamento dos casos concretos. Isso porque as Cortes Superiores verificaram que a aplicação de efeitos retroativos causavam certas injustiças, e, em consectário, violações aos princípios da segurança jurídica, previsibilidade e da proteção da confiança.[423]

Observa Luiz Guilherme Marinoni – referindo-se a Melvin Eisenberg – que a maior justificativa da aplicação prospectiva dos efeitos da revogação do precedente é a proteção da confiança.[424] Sob esse prisma, a aplicação da eficácia prospectiva do novo precedente "[...] deve levar em consideração a maior ou menor densidade das normas aplicadas para resolução do caso ou da questão jurídica e a maior ou menor abertura semântica do texto empregado na redação legislativa"[425].

Entretanto, registra-se o alerta de que a reiterada aplicação da eficácia prospectiva poderá causar prejuízos ao funcionamento da máquina judiciária, gerando decisões inconsistentes, instáveis, e desencorajando a utilização da eficácia retroativa, de modo a afetar a carga dinâmica do próprio direito, devido a multiplicidade de decisões que estão na iminência de serem revogadas.[426]

---

[422] SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 159-162.
[423] MARINONI, 2011, op. cit. p. 16.
[424] EISENBERG, Melvin A. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 131. apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores.** Disponível em:
< https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242857/000909476.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jul. 2017.
[425] MITIDIERO, op. cit., p. 74.
[426] Nesse sentido, assevera Marinoni: "Não obstante, embora com a irretroatividade dos efeitos do *overruling* ou com o *overruling* com efeitos prospectivos se garanta o princípio da segurança e se proteja a confiança nos atos do Poder Público, daí também podem advir custos ou prejuízos. O *prospective overruling* pode gerar resultados ou decisões inconsistentes, especialmente quando se está diante do *overruling* cujos efeitos apenas podem ser produzidos a partir de certa data ou do *overruling* cujos efeitos retroativos incidem apenas sobre determinado caso." (MARINONI, 2011, op. cit., p. 17.)

Para tentar evitar tal situação, fala-se, no direito norte-americano, na criação de um sistema misto/híbrido de modulação dos efeitos, o denominado P-R, *prospective-retroactive*, isto é, prospectivo-retroativo:

> a regra da revogação passou a ser a prospectividade, utilizando-se da retroatividade apenas em casos esporádicos, quando requerido pela natureza da situação. Os fundamentos desse sistema são a preservação da obediência à lei, apesar da decisão ter sido revogada, como forma de preservar a confiança da magistratura e da advocacia no sistema de precedentes; e a minimização dos impactos na administração da justiça, assegurando-se a confiança das partes. Sob outro aspecto, sustenta-se também que, mesmo sendo a modificação dos precedentes através da retroatividade plena uma prerrogativa do Poder Judiciário, a essência do processo judicial consiste na individualidade dos casos, e a decisão pela prospectividade ou retroatividade representa esta individualidade.[427]

A possibilidade de modulação dos efeitos de uma decisão judicial não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo mais comum na esfera constitucional, nas decisões de inconstitucionalidade da norma. A propósito, Patrícia Perrone expõe que o Supremo Tribunal Federal vem praticando

> [...] a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade como resultado de ponderações com outros bens e interesses constitucionalmente protegidos, como ocorre, por exemplo, com a preservação de decisões transitadas em julgado, despeito de posterior declaração em controle concentrado, da inconstitucionalidade da lei em que se fundaram, de forma a prestigiar o princípio da segurança jurídica.
> Não é, ademais, desconhecida em nosso sistema a técnica de se conferirem efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade, de modo a mitigar os efeitos negativos delas decorrentes, ideia aparentada àquela do *prospective overruling*.
> Além disso, como salienta Luís Roberto Barroso, a mencionada técnica, que, hoje, se baseia em norma expressa do artigo 27 da Lei 9.869/99, decorreu, na origem, de construção jurisprudencial pela qual o Supremo ponderava a norma constitucional violada com as normas constitucionais que protegiam os efeitos produzidos pela lei inconstitucional, tal como boa-fé, moralidade, irredutibilidade de vencimentos, razoabilidade, mitigando o dogma dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade.[428]

Outra situação, ocorrida no ano 2015, em que o STF se utilizou do mecanismo da modulação de efeitos quando do julgamento das ADIns (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nºs 4357 e 4425, em que julgou parcialmente procedente as ações, limitando dos efeitos da decisão que revogou algumas regras contidas na Emenda Constitucional nº 62/09, qual instituiu

[427] PORTES, op. cit., p. 126.
[428] MELLO, op. cit., p. 202.

o regime especial de pagamentos de precatórios. Os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux apresentaram a proposta de modulação, a qual foi acolhida por maioria, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber.

Assim, conferiu-se eficácia prospectiva à decisão que declarou a inconstitucionalidade da norma, passando a surtir efeitos somente após a data do julgamento [25/3/2015], resguardados os precatórios expedidos até então.[429]

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça[430], da mesma maneira, com o escopo de uniformizar a jurisprudência, deve ser ressaltada a importância da modulação de efeitos pelo órgão, que tem por obrigação constitucional julgar processos e recursos em matéria federal.

A discussão sobre a possibilidade de modulação de efeitos para atribuir eficácia prospectiva à decisão revogadora de entendimento pelo STJ foi proposta pelo Ministro Herman Benjamin, ao julgar os embargos de divergência opostos no Recurso Especial nº 738.689/PR, no ano de 2007.

O caso se tratava de reconhecimento para aproveitar o crédito-prêmio do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados – instituído pelo Decreto-lei nº 141/1969; ao recurso especial foi negado provimento, resultando na oposição dos embargos de divergência à 1ª Seção, que também foi negado provimento.[431] A propósito:

> Assim, para proteger a segurança jurídica e a confiança, entendeu o Ministro Herman Benjamin que seria o caso de se proceder à modulação dos efeitos da decisão, limitando-se a sua retroatividade. Para fundamentar a sua proposta, fez as seguintes ponderações: 'Tenho para mim que, também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da 'sombra de juridicidade', decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto. Essa necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica e, por consequência, os atos praticados pelos contribuintes sob a 'sombra de juridicidade' exige do Superior Tribunal de Justiça o manejo

[429] MIGALHAS. **STF modula efeitos da decisão sobre pagamento de precatórios.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI217881,61044-STF+modula+efeitos+da+decisao+sobre+pagamento+de+precatorios>. Acesso 16 jul. 2017.
[430] E também nos demais Tribunais Superiores.
[431] MARINONI, 2011, op. cit., p. 27.

> do termo *a quo* dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial. Repito que não se trata de, simplesmente, aplicar-se as normas veiculadas pelas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, por analogia, mas sim de adotar como válidos e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, independentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo e. Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça. No caso dos Vereadores em que o Supremo Tribunal Federal limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, parece evidente que eventual inexistência de lei federal prevendo expressamente a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial não impediria o e. Supremo Tribunal Federal de sopesar os efeitos de seu acórdão, por conta do imperativo da segurança jurídica. Da mesma forma, a inexistência de norma ordinária expressa que regule o assunto não tem o condão de impedir os Tribunais Superiores de adequarem sua atividade, ou o produto da ação jurisdicional, aos ditames da segurança jurídica. O e. Supremo Tribunal Federal adota esse entendimento, ao modular temporalmente os efeitos de suas decisões, mesmo em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, não abarcado expressamente pelo regime das Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999'.[432]

Assim, o Ministro João Otávio de Noronha acompanhou o entendimento do Ministro Herman Benjamin e destacou:

> [...] Por isso, penso que precisamos enxergar as realidades constatadas no direito brasileiro. O efeito prospectivo e a modulação do julgamento têm o condão, exatamente, de permitir a uma Corte Superior transcender o interesse individual e fazer prevalecer a própria credibilidade do Poder Judiciário.
>
> É com essas palavras que encerro, parabenizando o Sr. Ministro Herman Benjamin pela coragem e determinação por superar os preconceitos e trazer à sessão uma tese inovadora a qual expressamente estou aderindo.[433]

O Ministro Teori Zavascki, já falecido, discordou dos posicionamentos dos Ministros Herman Benjamin e João Otávio de Noronha no sentido de que apenas o STF estaria autorizado a modular efeitos de decisão de inconstitucionalidade da norma, no âmbito do controle de concentrado de constitucionalidade; e mesmo assim limita-se, exclusivamente, aos efeitos de

---

[432] MARINONI, 2011, op. cit., p. 28.

[433] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** 1ª Seção. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 738.689/PR. Relator Min. Teori Zavascki. TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491⁄69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. "MODULAÇÃO TEMPORAL" DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491⁄69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658⁄79, modificado pelo Decreto-lei 1.722⁄79), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT). 2. Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868⁄99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a "modulação temporal" das suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados. 3. Embargos de divergência improvidos. Diário de Justiça, 22 de outubro de 2007. p. 187.

natureza temporal. O que não seria do caso em comento, porquanto a intenção era de modular os efeitos de uma decisão revogadora, em seus aspectos temporal, subjetivo e material. [434]

Dessa forma, a 1º Seção do STJ, por maioria, decidiu que o Judiciário não pode modular efeitos para conferir eficácia prospectiva de um precedente sem que haja previsão legal para tanto, sob pena de usurpação de competência legislativa.

Diante dessa decisão, assevera Luiz Guilherme Marinoni:

> O Superior Tribunal de Justiça, neste julgamento, perdeu grande oportunidade para adotar técnica imprescindível a um Tribunal incumbido de dar unidade ao direito federal. Pouco importa que o art. 27 da Lei 9.868/1999 faça referência expressa apenas às decisões de inconstitucionalidade. A limitação dos efeitos retroativos das decisões não é mera decorrência da necessidade de compatibilizar a segurança jurídica com a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Trata-se, ao contrário, de algo imprescindível para não se surpreender aqueles que depositaram confiança justificada nos precedentes judiciais. Os atos, alicerçados em precedentes dotados de autoridade em determinado momento histórico – e, assim, irradiadores de confiança justificada –, não podem ser desconsiderados pela decisão que revoga o precedente, sob pena de violação à segurança jurídica e à confiança nos atos do Poder Público. Ou seja, a modulação dos efeitos ou a limitação dos efeitos retroativos das decisões certamente não podem servir apenas às decisões de inconstitucionalidade. Na verdade, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é um dos aspectos que se insere na questão relativa à tutela da segurança diante das decisões judiciais.[435]

Em oportunidade mais recente, o STJ definiu que, em caso entendimento advindo do julgamento de recurso repetitivo, tal entendimento só passaria valer após a data do julgamento do processo. O que implica reconhecer que a tese terá impacto nos precedentes revogadores, os quais não poderão retroagir aos fatos ocorridos antes da mudança de entendimento.

O entendimento foi definido quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.596.978/RJ, cujo objeto era a incidência do Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF – sobre a parcela do Abono de Permanência Voluntária dos servidores que mesmo possuindo os requisitos para aposentadoria voluntária optaram por continuar prestando serviços à Administração Pública.[436]

---

[434] STJ, 1ª Seção. EREsp nº 738.689/PR. Relator Min. Teori Zavascki. DJ: 22/10/2007.
[435] MARINONI, 2011, op. cit., p. 30.
[436] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** 1ª Turma. Recurso Especial nº 1.596.978/RJ. Direito tributário. Interpretação que deve levar em conta o sentido garantístico dos direitos e interesses do contribuinte. Não incidência no IRPF sobre o valor do abono de permanência. Orientação da 1a. Turma do STJ no agrg no REsp.

O relator, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, defendeu em seu voto que:

> [...] 22. Relativamente à segurança jurídica e à irretroatividade do novo entendimento jurisprudencial para alcançar situações pretéritas, já tive oportunidade de afirmar que a irretroação da regra nova se aplica, inclusive, à jurisprudência, e não apenas às leis, quando capazes de prejudicar situação consolidadas: Na verdade, quando se altera uma orientação consolidada na jurisprudência - e isso não se confunde com decisões esparsas ou episódicas - , orientação que previa a fruição de certo direito subjetivo, uma isenção de determinada obrigação ou dever jurídico, por exemplo, esta sé [sic] implantando, com essa alteração, a obrigação ou o dever jurídico que antes inexistia ou era Por isso é imperativo jurídico, mas também igualmente ético, que as eventuais situações consumadas antes da alteração jurisprudencial sejam devidamente preservadas, ou seja, que os efeitos da alteração jurisprudencial somente se produzam no tempo posterior à sua adoção (da alteração); e isso pode ser um fator apontado como elementar da segurança das relações jurídicas. A irretroação da regra nova (qualquer que seja a sua natureza) é um requisito, talvez o primeiro requisito da segurança jurídica ou da segurança das relações sócio-jurídicas, cujo propósito é permitir que as pessoas possam programar, projetar, planejar ou conduzir as suas vidas e os seus negócios individuais confiando na permanência da eficácia das disposições que os regem no momento em que são tomadas as decisões relativas a esses interesses (Direito à Segurança Jurídica, Fortaleza/CE, Curumim, 2015, p. 96/97).[437]

Entretanto, o entendimento definido e acompanhado pela maioria dos Ministros considera-se tímido no que tange à possibilidade de modulação de efeitos pelo STJ. Isso porque, apesar de defender a irretroatividade da decisão, os Ministros, com exceção do Min. Gurgel Faria, entenderam que não se trata, no caso concreto, de modulação de efeitos, mas sim de interpretação, pois não seria possível cobrar retroativamente tributos por alteração jurisprudencial.

O Min. Gurgel Faria, por sua vez, divergiu nesse sentido, aduzindo que:

> Apesar da nomenclatura empregada – se se trata de retroatividade ou de irretroatividade –, com respeito, entendo que, na verdade, estamos modulando os efeitos do acórdão proferido pela Primeira Seção no REsp n. 1.192.556/PE, julgado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010).

1.021.817/MG, rel. Min. Francisco falcão, dje 1.9.2008. Mutação jurisprudencial procedida pela 1a. Seção do stj. REsp. 1.192.556/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 6.9.2010. Eficácia impositiva que se inicia somente a partir da mudança de orientação. Princípio da segurança jurídica. Recurso da fazenda pública parcialmente provido. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça Eletrônico, 1º de setembro de 2016.

[437] STJ, 1ª Turma. Resp nº1.596.978/RJ, Relator Min. Napoleão Nunes. DJe 1/9/2016.

Surgiu nessa ocasião a controvérsia sobre a (im)possibilidade da turma modular efeitos de decisão proferida em sede de recurso repetitivo, que alterou entendimento jurisprudencial, mas não tratou da modulação dos efeitos.

Portanto, verifica-se nesta senda a evolução do tema na doutrina e jurisprudência brasileira, com fulcro sistema jurídico do *common law* – consubstanciado pela teoria do *stare decisis.* Tanto é que a matéria foi positivada no CPC de 2015, o que, de certa forma, constitui passo importante para uniformização do entendimento perante os tribunais superiores, e assim o fazendo, estaria por garantir a observância dos princípios informadores elencados no art. 926 do CPC, quais sejam: a estabilidade, integridade e coerência; além daqueles norteadores da técnica de superação de precedentes: segurança jurídica, igualdade, proteção da confiança, prevenção da surpresa injustificada, produtividade e sustentabilidade.

CONCLUSÃO

O trabalho com as técnicas de superação de precedentes, assim como o microssistema de precedentes vinculantes, constituirão importante papel no sistema brasileiro, na garantia da unidade do direito perante aos jurisdicionados, quiçá a celeridade da prestação jurisdicional.

Sob o ponto de vista da realidade jurídica brasileira, em que a tradição do *civil law* se fez presente, o tratamento desse sistema apresenta alto grau de complexidade perante os tribunais, doutrina e profissionais do direito. Torna-se, portanto, imprescindível a compreensão sobre a estrutura dos precedentes e suas formas de vinculação no direito brasileiro.

Especialmente, no que envolve o sistema de revogação de precedentes, não se pode olvidar que a sua má utilização gera graves consequências na estrutura do Direito, ante a imprevisibilidade das decisões, fomentando a insegurança jurídica.

Isso porque, por ser um sistema que é exceção à aplicação do precedente vinculante, a operação com as técnicas do *overruling* exigirá do órgão julgador uma maior capacidade criativa para a fundamentação adequada e específica do seu posicionamento e amplo conhecimento acerca dos institutos essenciais das teorias do *stare decisis* e do próprio *overruling*.

A ideia da modulação de efeitos na técnica de superação e confronto dos precedentes consiste justamente independência de lei escrita para atribuir determinado efeito às decisões judiciais, permitindo que o órgão julgador, com base nas razões determinantes do precedente, dialogue com os princípios norteadores dessa técnica.

Em vista dessas circunstâncias, a dinâmica da justificação da decisão judicial no sistema de revogação dos precedentes, no qual os tribunais, pautando-se pelos requisitos indispensáveis à superação de entendimento expostos no Código de Processo Civil, permitirá maior controle hierárquico de suas decisões, bem como a evolução do próprio Direito, seja pelos acontecimentos sociais, seja pela criação de novos raciocínios jurídicos.

Dessa forma, a operação e aplicação de instrumentos de superação de precedentes deve ser feita com cautela, levando-se em conta os efeitos da decisão que revoga o precedente, o que reclama o desenvolvimento de ferramentas jurídicas aptas à construção de técnicas para a modulação de efeitos de natureza temporal dessas decisões.

Referências

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis*, e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo: RT, ano 39, n. 236, p. 279-301, out. 2014.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU,** Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário de Oficial da União. Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** 1ª Turma. Recurso Especial nº 1.596.978/RJ. Direito tributário. Interpretação que deve levar em conta o sentido garantístico dos direitos e interesses do contribuinte. Não incidência no IRPF sobre o valor do abono de permanência. Orientação da 1a. Turma do STJ no AgRg no REsp. 1.021.817/MG, rel. Min. Francisco falcão, dje 1.9.2008. Mutação jurisprudencial procedida pela 1a. Seção do stj. REsp. 1.192.556/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 6.9.2010. Eficácia impositiva que se inicia somente a partir da mudança de orientação. Princípio da segurança jurídica. Recurso da fazenda pública parcialmente provido. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça Eletrônico, 1º de setembro de 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** 1ª Seção. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 738.689/PR. Relator Min. Teori Zavascki. Tributário. IPI. Crédito-prêmio. Decreto-lei 491⁄69 (art. 1º). Vigência. Prazo. Extinção. "modulação temporal" da decisão. Impossibilidade. 1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491⁄69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658⁄79, modificado pelo Decreto-lei 1.722⁄79), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT). 2. Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868⁄99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a "modulação temporal" da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados. 3. Embargos de divergência improvidos. Diário de Justiça, 22 de outubro de 2007.

BURTON, Steven J. **The conflict between stare decisis and overruling in constitutional adjudication.** Disponível em: <http://www.cardozolawreview.com/content/35-5/BURTON.35.5.pdf> Acesso em: 22 jan. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law.** Harvard University Press, 2008.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. O sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, p. 509-533, jul/dez. 2015.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo.** Trad. Hermínio A. Carvalho, 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge University Press, 2008.

LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 810-845, set./dez. 2016.
Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300810&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 jul. 2017.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF, 28 jul. 2014. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49175&seo=1>. Acesso em: 12 jul. 2017.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito:** algumas considerações sobre a ótica do novo CPC. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380.>. Acesso em: 27 jan. 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. **Revista de informação legislativa.** Brasília, v. 37, n. 148, p.146, out./dez. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores.** Disponível em:
< https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242857/000909476.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jun 2017.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 241, p. 177-208, jul./set. 2005.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil law***. Trad. Cassio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MIGALHAS. **STF modula efeitos da decisão sobre pagamento de precatórios.** Disponível em:
<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI217881,61044-STF+modula+efeitos+da+decisao+sobre+pagamento+de+precatorios>. Acesso 16 jul. 2017.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v.37, n.206, p. 61-75, abr. 2012.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo: RT, v.33, n. 161, p. 101-114, jul. 2008.

_____. ***Stare decisis et non quieta movere:* a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro.** 2. ed., Bahia: JusPodivm, 2013.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante.** São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTES, MAIRA. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Força dos Precedentes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law, civil law* e precedente judicial.** Disponível em:

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf> Acesso em: 19 jun. 2017.

RE, Edward D. *Stare decisis*. **Revista jurídica**. trad. por Ellen Grecie Northfleet, n. 198, Porto Alegre, 1994.

SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad.** Bueno Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p. 218.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na "common law" e na "civil law". In: CALMON FILHO, Petrônio; BELTRAME, Adriana. **Temas atuais de direito processual ibero-americano.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em 15 jul. 2017.

_____. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TRIGUEIRO, Victor Guedes. **Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16990/1/2014_VictorGuedesTrigueiro.pdf>. Acesso em 26 jan. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito.** São Paulo: RT, 2004.

_____. **Considerações sobre o precedente judicial ultrapassado.** Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2016-jul-26/paradoxo-corte-consideracoes-precedente-judicial-ultrapassado> Acesso em 31 jan 2017.

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS

José Rubens Battazza Iasbech

RESUMO

Desde a entrada em vigor na Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") tem intensificado o combate a condutas anticoncorrenciais, focando principalmente em cartéis. Cartel é uma conduta que busca eliminar a concorrência, a fim de aumentar os preços e reduzir o bem-estar para o consumidor. Diante disso, os infratores permanecem civilmente responsáveis pelos danos causados a terceiros durante a vigência do cartel. Todavia, em que pese o número de operações de combate a cartéis deflagradas pelo CADE atingir recordes históricos, o número de ações de reparação civil por danos causados por cartéis ainda é baixo em comparação com outras jurisdições. Isso se deve por duas principais razões: (i) dificuldades para a comprovação do cartel e dos danos por ele causados; e (ii) prazo prescricional a que se submetem as ações de reparação civil. Em que pese a primeira barreira também ser de grande interesse prático e acadêmico, o estudo deste trabalho acadêmico será voltado para a segunda, qual seja, a prescrição e, em particular, para o termo inicial da prescrição.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. Cartel. Responsabilidade Civil. Prescrição.

ABSTRACT

Since the entry into force of Law No. 12,529 / 2011 (the Competition Act), the Administrative Council for Economic Defense ("CADE") has intensified the fight against anticompetitive conducts, focusing primarily on cartels. Cartel is a conduct that seeks to eliminate competition in order to raise prices and reduce consumer welfare. As a result, perpetrators remain liable for damages during the period the cartel lasts. However, despite the fact that the number of cartels uncovered by CADE is reaching historic records, the number of civil lawsuits for damages arising from cartel conduct is still low in comparison to other jurisdictions. This is due to two main reasons: (i) difficulties in proving the cartel and the damage caused by it; and (ii) the statute of limitations to which civil these lawsuits are submitted. In spite of the fact that the first barrier is also of great practical and academic interest, the study of this academic work will be focused on the second one, that is, statute of limitations and, in particular, on the initial term for the statute of limitations.

Key words: Competition Law. Cartel. Tort. Statute of Limitations.

INTRODUÇÃO

Desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011[438] (também chamada de "Lei de Defesa da Concorrência"), o número de operações de combate a cartéis deflagradas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") tem atingido recordes históricos. Grande parte do sucesso da Autarquia antitruste no combate a cartéis se deve aos seus Programas de Leniência e de Termo de Compromisso de Cessação ("TCC").

De fato, de acordo com o Balanço de 2016 publicado pelo CADE[439], quase 40 Acordos de Leniência e mais de 200 Termos de Compromisso de Cessação foram celebrados com o CADE entre 2012 e 2016. Além disso, tais acordos contribuíram para o aumento do número de condenações impostas pelo CADE, que acumulou 121 condenações no período. Isso representou aproximadamente R$ 4,3 bilhões em multas aplicadas em condenações pelo CADE e R$ 1,6 bilhão em contribuições pecuniárias fixadas em TCCs entre 2012 e 2016, sendo R$ 798.943.417 apenas em 2016.

Com essa quantidade de novas investigações instauradas todos os anos e penalidades impostas, o número de terceiros prejudicados que ajuizaram ações de indenização pelos danos causados por cartéis tem aumentado. Entretanto, em comparação com outras jurisdições mais avançadas, como os Estados Unidos da América ("EUA"), a União Europeia, bem como o Reino Unido e a Alemanha, no Brasil, o número de ajuizamento de ações de indenização ajuizadas contra empresas envolvidas na prática de cartel tanto por terceiros, individualmente, que se sentiram lesados pela conduta anticoncorrencial quanto pelo Ministério Público ainda é incipiente.

Isso ocorre a despeito da tentativa de incentivo ao ajuizamento de ações privadas, pelas autoridades de Defesa da Concorrência. Houve ocasiões, por exemplo, em que os próprios Conselheiros do CADE proferiram votos incentivando terceiros a ajuizar ações em busca de perdas e danos. Além disso, o então representante do Ministério Público Federal perante o CADE, Procurador Federal Josué Peter, mencionou, em sua última sessão junto ao CADE, que ele teria enviado pessoalmente mais de 200 ofícios ao Ministério Público, incentivando o

---

[438] Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, dentre outros.

[439] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cade apresenta balanço de suas atividades em 2016*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-balanco-de-suas-atividades-em-2016>. Acesso em: 26 jul. 2017.

ajuizamento de ações de indenização com base em condenações do CADE. Então, por que ainda existem tão poucas ações movidas contra os participantes de cartéis?

A verdade é que terceiros que buscam obter a reparação civil por perdas e danos sofridos em razão da prática de cartel enfrentam duas grandes barreiras: (i) dificuldades para a comprovação do cartel e dos danos por ele causados; e (ii) prazo prescricional a que se submetem as ações de reparação civil. Em que pese a primeira barreira também ser de grande interesse prático e acadêmico, o estudo deste trabalho acadêmico será voltado para a segunda, qual seja, a prescrição.

No que diz respeito à dificuldade relacionada à prescrição, o Código Civil brasileiro estabelece que a pretensão de reparação civil prescreve em 3 (três) anos (artigo 206, §3º, inciso V). Entretanto, a dificuldade na detecção de cartéis torna quase impossível o ajuizamento de ações contra membros de cartéis dentro do período de três anos. Há, também, discussão acerca do termo inicial para a contagem do prazo prescricional: teria ele início a partir do fim da conduta ou do conhecimento do ato ilícito pela parte lesada?

Buscando resolver esse problema, bem como outros problemas relacionados ao acesso a provas produzidas nos autos de um processo administrativo instaurado para punir a prática de cartel, o CADE lançou a Consulta Pública nº 05/2016, em 07/12/2016, que buscou receber comentários sobre (i) uma proposta de Resolução administrativa, com o objetivo de descrever as regras para que o CADE possa lidar com pedidos de divulgação de documentos (que não será o foco deste trabalho); e (ii) propostas de alterações legislativas, para alterar a regulamentação da prescrição relacionada às ações de indenização fundamentadas no artigo 47, da Lei de Defesa da Concorrência, no Brasil.

Este artigo tem por objetivo analisar o panorama legal da prescrição das ações de indenização por danos decorrentes de cartéis no Brasil, com base em algumas das principais decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro sobre a matéria. Além disso, pretende-se examinar as propostas de alterações legislativas propostas pelo CADE por meio da Consulta Pública nº 05/2016 à luz da experiência de outras jurisdições mais avançadas na matéria (como os EUA, a União Europeia, o Reino Unido e a Alemanha) e comentar os principais pontos que precisam ser objeto de discussão pela comunidade jurídica a fim de se chegar a uma solução que possa, ao mesmo tempo, garantir que aquele que foi lesado pela prática de cartel não tenha seu direito

ao ressarcimento tolhido e que aquele que praticou a conduta ilícita não permaneça indefinidamente sujeito ao ajuizamento de ação pelos prejudicados.

1 CARTÉIS

Cartéis são acordos realizados de forma implícita ou explícita entre agentes econômicos que atuem em um mesmo mercado com o objetivo principal de eliminar a concorrência, a fim de obterem para si vantagens econômicas capazes de lhes garantir aumento de poder de mercado, maiores lucros, ou que de qualquer forma reduzam o ambiente competitivo de um mercado.

De acordo com a *International Competition Network* ("ICN")[440], as principais modalidades de cartéis e as estratégias adotadas por empresas envolvidas nessas modalidades são as seguintes:

> Um acordo de **fixação de preços** é um acordo entre concorrentes para aumentar, fixar ou de qualquer forma manter o preço para um produto ou serviço. Tal conduta pode incluir acordos para estabelecer um preço mínimo, para eliminar descontos ou adotar uma fórmula padrão para calcular preços etc. Um acordo de **restrição de oferta** pode envolver acordos sobre volumes de produção, volume de vendas, ou percentuais de crescimento de mercado. Esquemas de **alocação ou divisão de mercado** são acordos nos quais os competidores dividem o mercado entre si – alocam clientes específicos ou tipos de consumidores, produtos ou territórios. Em **cartéis em licitações**, os competidores podem acordar em submeter uma proposta artificialmente alta ou de cortesia ou de cobertura como retorno a uma subcontratação ou pagamento. Ou seja, os concorrentes acordam em restringir ou eliminar a concorrência em alguma variável comercial, seja ela vendas, um contrato ou um projeto[441]. – sem destaques no original.

---

[440] International Competition Network. Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties. 2005. Disponível em http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf. Acesso em: 26 jul. 2017.

[441] Tradução livre de: "*Conduct falling within the four categories can take many forms. Price fixing is any agreement among competitors to raise, fix, or otherwise maintain the price for a product or service. Price fixing can include agreements to establish a minimum price, to eliminate discounts, or to adopt a standard formula for calculating prices, etc. Output restrictions can involve agreements on production volumes, sales volumes, or percentages of market growth. Market allocation or division schemes are agreements in which competitors divide markets among themselves – competing firms allocate specific customers or types of customers, products or territories. In a bid-rigging conspiracy, competitors may agree to rotate winning bids, may divide bids, or one bidder may agree to submit an artificially high or "comp" or "cover" bid in return for a subcontract or payoff. In other words, competitors agree to restrict or eliminate competition for some piece of defined business, whether it is a sale, a contract, or a project*".

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis do tipo "hard core":

> (...) são acordos anticompetitivos realizados por concorrentes para fixar preços, restringir a oferta, oferecer lances colusivos, ou dividir mercados. A Recomendação de 1998 condena tais cartéis como as violações mais graves no direito da concorrência, notando que ao aumentar os preços e restringir a oferta, eles tornam os bens e serviços completamente indisponível para alguns adquirentes e desnecessariamente caros para outros[442].

Cartéis causam enormes danos a consumidores e empresas que adquirem seus produtos, seja por causa do aumento do preço do produto cartelizado ou pela restrição de sua oferta.

De acordo com a OCDE[443], o sobrepreço decorrente da prática de cartel está estimado entre 10 e 20% em relação aos preços praticados em um mercado livre de cartéis, onde há, de fato, um ambiente natural de competitividade entre concorrentes. Em alguns casos, cartéis chegam a gerar sobrepreço superior a 50%[444].

Ainda segundo a OCDE[445], o prejuízo causado por cartéis aos consumidores no mundo inteiro gira em torno de dezenas de bilhões de dólares anualmente, *verbis*:

> A Comissão de Competição da OCDE efetuou uma sondagem sobre os casos de cartéis conduzidos pelos seus Membros entre 1996 e 2000, em uma tentativa de aprender mais sobre os prejuízos dos cartéis. Os países respondentes descreveram um total de 119 casos, mas em muitos destes não foi possível estabelecer os prejuízos. Ainda assim, o volume do comércio afetado pelos apenas 16 maiores casos relatados na sondagem da OCDE, excedeu a quantia de US$ 55 bilhões em todo o mundo. Desta forma, fica claro que a magnitude dos prejuízos dos cartéis é de muitos bilhões de dólares anualmente.

Natural, portanto, que haja um verdadeiro interesse das autoridades responsáveis pela defesa da concorrência em perseguir cartéis e punir seus participantes.

---

442 OCDE. Hard Core Cartels. 2000, p.6. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

443 OCDE. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes.* 2002. p.80. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

444 OCDE. Hard Core Cartels. op. cit., p.5.

445 OCDE. *Relatório sobre a Natureza e Impacto dos Cartéis e as Sanções contra os Cartéis sob as Leis Nacionais de Competição*. 2002.

Conforme mencionado por Marc Ivaldi, Frédéric Jenny and Aleksandra Khimich[446], "[d]etectar e punir cartéis são prioridade na agenda das autoridades antitruste de países desenvolvidos por causa de seu potencial dano ao bem-estar dos consumidores e da economia como um todo"[447].

Essa postura não é diferente da encontrada no Brasil. Conforme recentemente afirmado pelo novo Presidente do CADE[448], Alexandre Barreto, seu primeiro objetivo é garantir autonomia funcional e autonomia de fato à Autarquia e seu segundo objetivo é "investir mais em análises de conduta, principalmente cartéis, principalmente cartéis em licitações públicas".

No Brasil, a conduta de cartel, prevista no artigo 36, §3º, da Lei nº 12.529/2011[449], está sujeita a penas bastante severas. De acordo com o artigo 37, do mesmo diploma, empresas que tenham participado de um cartel estão sujeitas a multa variando entre 0,1% e 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, obtido no ano anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

---

446 IVALDI, Marc; JENNY, Frédéric; KHIMICH, Aleksandra. Cartel Damages to the Economy: An Assessment for Developing Countries. Disponível em: <http://cepr.org/sites/default/files/Ivaldi%20-Cartel%20Damages%20061214.pdf>. Acesso em 26 jul. 2017.

447 Tradução livre do original em inglês: "Detecting and castigating cartels come first on the agenda of anti-trust authorities in developed countries because of their potential harm to consumers' welfare and the economy as a whole."

448 O Estado de São Paulo. *Cade passou com louvor pelo teste do caso JBS*. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cade-passou-com-louvor-pelo-teste-do-caso-jbs,70001884867>. Acesso em: 26 jul. 2017.

449 "Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...)
§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:
I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;"

Outras penas também podem ser aplicadas, como a publicação da decisão em jornal de grande circulação, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações públicas, a cisão de ativos, entre outras.

Pessoas físicas envolvidas na conduta ilícita também estão sujeitas a multas, que podem variar entre R$ 50.000,00 e R$ 2.000.000.000,00. No caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada sua culpa ou dolo, a multa aplicável pode variar entre 1 e 20% daquela aplicada à empresa.

Cartéis também são puníveis na esfera criminal. Isso porque a conduta de cartel está tipificada na Lei nº 8.137/1990, como crime contra a ordem econômica, sujeitando o infrator a pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa[450]. Essa pena pode ainda ser agravada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime ocasionar grave dano à coletividade, for cometido por servidor público no exercício de suas funções ou se praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde (artigo 12, da Lei nº 8.137/1990).

2 DIREITO À REPARAÇÃO POR DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS

Além das penalidades administrativas e criminais a que estão sujeitos os membros de cartéis, ações de reparação por danos causados por cartéis ("ARDC") podem ser ajuizadas por terceiros que se sentirem lesados pela conduta e ações civis públicas poderão ser ajuizadas pelos legitimados do artigo 5º, da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), e do artigo 82, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), em particular o Ministério Público.

No Brasil, o artigo 927 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) estabelece que "[a]quele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo", o que compreende perdas e danos (tanto morais quanto materiais).

---

[450] Art. 4° Constitui crime contra a ordem econômica:
I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;
II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:
a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa

O direito de buscar a reparação civil pelas perdas e danos sofridos (inclusive por conduta anticoncorrencial, como é o caso do cartel), está previsto no artigo 942, também do Código Civil[451].

Além dos dispositivos legais supracitados, o artigo 47, da Lei nº 12.529/2011, também prevê que as partes que se sentirem lesadas poderão buscar, perante o Judiciário, a reparação dos danos sofridos, "independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação". Confira-se:

> Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Todavia, em que pese a enorme quantidade de cartéis deflagrados e punidos pelo CADE nos últimos cinco anos[452], não se tem conhecimento de muitas ARDCs, sejam elas privadas ou promovidas pelo Ministério Público, tendo sido identificadas poucas dezenas de ARDCs em todo o país.

Como tratado brevemente na Introdução deste artigo, são dois os principais obstáculos para o ajuizamento de ARDCs: (i) dificuldades para a comprovação do cartel e dos danos por ele causados; e (ii) a questão do prazo prescricional a que se submetem as ações de reparação civil.

De fato, dado seu caráter sigiloso e fraudulento, cartel é uma conduta de difícil detecção. Acordos são, via de regra, firmados e conduzidos com extremo cuidado para que a conduta não seja descoberta. Assim, muitas vezes, quando se tem conhecimento de que teria ocorrido cartel em determinado mercado, muitos anos se passaram e a pretensão punitiva da Administração Pública e a pretensão de reparação civil do terceiro lesado já estão prescritas. Pelo mesmo motivo, a comprovação da conduta ilícita e dos danos causados por ela fica prejudicada.

---

[451] Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

[452] Como visto na introdução, entre 2012 e 2016, quase 40 Acordos de Leniência e mais de 200 TCCs foram celebrados com o CADE; foram impostas 121 condenações, com multas superando R$ 4,2 bilhões e contribuições pecuniárias de aproximadamente R$ 1,6 bilhão.

3 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS CAUSADOS POR CARTÉIS

Clóvis Beviláqua conceitua prescrição como sendo "perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em conseqüência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo."[453]. Por fim, Clóvis Beviláqua lembra que, para que se caracterize a prescrição, basta que estejam presentes dois requisitos: "a negligência ou inação do titular do direito e o decurso do tempo".[454]

A prescrição é, segundo Yussef Said Cahali, "um instituto tranquila e universalmente aceito *pro bono publico*". Para o autor, o instituto da prescrição é explicado por interesses de ordem social:

> a segurança do comércio jurídico recomenda a consolidação das situações jurídicas pelo decurso do tempo; e pela necessidade de procurar uma prova de libertação de um devedor que pagou mas não recebeu a quitação ou a perdeu.[455]

No que diz respeito aos fundamentos da prescrição, vale transcrever trecho de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> (...) há de se reconhecer que ele encerra, sempre, a ideia de inércia; inércia que, por sua vez, acarreta a perda do direito que devia ter sido exercido em tempo certo, mas não o foi. Na verdade, a situação jurídica não pode ficar à mercê das partes indefinidamente distinguindo a lei inter desides et vigilantes (Código, 7, 40, 2, Imp. Justiniano, 531, A.D.)[456]

No ordenamento jurídico brasileiro, a prescrição da pretensão de reparação civil veio a ser regulamentada pelo Código Civil em seu artigo 189[457], que fixou como "*dies a quo* para contagem do prazo prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito*"*[458]. Seguindo essa regra, deduz-se que, em caso de prática continuada, como é o caso

---

453 BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Servanda Editora, 2007. pp. 399.

454 BEVILÁQUA, op. cit. p. 404.

455 CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 22.

456 TJSP, 1.ª CC, 10.12.1987, RJTJSP 113/251 apud CAHALI, op. cit., p.23.

457 "Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206."

458 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1168336/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 16/09/2011.

de cartel, o termo inicial da prescrição se dá com o fim da prática, ou seja, no dia em que cessar o ato ilícito.

Quanto ao prazo aplicável à pretensão de reparação civil, o Código Civil estabelece de forma clara em seu artigo 206, §3º, inciso V, que ela prescreve em três anos.[459]

No que diz respeito ao prazo prescricional aplicável ao caso, entendemos não haver divergências. Todavia, tarefa mais difícil reside em definir o momento em que surge para a vítima do cartel, ou para os legitimados para o ajuizamento de ação civil pública, a pretensão à reparação civil.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que "o início do prazo prescricional se verifica com o nascimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo, momento a partir do qual a ação poderia ter sido proposta". Esse é o conceito do princípio da *actio nata*, segundo o qual, "enquanto não nascer a ação conferida para a tutela de um direito, não é dado falar em prescrição: *actioni nondum natae no praescritur".*[460]

Como salientado acima, a grande questão está em se definir o momento do nascimento da ação conferida para a tutela de um direito.

O Superior Tribunal de Justiça ("STJ") possui entendimento pacífico segundo o qual a tese da *actio nata* deva sempre ser aplicada para a verificação do termo inicial da prescrição.

Todavia, há que se verificar se para as ações de reparação civil por danos causados por cartéis seria aplicável a corrente segundo a qual o termo inicial para a contagem do prazo prescricional se dá a partir do momento em que um dano é causado ou cessa (em casos de prática continuada), ou seja, "da consumação da conduta danosa"[461]; ou se o correto seria

---

[459] "Art. 206. Prescreve: (...)

§ 3º Em três anos: (...)

V - a pretensão de reparação civil;"

[460] CAHALI, op. cit., p. 39.

[461] Nesse sentido: REsp 1168336/RJ (Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 16/09/2011); REsp 1180306/RS (Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 27/04/2012); AgRg no AgRg no AREsp 161.565/SP (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 23/08/2012).

aplicar a corrente segundo a qual o termo inicial para a contagem do prazo prescricional se dá a partir da "ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo"[462].

A corrente que entende que o termo inicial para contagem do prazo prescricional é a "consumação da conduta danosa" toma por fundamento a redação dada pelo legislador ao artigo 189 do Código Civil, que, como bem dispôs a Terceira Turma do STJ no julgamento do REsp nº 1.168.336/RJ:

> consagrou o princípio da *actio nata*, fixando como *dies a quo* para contagem do prazo prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito, **independentemente da efetiva ciência da vítima**. – sem destaques no original

Nesse aspecto, vale transcrever aqui o entendimento esposado pelo STJ nesse julgamento:

> O art. 189 do CC/02 consagrou o princípio da *actio nata*, fixando como *dies a quo* para contagem do prazo prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito, independentemente da efetiva ciência da vítima. Em outras palavras, **o termo inicial da prescrição é a data em que surge o legítimo interesse para a ação e não a data em que a vítima tem conhecimento do dano.**
>
> Trata-se de critério objetivo, adotado pelo legislador como meio de se estabelecer regra certa e determinada de fixação e cálculo dos prazos de prescrição.
>
> O critério subjetivo utilizado pelo TJ/RJ traria enormes dificuldades materiais relacionadas à comprovação do momento exato em que houve a efetiva ciência da violação pela vítima, **gerando incerteza no cômputo dos prazos, pondo em risco a segurança jurídica que motiva o próprio instituto da prescrição**. Esse modelo foi usado pelo legislador como exceção, a ser prevista expressamente em lei, como é o caso das pretensões do segurado frente ao segurador, em que o prazo prescricional é contado "da ciência do fato gerador da pretensão", nos termos do art. 206, § 1º, II, "b", do CC/02.
>
> Outro não é o entendimento desta Corte, que já assentou reiteradas vezes que "o *dies a quo* do prazo prescricional surge com o nascimento da pretensão resistida (*actio nata*), assim considerado a possibilidade do exercício da pretensão em juízo, pressupondo, portanto, a violação do direito (ocorrência da lesão)" (AgRg no REsp 1.098.109/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe

[462] Nesse sentido: REsp 1354348/RS (Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 16/09/2014); AgRg no AREsp 399.077/DF (Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 14/11/2013); REsp 816.131/SP (Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 07/05/2007, p. 285); REsp 909.990/PE (Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 15/06/2012); AgRg no Ag 1098461/SP (Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010); AgRg no REsp 931.896/ES (Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 03/10/2007, p. 194).

> de 05.11.2010. No mesmo sentido: REsp 1.168.680/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 03.05.2010; e AgRg no REsp 909.547/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21.06.2010).
>
> **Mesmo antes do advento do CC/02, o STJ já seguia essa orientação, manifestando-se pela aplicação do princípio *actio nata*, ressalvando que 'quando a lei pretende que o termo a quo seja a ciência do fato, di-lo expressamente'** (REsp 43.305/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 14.08.1995).
>
> **Fixada a premissa de que o prazo prescricional deve ser contado a partir do nascimento do direito subjetivo de ação, conclui-se que, na hipótese específica dos autos – em que se pleiteia indenização pela suposta prática de ato ilícito –, esse termo deve ser computado desde a consumação da conduta danosa**.
>
> Nesse sentido é a lição de Humberto Theodoro Junior, para quem 'nas obrigações derivadas de ato ilícito, o responsável incorre em mora desde o momento em que o praticou (art. 398 [do CC/02]) (...), razão pela qual o prazo de prescrição começa a fluir a partir do próprio evento danoso' (Comentários ao novo código civil. Vol. III, tomo II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 177). – sem destaques no original

A 1ª Seção do STJ possui entendimento semelhante quanto ao termo inicial da prescrição, como pode ser verificado pelo acórdão dos Embargos de Divergência em REsp nº 801.060/RS[463], cuja ementa transcrevemos a seguir:

> PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O PRINCIPAL E REFLEXO NOS JUROS REMUNERATÓRIOS. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO N. 20.910/32. TERMO INICIAL. TEMA JÁ JULGADO PELO REGIME DO ART. 543-C, DO CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08 QUE TRATAM DOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA.
>
> (...)
>
> 5.2 **TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO: o termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (actio nata), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito.** (...)
>
> 2. O acórdão embargado dissentiu dos precedentes representativos da controvérsia (art. 543-C, do CPC, e Resolução STJ n. 8/2008) REsp. n. 1.003.955 - RS e REsp. n. 1.028.592 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, julgados em 12.8.2009, ao estabelecer a prescrição do reflexo da correção monetária sobre o principal nos juros remuneratórios de 6% ("juros reflexos") em data diferente da prescrição da correção monetária sobre o principal (itens "2" e "4").

[463] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 801.060/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 01/02/2011.

3. Embargos de divergência providos. – sem destaques no original

Nota-se, pela leitura dos trechos dos acórdãos transcritos acima, que o prazo prescricional para ajuizamento de ação de reparação civil se inicia com a ocorrência do dano e não com a ciência inequívoca do dano causado. Tal medida visa à proteção do princípio da segurança jurídica, que tem por finalidade impedir que o agente causador do dano fique *ad aeternum* suscetível a reparar a vítima por um dano que possa ter sido causado há anos, ou mesmo décadas. Como bem destacado no voto do REsp nº 1.168.336/RJ, "quando a lei pretende que o termo a quo seja a ciência do fato, di-lo expressamente".

Embora tal corrente pareça coadunar-se mais com a realidade, uma vez que a cada ano que se passa fica mais difícil a produção de provas de que o dano ocorreu, a apuração da extensão do dano e a verificação do grau de culpabilidade do agente causador do dano, há quem argumente que a aplicação dela a reparações civis concorrenciais impediria a concretização do direito de obter a reparação do dano sofrido por aquele que foi lesado pela conduta anticoncorrencial.

Nesse sentido, destaca-se ponderação feita por Marcelo Rivera dos Santos[464]:

> No Brasil, a prescrição da ação privada de ressarcimento é regida pelos artigos 189 c/c 206, §3º, V, do Código Civil, que determinam ser de 03 anos o prazo prescricional para a reparação do dano, contados a partir da violação do direito. **Caso se interprete de maneira literal estes dispositivos legais, a prescrição pode ser utilizada, no Brasil, como instrumento para blindar o ajuizamento das ações privadas de ressarcimento decorrentes de condutas anticompetitivas**, ao argumento de que a pretensão para o ressarcimento se origina no momento da lesão do direito. (sem destaques no original)

Isso porque, como visto acima, pela própria natureza ilícita dos cartéis, de caráter sigiloso e fraudulento, o ajuizamento de ARDCs contra os infratores dentro do período de três anos do fim da conduta torna-se quase impossível.

Nessa linha, poder-se-ia afirmar fazer mais sentido aplicar o entendimento segundo o qual o termo inicial para contagem do prazo prescricional passaria a correr apenas após a ciência

---

464 SANTOS, Marcelo Rivera. "Ação Privada de Ressarcimento Civil Derivada de Conduta Anticoncorrecial: do Termo Inicial da Prescrição" (maio 2015), *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, nº 1, p. 155.

inequívoca, por parte da vítima, do dano que lhe fora causado e de sua autoria, nos moldes do que ocorre com a responsabilidade extracontratual.

De fato, a responsabilidade civil por danos causados por cartéis, sejam eles resultantes da prática de cartel ou de outras condutas anticompetitivas, não decorre de uma obrigação contratual, mas de um ato ilícito.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, "a responsabilidade civil em geral parte, pois, de princípios fundamentais idênticos, quer esse dever de indenizar decorra do inadimplemento contratual, quer decorra de uma transgressão geral de conduta" [465], o que caracterizaria a responsabilidade extracontratual.

Destaca-se lição de Carlos Roberto Gonçalves[466]:

> Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

No que diz respeito à prescrição aplicável à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, valiosa lição pode ser tirada do seguinte trecho do voto do E. Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp 1354348 / RS[467]:

> Outrossim, percebe-se que, **em sede de obrigação contratual, vige imperioso o princípio da *actio nata*, priorizando-se o valor segurança**, de modo que os prazos prescricionais se iniciam no exato momento da violação do direito, ou seja, do descumprimento do contrato, independentemente da ciência do credor.
>
> Ao revés, quando se trata de **responsabilidade extracontratual, a primazia da segurança jurídica pode ser extremamente injusta, acabando por punir a vítima por uma negligência que não houve, olvidando-se o fato de que a aparente inércia pode ter decorrido da absoluta falta de conhecimento do dano.**
>
> Em casos como tais:
>
> [...] a noção de Savigny de *actio nata* deve ser afastada. Em se tratando de direito disponível no qual não houve negligência ou inércia do titular do direito que desconhecia a existência do próprio crédito e, portanto, a

[465] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos. 11ª ed. São Paulo. Atlas, 2011. P. 486.
[466] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62.
[467] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 16/09/2014.

> possibilidade de exercício da pretensão, o prazo prescricional só se inicia com o efetivo conhecimento. A afirmação do autor de que a prescrição da ação começa, então, imediatamente após a perpetração do delito, pois há negligência desde que a pessoa lesada demore a propor a ação, não reflete a realidade, mormente em tempos atuais de danos múltiplos que só são conhecidos com o passar do tempo. (SIMÃO, José Fernando. Prescrição e decadência: início dos prazos. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 213). – sem destaques no original.

Esse entendimento, segundo o qual o prazo prescricional decorrente de obrigações extracontratuais se inicia da data em que se tiver conhecimento da violação do direito e de sua autoria, já consolidado pelo STJ, como consta da própria ementa do acórdão mencionado:

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO EM VIRTUDE DE DANOS MATERIAIS E MORAIS ORIUNDOS DE CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.
>
> 1. Alegado dano ambiental consubstanciado na contaminação do solo e das águas subterrâneas na localidade onde o recorrido residia, em decorrência dos produtos tóxicos utilizados no tratamento dos postes de luz destinados à distribuição de energia elétrica aos consumidores, o que foi noticiado no ano de 2005 pela mídia e pela própria AES Florestal.
>
> 2. **Na responsabilidade contratual**, em regra, **o termo inicial da contagem dos prazos de prescrição encontra-se na lesão ao direito**, da qual decorre o nascimento da pretensão, que traz em seu bojo a possibilidade de exigência do direito subjetivo violado, nos termos do disposto no art. 189 do Código Civil, consagrando a tese da actio nata no ordenamento jurídico pátrio.
>
> 3. **Contudo, na responsabilidade extracontratual, a aludida regra assume viés mais humanizado e voltado aos interesses sociais, admitindo-se como marco inicial não mais o momento da ocorrência da violação do direito, mas a data do conhecimento do ato ou fato do qual decorre o direito de agir, sob pena de se punir a vítima por uma negligência que não houve, olvidando-se o fato de que a aparente inércia pode ter decorrido da absoluta falta de conhecimento do dano. Inteligência da Súmula 278 do STJ**.
>
> 4. Constata-se aqui a subsunção da situação fática à norma constante do art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o recorrido alega que foi vítima de contaminação ambiental decorrente dos produtos venenosos utilizados no tratamento dos postes de luz destinados à distribuição de energia elétrica aos consumidores. Incidência do prazo prescricional quinquenal (art. 27 do Código de Defesa do Consumidor), **iniciando-se sua contagem a partir do conhecimento do dano e de sua autoria**.
>
> 5. No caso, tendo o recorrido tomado ciência da contaminação do solo e do lençol freático de sua localidade - momento em que lhe foi possível dessumir a desvalorização imobiliária (dano material) - no ano de 2005, ressoa inequívoca a não ocorrência da prescrição, haja vista que a demanda foi ajuizada em 2009.
>
> 6. **Quanto aos danos morais, é certo que, da mera publicização do acidente ambiental, não ocorreu imediatamente o prejuízo à saúde,**

> **fazendo-se mister, para o nascimento da pretensão, fosse primeiro diagnosticada a doença e constatado que ela se desenvolvera em decorrência da poluição da área atingida. Assim, parece certa a não ocorrência da prescrição, porquanto não transcorrido o prazo de 5 anos nem mesmo da notícia do acidente ambiental, sendo óbvio que o diagnóstico da doença e sua causa somente se deram em momento posterior.**
>
> 7. Recurso especial não provido. (REsp 1354348/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 16/09/2014) – sem destaques no original

Nessa esteira, é possível depreender que a responsabilidade civil por danos decorrentes de cartéis é extracontratual, uma vez que surge da violação de um direito e não da quebra de um contrato, devem ser aplicadas a ela as regras de prescrição que são atinentes à responsabilidade extracontratual.

Isso porque, empresas e consumidores afetados pelo cartel passam anos sem qualquer conhecimento da existência dessa conduta e, portanto, que estão sendo prejudicados. Dessa forma, poder-se-ia considerar que o prazo prescricional para ingresso em juízo contra as empresas que participaram do cartel começaria a fluir a partir do momento em que o prejudicado tem conhecimento da conduta, ou a partir do momento em que seria razoável presumir que ele teve conhecimento dos fatos que resultaram no dano patrimonial por ele sofrido.

Nesse sentido, o prazo prescricional contar-se-ia não da efetiva violação de um direito, mas do conhecimento inequívoco do dano por parte da vítima.

Precisar o momento da ciência inequívoca do dano é tarefa dificílima e extremamente subjetiva, o que, como bem apontado pelo acórdão proferido no REsp nº 1.168.336/RJ já mencionado acima, põe "em risco a segurança jurídica que motiva o próprio instituto da prescrição".

Ora, como determinar o momento em que o terceiro prejudicado tomou ciência inequívoca da violação do seu direito pelas empresas envolvidas na prática de cartel? Seria tal momento a divulgação da primeira notícia de que a autoridade antitruste (no caso, CADE) estaria investigando cartel no mercado em que a vítima atua?; ou talvez com a publicação no Diário Oficial da União do despacho de instauração de processo administrativo para investigação da suposta formação de cartel?; ou, ainda, com a publicação da decisão do Tribunal

do CADE pela condenação das empresas representadas pela prática de cartel no Diário Oficial da União?

Tais perguntas não são de fácil resposta, muito embora pareça a alguns que essas alternativas seriam absurdas, especialmente por supostamente violarem o princípio da segurança jurídica[468].

De fato, como demonstrado acima, embora haja decisões do STJ no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação de reparação civil se inicia com a ocorrência do dano, fato é que o STJ já consolidou entendimento no sentido de que, em casos de responsabilidade extracontratual, tem início na data em que se tiver conhecimento da violação do direito e de sua autoria.

A realidade é que, atualmente, não há, no Brasil, uma definição clara que permita precisar o momento em que o terceiro prejudicado teve "ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo", podendo-se admitir uma situação de ciência ficta, ou seja, uma presunção de que todos têm conhecimento de ato ou fato ali especificado, como em caso de publicação de decisão no Diário Oficial da União.

Tendo em vista a falta de legislação, doutrina e jurisprudência sobre essa matéria no Brasil, resta-nos buscar inspiração na experiência de jurisdições mais avançadas nessa matéria.

4 EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

A matéria de prescrição relacionada a ARDCs é bastante farta e possui discussões bem atuais em diversos países. Todavia, optou-se por trazer considerações sobre apenas algumas das principais jurisdições mais desenvolvidas na área de direito concorrencial, notadamente, os Estados Unidos da América, a União Europeia, o Reino Unido e a Alemanha.

[468] Cumpre lembrar que em diversos casos julgados recentemente pelo CADE, o SBDC levou em torno de 10 (dez) anos ou mais para processar e julgar casos de cartel.

Estados Unidos da América (EUA)

Nos EUA, terceiros potencialmente lesados por cartéis possuem prazo prescricional de quatro anos para o ajuizamento de ações de reparação civil, sendo que tal prazo começa a correr a partir da cessação da conduta anticompetitiva.

Tal prazo está previsto no § 4B do Clayton Act, e pode ser suspenso durante investigações conduzidas por uma agência administrativa competente, ou em caso de ocultação fraudulenta[469], conforme estabelece o §5(i) do mesmo diploma:

> § 4B do Clayton Act (…)
>
> Prescrição das ações
>
> Qualquer ação que vise exercer o direito de ação de acordo com as seções 15, 15a, ou 15c deste título estará prescrita a não ser que ajuizada dentro de quatro anos da causa que originou a ação. Nenhuma causa de pedir prescrita na data efetiva deste Ato será reavivada por este Ato.
>
> (...)
>
> § 5 do Clayton Act (…)
>
> (i) Suspensão da prescrição
>
> Sempre que um processo civil ou criminal for instaurado pelos Estados Unidos para prevenir, evitar, ou punir infrações de quaisquer leis antitruste, mas não incluindo uma ação referente à seção 15a deste título, o início da prescrição com relação a todo direito público ou privado de ação decorrente de tais leis e com base no todo ou em parte em qualquer matéria discutida em tal processo deve ser suspenso durante a pendência daquele e por um ano depois de encerrado; desde que, todavia, sempre que o curso do prazo prescricional em relação a uma causa de pedir que surja de acordo com a seção 15 ou 15c deste título seja suspensa, qualquer ação que busque exercer essa causa de pedir deverá ser para sempre prescrita a não ser que iniciada dentro do período de suspensão ou dentro de quatro anos após a causa de pedir que originou a ação.[470]

---

469 JONES, Alison. “Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US” (2016). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715796.

470 Tradução livre do original em inglês: “§ 4B do Clayton Act (…)
Limitation of actions
Any action to enforce any cause of action under sections 15, 15a, or 15c of this title shall be forever barred unless commenced within four years after the cause of action accrued. No cause of action barred under existing law on the effective date of this Act shall be revived by this Act.
(...)
§ 5 Clayton Act (…)
(i) Suspension of limitations
Whenever any civil or criminal proceeding is instituted by the United States to prevent, restrain, or punish violations of any of the antitrust laws, but not including an action under section 15a of this title, the running of the statute of limitations in respect of every private or State right of action

Interessante notar, todavia, que, conforme disposto no julgamento do caso *Pace Industries, Inc. v. Three Phoenix Co.*, 813 F2d 234, pelo *9th Circuit*, em 1987, quando o dano é resultante de uma conduta anticompetitiva continuada, cada ato anticompetitivo teria o condão de reiniciar o prazo prescricional. Todavia, como mencionado naquele julgamento, não é todo ato cometido pelo infrator que reinicia o prazo prescricional (reiterando entendimento da mesma corte no julgamento do caso Aurora Enterprises, Inc. v. National Broadcasting Co., 688 F.2d 689, 694, em 1982), sendo necessária a presença de dois elementos[471]: (i) "deve ser um ato novo e independente que não seja meramente uma reafirmação de um ato passado"; e (ii) "deve infligir dano novo e cumulativo ao autor da ação".

União Europeia

Em um estudo elaborado pela Comissão das Comunidades Europeias em 2008, propôs-se que o prazo prescricional tivesse início apenas: **(i)** a partir do dia em que a infração terminou; **(ii)** a partir do momento em que se pode razoavelmente presumir que a vítima da infração teve conhecimento desta infração e dos danos que esta lhe causou.[472]

Vale transcrever as razões que levaram a Comissão Europeia a essa conclusão:

> Embora os prazos de prescrição sejam importantes para garantir a **segurança jurídica**, podem também constituir um **obstáculo** considerável à reparação dos danos, tanto no que se refere às acções autónomas como nas acções de seguimento.
>
> No que diz respeito à **data em que os prazos de prescrição começam a correr**, as vítimas podem defrontar-se com dificuldades de ordem prática no caso de uma infracção continuada ou repetida ou quando razoavelmente não podiam ter tido conhecimento da infracção, como acontece frequentemente no caso das violações mais graves e mais prejudiciais do direito da concorrência, tais como cartéis, que se mantêm muitas vezes secretos, tanto durante a sua existência como após o seu termo.

---

arising under said laws and based in whole or in part on any matter complained of in said proceeding shall be suspended during the pendency thereof and for one year thereafter: Provided, however, That whenever the running of the statute of limitations in respect of a cause of action arising under section 15 or 15c of this title is suspended hereunder, any action to enforce such cause of action shall be forever barred unless commenced either within the period of suspension or within four years after the cause of action accrued".

471 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 9th Circuit. Aurora Enterprises, Inc. v. National Broadcasting Co., 688 F.2d 689, 694. 1982.

472 COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust.* Disponível em: <http://edbl.drapc.min-agricultura.pt/base/documentos/comissao_europeia/livro_branco_antitrust.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

> (...)
>
> A fim de preservar a possibilidade de serem intentadas acções de seguimento, convém tomar medidas para evitar que os prazos de prescrição terminem **enquanto está em curso a aplicação a nível público** das regras de concorrência pelas autoridades de concorrência (e instâncias judiciais de recurso). Para o efeito, a Comissão preconiza **um novo prazo de prescrição** que começa a correr na data da adopção pela autoridade de concorrência ou por uma instância de recurso da decisão que declara verificada a infracção, em detrimento de uma **suspensão do prazo de prescrição** durante o período do processo público.
>
> Neste último caso, os requerentes (e os requeridos) podem ter **dificuldades em calcular** com **precisão** o período que falta correr, já que o início e o encerramento dos procedimentos pelas autoridades de concorrência nem sempre são tornados públicos. Além disso, se uma suspensão devesse intervir muito tempo após o início do prazo de prescrição, o **lapso de tempo restante poderia não ser suficiente** para preparar um pedido de indemnização.
>
> Por conseguinte, a Comissão sugere:
>
> • um **novo prazo de prescrição de pelo menos dois anos**, que deverá começar a correr na data em que a decisão que declara verificada uma infracção se torna **definitiva**.

Por fim, o Parlamento Europeu, por meio de sua Resolução, de 26/03/2009, decidiu acolher o Livro Branco sobre as ações de indenização por descumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste (2008/2154(INI)) e, especificamente no que diz respeito à questão da prescrição, tecer o seguinte comentário:

> 19. Acolhe favoravelmente o facto de, **no caso de infracções continuadas ou repetidas, o prazo de prescrição dever começar a correr a partir do dia em que a infracção terminou ou do momento em que se possa razoavelmente presumir que a vítima teve conhecimento dessa infracção, dependendo de qual tenha sido o último a ocorrer**; salienta que as disposições relativas à prescrição servem igualmente os propósitos da **segurança jurídica** e que, por esse motivo, **no caso de não se registar uma acção pública ou privada, deverá aplicar-se um prazo de prescrição de cinco anos**; acolhe ainda favoravelmente o facto de **a duração do prazo de prescrição no caso de acções individuais dever ser determinada com base na legislação de cada Estado-Membro**, e exige que este princípio se aplique igualmente às acções de seguimento; frisa que a legislação dos Estados-Membros que regula a suspensão e a interrupção dos prazos de prescrição não deve ser afectada;[473]

Eis que, em 2014, foi publicada a Diretiva sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais do Parlamento Europeu e do Conselho ("*Directive on Antitrust Damages*

[473] PARLAMENTO EUROPEU. Resolução sobre o Livro Branco sobre as acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust (2008/2154(INI)). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:117E:0161:0165:PT:PDF>. Acesso em: 26 jul. 2017.

Actions"[474]), que é atualmente considerada como o marco regulatório de *private enforcement* na União Europeia.

No que diz respeito à prescrição da pretensão de reparação civil de danos concorrenciais, a Diretiva previu, em seu artigo 10º, que o prazo prescricional mínimo para ajuizamento de ações dessa natureza deveria ser de cinco anos.

Quanto ao termo inicial para a contagem do prazo prescricional, a Diretiva estabeleceu que a contagem do prazo "não começa a correr antes de cessar a infração ao direito da concorrência e de o demandante ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento": (i) da prática analisada e de que ela constitui uma infração concorrencial; (ii) do fato nexo de causalidade entre a infração ao direito da concorrência e o dano sofrido; e (iii) da identidade do infrator.

Na hipótese de a autoridade antitruste nacional adotar medidas para apurar a infração concorrencial com a qual a ação de reparação civil esteja relacionada, o prazo prescricional será suspenso, ou interrompido, de acordo com as regras de direito nacionais, encerrando-se a suspensão ou interrupção apenas após decorrido o período mínimo de um ano da decisão definitiva no caso "ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído". Confira-se:

> Artigo 10.º
>
> **Prazos de prescrição**
>
> 1. Os Estados-Membros estabelecem, nos termos do presente artigo, as regras aplicáveis aos prazos de prescrição para intentar ações de indemnização. Essas regras determinam quando começa a correr o prazo de prescrição, a duração do mesmo e as circunstâncias em que este é interrompido ou suspenso.
>
> 2. O prazo de prescrição não começa a correr antes de cessar a infração ao direito da concorrência e de o demandante ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento:
>
> a) Do comportamento em causa e de que este constitui uma infração ao direito da concorrência;
>
> b) Do facto de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado dano; e
>
> c) Da identidade do infrator.
>
> 3. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição para intentar a ação de indemnização seja pelo menos de cinco anos.

[474] PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Diretiva 2014/104/EU de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=EN>. Acesso em: 26 jul. 2017.

> 4. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição seja suspenso ou, consoante o direito nacional, interrompido, se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indemnização esteja relacionada. A suspensão termina, no mínimo, um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído.

Reino Unido

Já no caso da Inglaterra, o prazo aplicável é o padrão de seis anos previsto na Seção 2 do "*Limitation Act"* de 1980[475][476] a contar da ocorrência do dano, ou, em caso de ocultação fraudulenta, o prazo só se inicia a partir do momento em que o terceiro prejudicado pela prática toma ciência, ou a partir do momento em que se pode razoavelmente presumir que a vítima da infração teve conhecimento desta infração[477], consoante Seção 32 do "*Limitation Act*" de 1980[478].

Com mais propriedade explicam Richard Whish e David Bailey[479]:

> The limitation period for bringing actions in the High Court is generally six years from the date on which the loss was suffered. The limitation period is postponed if material facts are deliberately concealed by the defendant, as in the case of secret cartels; time starts to run from when the claimant knew or ought to have known of those facts, which will often be **when a competition authority publishes an infringement decision**.[480] – sem destaque no original

Alemanha

---

475 REINO UNIDO. Limitation Act. 1980. Disponível em:<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58>. Acesso em: 26 jul. 2017.

476 Part I, 2: "An action founded on tort shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued."

477 SCHILD, Annette; BRANKIN, Sean-Paul. *Cartel Damages Actions in Germany and England: The Case Law Experience to Date.* Finnish Competition Law Yearbook. 2008. Disponível em: <http://www.crowell.com/documents/cartel-damages-actions-in-germany-and-england.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

478 PART II, 32: "Subject to subsection (3) subsections (3) and (4A) below, where in the case of any action for which a period of limitation is prescribed by this Act, either—
(a)the action is based upon the fraud of the defendant; or (…)".

479 WHISH, Richard; e BAILEY, David. Competition Law. 7. ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2011. p. 315.

480 "O prazo prescricional para ajuizar ações perante a Alta Corte (*High Court*) é de geralmente seis anos da data em que o dano foi sofrido. O prazo de prescricional é adiado se fatos materiais são deliberadamente ocultados pelo réu, como no caso de cartéis; o prazo começa a correr a partir do momento em que o terceiro prejudicado pela prática toma ciência, ou a partir do momento em que se pode razoavelmente presumir que ele teve conhecimento dos fatos, o qual normalmente ocorrerá quando uma autoridade antitruste publicar sua decisão sobre a conduta anticoncorrencial."

Semelhante ao Brasil, na Alemanha não há prazo específico previsto em lei referente à prescrição da pretensão de reparação civil por danos causados por infrações à ordem econômica, mais especificamente cartéis. O prazo de prescrição geral na Alemanha é de três anos, conforme §195, do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB[481])[482].

Lá, o prazo prescricional tem início no momento em que o prejudicado teve conhecimento, ou o poderia ter tido sem que agisse de forma negligente a respeito das circunstâncias que fundamentavam a ação de reparação civil.

Todavia, a legislação alemã de combate a atos de restrição à concorrência (*German Act against Restraint of Competition* – ARC) prevê que o prazo prescricional é suspenso com a instauração pela autoridade antitruste alemã (*Bundeskartellamt* - FCO) de procedimentos para investigar infrações às normas do ARC ou condutas previstas nos artigos 101 e 102 do Tratado da Comunidade Europeia.

O mesmo ocorre se a Comissão Europeia ou a autoridade antitruste de outro Estado-Membro iniciar procedimentos para investigar condutas previstas nos artigos 101 e 102 do Tratado da Comunidade Europeia.

Vale notar que a suspensão do prazo prescricional expira seis meses após o encerramento de tais procedimentos de investigação.[483]

5 A CONSULTA PÚBLICA Nº 05/2016

Considerando os diferentes posicionamentos analisados acima e eventuais dificuldades encontradas por aqueles que buscam obter a reparação civil dos danos concorrenciais, o CADE lançou, em 07/12/2016, a Consulta Pública nº 05/2016, que buscou receber comentários sobre (i) uma proposta de Resolução administrativa, com o objetivo de descrever as regras para que o CADE possa lidar com pedidos de divulgação de documentos (que não será o foco deste trabalho); e (ii) propostas de alterações legislativas, para alterar a regulamentação da prescrição

---

481 ALEMANHA. Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>. Acesso em: 26 jul. 2017.

482 "Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.", ou "O prazo de prescrição padrão é de três anos."

483 SCHILD, e BRANKIN, op. cit.

relacionada às ações de indenização fundamentadas no artigo 47, da Lei de Defesa da Concorrência, no Brasil.

Tais medidas têm por objetivo assegurar o futuro exercício do direito de reparação pelos prejudicados por cartéis, sem que venham a ter esse direito obstado (i) pela falta de provas; ou (ii) pela prescrição.

Objetivando acabar com divergências interpretativas acerca do termo inicial para a contagem do prazo prescricional de três anos previsto no artigo 206, §3º, inciso V, o CADE sugeriu a inclusão de dois parágrafos ao artigo 47, da Lei nº 12.529/2011. Confira-se:

> Art. 47. (...)
> §1º A instauração de procedimento para apuração da infração contra à ordem econômica pela Superintendência-Geral interrompe o prazo prescricional para ajuizamento das ações de que tratam o caput deste artigo.
> §2º O prazo prescricional para a ação do caput deste artigo é contado da ciência inequívoca da infração à ordem econômica.

Com a inclusão dos parágrafos acima, o CADE estabelece uma causa interruptiva do prazo prescricional, qual seja, a instauração de procedimento administrativo para apuração da infração à ordem econômica pela Superintendência-Geral do CADE, e que o termo inicial da prescrição será a "ciência inequívoca da infração à ordem econômica".

De acordo com a Exposição de Motivos da Consulta Pública nº 05/2016[484], os dois parágrafos acima "visam a sanar incerteza jurídica a respeito do prazo prescricional para o ajuizamento das ACRDC".

De acordo com a Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE[485] ("Nota Técnica") que fundamentou o lançamento da Consulta Pública nº 05/2016, proposta de inclusão

---

[484] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Exposição de Motivos. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,,. Acesso em: 26 jul. 2017.

[485] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,,. Acesso em: 26 jul. 2017.

do parágrafo 1º estaria alinhada com a experiência internacional, e tem por objetivo fomentar o ajuizamento de ARDCs relacionadas a condutas que estão sendo objeto de análise pelo CADE.

A inclusão desse primeiro parágrafo está relacionada, também, com a preocupação do CADE de que terceiros requeiram acesso a documentos de processos administrativos ainda em andamento, instaurados pela Autarquia para averiguar e punir cartéis. Desse modo, a alegação de necessidade de acesso aos autos do processo administrativo durante o curso deste no CADE com base no argumento de prescrição da ARDC cai por água abaixo, uma vez que a pretensão do direito de reparação civil daquele que foi prejudicado pela conduta anticompetitiva estará resguardada.

Por sua vez, o parágrafo segundo joga uma pá de cal sobre a discussão acerca de qual corrente seria aplicável ao termo inicial da prescrição da pretensão de reparação civil por danos causados por cartéis, visto no capítulo 3 acima, i.e., se (i) "da consumação da conduta danosa"; ou (ii) da "ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo".

No que diz respeito a qual seria o momento em que ocorreria a "ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo", a Nota Técnica que fundamentou a Consulta Pública nº 05/2016 sugere que seja a publicação do julgamento final do Processo Administrativo pelo Tribunal do CADE, ou, alternativamente, após o desfecho de eventual ação penal instaurada para processar e julgar os infratores pela prática de cartel. Confira-se:

> Assim, a fim de solucionar essa indefinição a respeito do termo inicial da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, **propõe-se alteração legislativa para estabelecer a ciência inequívoca do ilícito concorrencial como termo inicial para a contagem do prazo previsto de três anos**. **Essa ciência inequívoca se daria, no entendimento do Cade, quando da publicação do julgamento final do Processo Administrativo pelo seu Tribunal, ou, alternativamente, após o desfecho da ação penal, o que garantiria aos consumidores lesados maiores chances de ajuizar as ARDC**. Essa previsão a respeito do termo inicial não inviabilizaria, todavia, a possibilidade de as partes lesadas, se assim quiserem, ajuizarem antecipadamente suas respectivas ARDC, quando houver, por exemplo, a realização de uma busca e apreensão e/ou a instauração de um Processo Administrativo. As partes lesadas, porém, somente terão amplo acesso aos documentos e informações da infração concorrencial, nos casos em que haja Acordo de Leniência e/ou TCC, após o julgamento final pelo Plenário do Cade, o que converge com as propostas regulamentares (4.1.).

CONCLUSÃO

Embora o CADE tenha tido bastante sucesso no combate a cartéis nos últimos cinco anos, haja vista o crescente número de investigações iniciadas, a quantidade de ARDCs ajuizadas contra os infratores ainda é muito reduzida.

As ARDCs são importante ferramenta dissuasória da prática de condutas anticompetitivas, notadamente cartéis. Isso porque aumentam os riscos e a exposição a que estão sujeitos os infratores no que diz respeito ao pagamento de danos causados a terceiros e à coletividade como um todo.

Todavia, para que possam exercer papel dissuasório, faz-se necessária a promoção dessas ações por meio da adoção de medidas capazes de remover os seus principais obstáculos. Como visto neste artigo, são eles: (i) dificuldades para a comprovação do cartel e dos danos por ele causados; e (ii) prazo prescricional a que se submetem as ações de reparação civil.

Especificamente no que diz respeito à prescrição, há divergência de interpretação quanto ao termo inicial da contagem do prazo previsto no artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil.

Isso porque, alguns entendem que o termo inicial da prescrição da pretensão das ARDCs dá-se a partir do momento em que um dano é causado ou cessa (em casos de prática continuada), ou seja, "da consumação da conduta danosa". Defendem, estes, que deve-se primar pela segurança jurídica, que tem por finalidade impedir que o agente causador do dano fique *ad aeternum* suscetível a reparar a vítima por um dano que possa ter sido causado há anos, ou mesmo décadas.

Outros, porém, defendem que o prazo prescricional deve ter início apenas após a ciência inequívoca, por parte da vítima, do dano que lhe fora causado e de sua autoria. Fundamentam tal posicionamento no fato de que os danos causados por cartéis não seriam decorrentes de quebra de contrato, mas de um ilícito e que a responsabilidade por tais danos decorreria de lei (responsabilidade extracontratual).

De acordo com entendimento do STJ, na responsabilidade extracontratual, a "primazia da segurança jurídica pode ser extremamente injusta, acabando por punir a vítima por uma

negligência que não houve, olvidando-se o fato de que a aparente inércia pode ter decorrido da absoluta falta de conhecimento do dano".[486]

Dessa forma, o prazo prescricional contar-se-ia não da efetiva violação de um direito, mas do conhecimento inequívoco do dano por parte da vítima.

Tendo em vista a ausência de dispositivo legal que estabeleça quando se daria esse momento, precisar caso a caso quando a vítima da alegada conduta teria tido ciência inequívoca do dano e de sua autoria é tarefa extremamente difícil.

Buscando solucionar essa questão, o CADE buscou inspiração nas jurisdições mais avançadas em matéria concorrencial, como EUA, União Europeia, Reino Unido e Alemanha, tendo sugerido a inclusão de dois parágrafos no artigo 47, da Lei de Defesa da Concorrência brasileira. Tais propostas de alteração legislativa têm por objetivo (i) estabelecer uma causa interruptiva do prazo prescricional, qual seja, a instauração de procedimento administrativo para apuração da infração à ordem econômica pela Superintendência-Geral do CADE; e (ii) definir que o termo inicial da prescrição será a "ciência inequívoca da infração à ordem econômica".

Até a data de conclusão deste artigo, o Tribunal do CADE ainda não havia apreciado a proposta de nova resolução administrativa ou as propostas de alteração legislativa.

De todo modo, verifica-se que as propostas apresentadas pelo CADE por meio da Consulta Pública nº 05/2016 parecem levar em consideração o entendimento pacificado pelo STJ a respeito da natureza extracontratual do dano concorrencial e a prescrição aplicável a tais casos.

Além disso, as propostas da referida Consulta Pública estão em consonância com a legislação de boa parte das jurisdições mais avançadas na matéria concorrencial, em particular com a Diretiva sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2014.

---

[486] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1354348/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 16/09/2014.

Por fim, acredita-se que as alterações propostas na legislação concorrencial poderão garantir o impulso necessário às ARDCs, de modo que se tornem verdadeiro fator dissuasório no combate a cartéis no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Campinas: Servanda Editora, 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade apresenta balanço de suas atividades em 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-balanco-de-suas-atividades-em-2016>. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Exposição de Motivos. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cRgo2m5Ijn4yw0U_4_gRpLBdy5K4UELoqhrOZPJS_sNXRAfb5BdfPxAGqTJN-n1EQUQEvfxeZYDFLNcZ_qw9Gg,,. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,,. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 801.060/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 01/02/2011.

_____. REsp 1168336/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 16/09/2011.

_____. REsp 1354348 / RS. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 16/09/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 1.ª CC, 10.12.1987, RJTJSP 113/251.

CAHALI, Yussef Said. Prescrição e Decadência. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 22.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. Disponível em: <http://edbl.drapc.min-agricultura.pt/base/documentos/comissao_europeia/livro_branco_antitrust.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 9th Circuit. Aurora Enterprises, Inc. v. National Broadcasting Co., 688 F.2d 689, 694. 1982.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62.

International Competition Network. Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties. 2005. Disponível em http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf. Acesso em: 26 jul. 2017.

IVALDI, Marc; JENNY, Frédéric; KHIMICH, Aleksandra. Cartel Damages to the Economy: An Assessment for Developing Countries. Disponível em: <http://cepr.org/sites/default/files/Ivaldi%20-Cartel%20Damages%20061214.pdf>. Acesso em 26 jul. 2017.

JONES, Alison. "Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US" (2016). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715796.

O Estado de São Paulo. *Cade passou com louvor pelo teste do caso JBS*. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cade-passou-com-louvor-pelo-teste-do-caso-jbs,70001884867>. Acesso em: 26 jul. 2017.

OCDE. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes.* 2002. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Hard Core Cartels. 2000. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Relatório sobre a Natureza e Impacto dos Cartéis e as Sanções contra os Cartéis sob as Leis Nacionais de Competição. 2002.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Diretiva 2014/104/EU de 26 de novembro de 2014. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=EN>. Acesso em: 26 jul. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. Resolução sobre o Livro Branco sobre as acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust (2008/2154(INI)). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:117E:0161:0165:PT:PDF>. Acesso em: 26 jul. 2017.

REINO UNIDO. Limitation Act. 1980. Disponível em:<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58>. Acesso em: 26 jul. 2017.

SANTOS, Marcelo Rivera. "Ação Privada de Ressarcimento Civil Derivada de Conduta Anticoncorrecial: do Termo Inicial da Prescrição" (maio 2015), Revista de Defesa da Concorrência, vol. 3, nº 1.

SCHILD, Annette; BRANKIN, Sean-Paul. Cartel Damages Actions in Germany and England: The Case Law Experience to Date. Disponível em: <http://www.crowell.com/documents/cartel-damages-actions-in-germany-and-england.pdf>. Acesso em 26 jul. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos. 11ª ed. São Paulo. Atlas, 2011. P. 486.

WHISH, Richard; e BAILEY, David. Competition Law. 7. ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2011.

O DIREITO COMPARADO COMO ELEMENTO CULTURAL DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

THE COMPARATIVE LAW AS A CULTURAL ELEMENT OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

Kássya Lessa Bengtson

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito Comparado, Argumentação comparada e Globalização; 2 Breves Elucidações Acerca do Direito Comparado Enquanto Fonte do Direito; 3 A Utilização do Elemento Estrangeiro na Fundamentação Jurídico-Constitucional; 4 O Argumento Comparado nas Cortes Constitucionais de Portugal, do Brasil, dos Estados Unidos e da África do Sul: Alguns Extremos da Utilização de Fontes do Direito Comparado; 5 O Direito Comparado como Elemento Cultural da Interpretação Constitucional; Conclusão; Bibliografia.

RESUMO

O presente estudo tem o escopo de abordar a utilização de fontes estrangeiras nas decisões de Cortes Constitucionais como forma de aproximação do direito constitucional ao direito comparado, mediante o emprego de tais fontes como mecanismo argumentativo. Tema extremamente relevante e atual, considerando-se a crescente busca por experiências alóctones como verdadeiros parâmetros comparativos da realidade nacional, por diversas cortes constitucionais. Assim, mediante a comparação das divergências e equivalências de distintos ordenamentos jurídicos, é possível buscar formas de elucidação de impasses comuns entre diferentes ordens constitucionais, pautadas em um debate mais denso e aprofundado. Com isso, busca-se viabilizar o favorecimento de uma visão mais ampla e munida de possibilidades, adotando-se uma perspectiva comparada de interpretação. Nesse diapasão, os elementos estrangeiros afiguram-se como instrumentos de grande valia que devem ser utilizadas como forma de expandir possibilidades no debate constitucional, visando o desenvolvimento do Estado Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Transconstitucionalismo. Corte Constitucional.

ABSTRACT

The present study aims to approach the use of foreign sources in the decisions of Constitutional Courts as a form of approximation of constitutional law to comparative law, through the use of such sources as an argumentative mechanism. It is an extremely relevant and current subject, considering the increasing power of non-native experiences as true comparative parameters of the national reality used by many constitutional courts. Thus, through a comparison of the divergences and equivalences of different legal orders, it is possible to find ways of elucidating common dead-locks between different constitutional orders, based on a denser and deeper debate. Thereby, it seeks a general and broad view of possibilities by adopting a comparative perspective of interpretation. In this context, foreign elements appear

to be settled as instruments of great value that must be used as a way of expand possibilities in the constitutional debate and develop the Constitutional State

KEYWORDS: Comparative Law. Transconstitutionalism. Constitutional Court.

Introdução

A internacionalização do Direito Constitucional é uma temática que vem sendo abordada em diversos estudos[487], de modo que é nítido o papel que o direito estrangeiro tem afetado o modo de lidar com o direito constitucional.

A constatação da crescente circulação de modelos jurídicos, bem como da extensão das zonas de regulação supra-nacionais tem feito com que os juristas passem a utilizar fontes estrangeiras na determinação do sentido e do alcance do texto constitucional.

De acordo com André Rufino do Vale[488],

> O uso do Direito estrangeiro pelos tribunais e supremas cortes constitucionais comumente tem sido posto como uma novidade, apesar de que, como esclarecem alguns estudos importantes, se trata de uma prática antiga — mais especificamente um método de Direito Comparado — que muitos tribunais sempre desenvolveram para deliberar e decidir sobre casos especiais em suas jurisdições nacionais.

Nas últimas décadas, o aproveitamento e circulação de modelos, fundamentos, e citações de precedentes de cortes constitucionais não nacionais na interpretação da norma pátria são progressivos, o que permite, por um lado, a troca de experiências e informações, que permitem o desenvolvimento de abordagens contextualizadas de impasses comuns em ordens jurídicas transnacionais, e, por outro, a inquietação no que tange a possibilidade de se utilizar uma perspectiva adotada em decisões fundadas em diplomas constitucionais estrangeiros na interpretação do direito nacional.

Tal inquietação se dá, em parte, pelo fato de que a abordagem do direito estrangeiro não é uniformemente realizada, mostrando-se assimétrica e assistemática, demandando uma maior

---

[487] Acerca da questão vide: AKERMAN, Bruce. The Rise of the World Constitutionalism. In: Virginia Law review, vol. 83, 1997, pp.. 771-797; Clemerson Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 39, 2002, pp.23-32; NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[488] VALLE, André Rufino do. O argumento comparativo na jurisdição constitucional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-mai-03/observatorio-constitucional-argumento-comparativo-jurisdicao-constitucional#_ftn1_7296. Acesso em 16/06/2017.

contextualização ou, em outros casos, se mostrando despropositada. Além disso, a insuficiência de sistematização e critérios específicos para a utilização de fontes jurídicas internacionais "pode dar margem a uma multiplicidade de abordagens ou enfoques sobre o mesmo fenômeno" [489].

Para além disso, a utilização da comparação pode ser percebida na racionalidade das decisões de cortes constitucionais de diversos países, como é o caso da África do Sul, notadamente aquelas proferidas por tribunais cuja competência engloba o zelo e a guarda da Constituição.

Assim, busca-se compreender o papel que a comparação de direitos, de precedentes e de decisões proferidas por diferentes cortes constitucionais tem contribuído para a formação de uma cultura constitucional e desenvolvimento do Estado Constitucional.

Na presente pesquisa, adotam-se como fontes estrangeiras as normas de direito internacional, englobando tratados, costumes e decisões de cortes não nacionais bem como a própria experiência constitucional de ordenamentos diversos, seus textos normativos, jurisprudência e doutrina.

Para tanto, o primeiro capítulo analisa o fenômeno da globalização como catalisador da utilização da argumentação comparada por diversas cortes constitucionais. Tal fato se dá especialmente pela suplantação de fronteiras e pela facilidade de troca de informações através da internet, o que favorece a análise de experiências estrangeiras por parte dos tribunais constitucionais, como forma de amplificação do debate constitucional em sua própria jurisdição.

O segundo capítulo, por sua vez, traça brevemente a utilização do direito comparado como fonte do direito, mediante a análise de contrastes e aproximações entre dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos, e considerando as classificações intrínsecas a este ramo do conhecimento, especialmente no que diz respeito ao seu objeto, à sua natureza, abrangendo sua compreensão enquanto método ou ciência, e à sua extensão, como forma de analisar de que forma a utilização do direito comparado pode contribuir para o aprofundamento do diálogo constitucional.

---

489 *Idem ibidem.*

O terceiro capítulo aborda a utilização do elemento estrangeiro na fundamentação jurídico-constitucional, considerando aspectos históricos da influência do direito estrangeiro na jurisdição constitucional brasileira, bem como críticas a este modelo de argumentação, especialmente na corte norte-americana, onde o discurso a favor da utilização de elementos supranacionais nas decisões da Suprema Corte foi fortemente contestado, sob as alegações de ausência de legitimidade e de metodologia na abordagem de tais elementos.

O quarto capítulo analisa a utilização do argumento comparado em diferentes cortes constitucionais, a saber: a portuguesa, a brasileira, a norte-americana e a sul-africana, com enfoque na importância dada à utilização de fontes estrangeiras, por meio da realidade constitucional de cada um destes países.

Já o quinto capítulo aborda o direito comparado como elemento cultural da interpretação constitucional, reportando-se à teoria proposta por Peter Häberle, na qual, aborda a teoria constitucional sob um viés cultural como forma de amplificação gradativa do Estado Constitucional. Frisa-se a necessidade de se utilizar a comparação como método argumentativo capaz de aprofundar o debate constitucional e, por conseguinte, ampliar possibilidades por meio da comparação de experiências de ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Por fim, é realizada uma análise crítica quanto aos argumentos levantados na pesquisa, elencando de que forma a utilização das fontes estrangeiras e do direito comparado podem contribuir para o desenvolvimento do Estado Constitucional.

1. Direito Comparado, Argumentação Comparada e Globalização.

A verificação da influência do Direito comparado na conjuntura jurídica atual mostra-se como reflexo direto das inúmeras modificações e transformações ocorridas nas últimas décadas.

Para que a influência da globalização no direito comparado seja analisada, é necessário tecer alguns breves comentários acerca do panorama de transformações experimentado recentemente, no que diz respeito à abordagem política, social e ideológica.

A globalização transpassa as fronteiras, trazendo modificações às telecomunicações, às informações, aos serviços, ao capital e à sociedade em geral. Estas transformações implicam na produção de efeitos contínuos no Direito, como por exemplo, na forma de contratar, na maneira de lidar com o direito do trabalho e com o direito financeiro, nos novos meios e relações de consumo, entre outros, de modo que a "globalização remete a um processo social, econômico, cultural e demográficos que se instala no cerne das nações e as transcende ao mesmo tempo"[490]

As transfigurações de ordem política sucederam não somente na órbita das relações internacionais, que por sua vez foram impulsionadas pela concepção de países estrangeiros como potenciais mercados consumidores, diante da queda constante de barreiras comerciais entre países e da formação de blocos econômicos, mas se deram também no âmbito interno dos países, à medida que o pensamento neoliberal é absorvido, com vistas a implementar o denominado Estado Mínimo.

Consoante o entendimento exarado por Faria[491], a globalização compreende a integração da economia de forma sistêmica em esfera transnacional, encetada pela progressiva modificação funcional e estrutural nos sistemas produtivos. Para exemplificar o assunto, Marx e Engels[492] afirmam que o mercado mundial torna a produção e o consumo cosmopolitas, pelo que asseveram:

> [...] As antigas indústrias nacionais foram aniquiladas e ainda continuam a ser nos dias de hoje. [...] Essas indústrias não empregam mais matérias primas locais, suas matérias-primas provenientes das mais longínquas regiões, e seus produtos acabados não são mais consumidos somente in loco, mas em todas as partes do mundo, ao mesmo tempo. [...] A autossuficiência e o isolamento regional e nacional de outrora deram lugar a um intercâmbio generalizado, a uma interdependência geral entre as nações.

No que tange as modificações na seara jurídica, verifica-se que o campo do direito internacional apresenta maiores influências da chamada globalização, especificamente quando

---

[490] ARNAUD, André-Jean.O direito entre modernidade e globalização: lições filosóficas do direito e do Estado. Trad. Patríce Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
[491] FARIA, José Eduardo. O direito e a economia globalizada, São Paulo: Malheiros, 1999. p.52.
[492] MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. A ideologia alemã. In: IANNI, Octávio. Karl Marx. 8ª. ed. São Paulo: Editora Ática, 1996, p.45-61. Coleção: Grandes Cientistas Sociais – Série: Sociologia n.10. p. 29-30

se coloca em pauta o termo soberania, a partir do momento em que se passa a conceber um conjunto de normas e tratados internacionais pertencentes a um sistema mundial de direitos[493].

As relações sociais também foram transformadas sobremaneira com o fenômeno da globalização, que passou a disseminar mundialmente aspectos culturais por meio da *internet*, que representa um marco para a definitiva mutação da forma na qual a comunicação é exercida. Mediante a facilidade de acesso, abrangência e eficiência na transmissão dos mais variados tipos de conteúdo, a relação entre povos foi profundamente reestruturada.

Neste contexto está inserido o direito comparado, de modo que a suplantação das fronteiras decorrente do processo de globalização viabiliza o desembaraço na troca de informações concernentes a modelos econômicos, políticos e jurídicos[494].

Assim, por conta da célere troca de informações, é possível observar que a utilização de fontes estrangeiras por magistrados nas mais diversas cortes constitucionais tem sido frequente, o que favorece um diálogo globalizado acerca de questões e controvérsias inerentes a ordenamentos jurídicos distintos.

Desta feita, entende-se que o Direito está diretamente incurso no processo de globalização, não somente no que tange as novas relações jurídicas advindas de uma esfera mundial mais interligada, mas também no que diz respeito ao espaço que se abre à comparação de soluções jurídicas conferidas à problemas comuns, de maneira que os juristas, de modo geral, tem a possibilidade de lançar mão deste fenômeno como método de análise de incongruências e dificuldades locais sob uma perspectiva global, ao verificar soluções dadas pelas mais diversas cortes constitucionais a problemáticas análogas, de forma que a globalização atua como elemento catalisador do emprego da argumentação comparada por diversas cortes constitucionais ao redor do mundo.

2. Breves Elucidações Acerca do Direito Comparado Enquanto Fonte do Direito.

493 SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização:* do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Record, 2001.

494DANTAS, Ivo.Direito constitucional comparado: Introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 123.

O direito comparado é uma vertente da ciência jurídica que se preocupa em entender as diferenças e equivalências entre ordenamentos jurídicos distintos. O direito comparado possui uma delimitação mais ampla que simplesmente a descrição do direito estrangeiro, traduzindo-se em uma análise inter-sistemática, de elementos pertencentes a ordenamentos jurídicos diversos.

Desta forma, o direito comparado se realiza-se na análise de contrastes entre dois ou mais sistemas jurídicos dessemelhantes, bem como de suas normas positivadas, fontes, jurisprudências, e demais aspectos sociopolíticos e culturais capazes de exercer influência nesses sistemas.

Consoante leciona Pizzorusso[495],

> [...] ainda que a comparação entre os diferentes ordenamentos jurídicos tenha sido praticada pelos juristas desde a Antiguidade, a reflexão sistemática sobre ela e a tentativa de individualizar um campo específico de estudos e de ação prática próprio do 'direito comparado' é relativamente recente e seu início pode-se remontar aos últimos anos do século XIX.

Assim, parcela da doutrina o compreende como o aperfeiçoamento do processo sistêmico e derivado da Escola Histórico-evolutiva[496] sendo considerado moderno especialmente com a ascensão da Escola da exegese.

Nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida, "direito comparado (ou estudo comparativo de direitos) é a disciplina jurídica que tem por objeto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas" [497].

O estudo do direito comparado permite o desenvolvimento de um papel cultural de ampla importância no sentido de que contribui como fonte inegável de enriquecimento cultural e melhor aperfeiçoamento do direito nacional[498] visto que experiências vivenciadas por ordenamentos jurídicos estrangeiros podem elucidar questões a serem debatidas pelos Tribunais brasileiros.

---

[495] PIZZORUSSO, Alessandro. Curso de derecho comparado, Barcelona, Ariel, 1987, p. 89
[496] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
[497] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado.* 2ª. ed. Coimbra, Almedina, 1998, p. 9.
[498] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 3

O direito comparado pode ser compreendido como ciência[499] ou tão somente método, de modo que pode ser considerado como um filtro para que seja atingido um modelo melhor, mediante análise do modelo estrangeiro, englobando suas semelhanças e diferenças[500]. Assim, o direito comparado se traduz como um método de concretização e interpretação constitucional, uma vez que, segundo Miranda:

> [...] uma clara consciência do interesse ou do interesse específico da interpretação constitucional não surgiu (como não surgiria acerca de outras questões) durante a maior parte do século XX. Apareceu mais tarde, quando […] se avançou no esforço de construção dogmática dos sistemas constitucionais[501].

Gutteridge[502] defende que o direito comparado pode ser dividido em descritivo e aplicado, de modo que tal classificação mostra-se necessária para a compreensão de suas funções. O direito comparado descritivo preocupa-se em analisar as "divergências entre os direitos de dois ou mais países, não perseguindo solução de nenhuma espécie, seja de ordem prática ou abstrata"[503]. Por sua vez, o direito comparado aplicado, segundo o autor, caracteriza-se pelo fato de não compreender apenas uma exposição das diferenciações entre ordenamentos jurídicos distintos, mas no aprofundamento das diferenciações, com um objeto de estudo definido.

Rivero, por sua vez, analisa as funções do direito comparado sob uma perspectiva diferente, uma vez que o considera método de descoberta do próprio direito nacional, a partir de um entendimento mais aprofundado do direito estrangeiro. Isso ocorre pois, na visão do autor, ao analisar apenas e tão somente o direito nacional, o jurista torna-se "prisioneiro do próprio direito"[504] de modo que faz-se necessário considerar que uma "mudança em institutos jurídicos, às vezes condenada em nome de princípios, passa a ser vista, após uma análise comparativa, como fenômeno universal ligado ao desenvolvimento de uma civilização."[505]

---

[499] Ivo Dantas (1997, p. 242) acompanha Caio Mário da Silva ao afirmar que o direito comparado não se limita a se apenas um método, mas ciência. DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. Revista de Informação Legislativa, v 34, n. 134, abr – jun 1997, p. 231-249.
[500] *Idem ibidem*. p. 233.
[501] MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 651
[502] GUTTERRIDGE, H. C. El Derecho Comparado – Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho. Barcelona: Artes Gráficas Rafael Salvá, 1954, p. 33.
[503]COUTINHO, Ana Luísa Celino. Direito Comparado e Globalização. Prim@ facie, João Pessoa, ano 2, n. 3, p. 30-41, jul./dez. 2003. Disponível em: <periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/download/4419/5420>. Acesso em: 27/07/2017.

[504] Idem *ibidem.* p. 34.
[505] Idem *ibidem.* p. 34.

Outra consideração a ser feita quando se vislumbra o direito comparado como método ou ciência, refere-se ao seu objeto, que deve ser analisado quanto a natureza e extensão.

No que diz respeito à sua natureza, o objeto do direito comparado pode ser um ramo do direito que se refere ao conjunto de normas que disciplinam as relações entre os homens, integrando-as na ordem jurídica[506]. Uma dificultosa classificação diz respeito à determinação se o direito comparado trata-se de método ou de ciência, posto que a doutrina diverge veementemente, o que pode ser constatado pela ausência de precisão ao classificá-lo[507]. Martínez Paz explica que[508] "um método é sempre um conjunto de procedimentos, que, baseados em certos princípios, buscam alcançar um determinado resultado". Gutteridge possui a compreensão de que o direito comparado é um método e, ao esclarecer a opinião do cotado autor, Coutinho afirma[509]:

> Os obstáculos aos estudos jurídicos comparativos se diluiriam se todo mundo aceitasse que a expressão "direito comparado" significa apenas um método de estudo e investigação, e não um ramo ou divisão especial do direito. Com o intuito de explicitar seu pensamento, este autor continua argumentando que, se por direito se entende um conjunto de regras, é lógico que não pode existir um direito comparado, pois o processo de comparar normas de diferentes sistemas legislativos não dá origem a novas regras aplicáveis às relações humanas. O que este autor, na verdade, quer dizer é que, em decorrência da comparação de dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos, não surge um ordenamento novo, que passa a regular as relações interpessoais dos cidadãos daqueles Estados cujos sistemas jurídicos fazem parte do objeto da comparação. Ou seja, da comparação dos ordenamentos de diversos Estados não resulta como síntese um novo ordenamento que passe a ter validade e vigência nesses Estados.

Por outro lado, Martínez Paz possui entendimento oposto, pelo que não considera que o direito comparado como simples método, afirmando que[510]:

> Puede decirse que el derecho comparado es la disciplina jurídica que se propone, por médio de la investigación analítica, crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, descubrir los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlos en un sistema de derecho positivo actual.

---

506 CRETELLA JÚNIOR, José. Direito Administrativo Comparado. Rio de Janeiro: Forense,1990, p. 14.

507 Sobre a natureza do direito comparado vide, GUTTERRIDGE, H. C. El Derecho Comparado – Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho. Barcelona: Artes Gráficas Rafael Salvá, 1954, p. 14.

508 PAZ, Enrique Martínez. Introducción al Derecho Civil Comparado. Buenos Aries: AbeladoPerrot, 1960, p.132

509 COUTINHO, *op. cit.* p. 37.

510 PAZ, *Op. cit.* p. 143.

Ao considerar a extensão do objeto do direito comparado, a doutrina converge no sentido de elencar a legislação como fonte precípua do exercício comparativo. Entretanto, não se pode olvidar outras fontes de equivalente importância como é o caso da jurisprudência, da doutrina e até mesmo do costume, fortemente presente em sistemas de vertente anglo-saxônica. Nesse sentido esclarece Martínez Paz[511]:

> El sistema de las legislaciones, que tanto nos interesa, no está, por cierto, tan solo contenido en el texto de la ley; la jurisprudência, los costumbres jurídicos, los nuevos conceptos de vida prestan a esse texto, as veces, un sentido nuevo; no se podria, pues, en esta labor, prescindirse de la luz que ofrecen estas manifestaciones de la conciencia jurídica nacional

Desta forma, o direito comparado deve ser utilizado de modo a viabilizar um diálogo enriquecedor ao próprio direito interno, não apenas para o preenchimento de lacunas ou até mesmo para abordar um caso jamais visto em âmbito interno, mas acima de tudo, para analisar a forma na qual os tribunais constitucionais tem abordado diferentes questões que lhes são comuns.

3. A Utilização do Elemento Estrangeiro na Fundamentação Jurídico-Constitucional

A relevância do uso do elemento estrangeiro na fundamentação jurídica de determinado ordenamento nacional muitas vezes é decorrente da gênese da própria norma. A título de exemplo, a experiência norte-americana no nascimento da República brasileira evidencia este fato.

Ocorre que, em uma perspectiva histórica, a organização da Justiça Federal pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, indicava, em seu art. 386, o método a ser observado pelos intérpretes da então recente ordem institucional republicana, consoante transcrito:

> Art. 386. Constituirão legislação subsidiaria em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e comercial, não sendo contrarias ás disposições e espírito do presente decreto. **Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudência e processo federal.** *(grifo do autor)*

[511] *Idem ibidem*. p .16

Tal diploma, que inaugura a atividade jurisdicional[512] brasileira, pelo fato de definir os poderes do Supremo Tribunal Federal – inclusive o de analisar a validade de atos em relação à Constituição[513]- demonstra que a gênese da jurisdição constitucional já trazia grande influência do direito estrangeiro.

Segundo esclarece Carlos Bastide Horbach:[514]

> Ante o transplante abrupto de instituições republicanas e presidencialistas para um ambiente cultural orientado por anos e anos de práticas constitucionais monárquicas e parlamentaristas […], natural que a doutrina e a jurisprudência de países experimentados nessas "novidades" fossem a fonte mais fácil e confiável na interpretação e na aplicação da ordem constitucional da República.

O autor, mais adiante pontua que a jurisdição constitucional evoluiu, tanto legislativa quanto jurisprudencialmente, tomando como base as experiências estrangeiras, posto que tal evolução pode ser refletida na "origem dos autores e dos precedentes citados nos votos, os quais, cada vez menos, se referem a nomes americanos, trocando-os por autores e cortes da Europa" [515].

No entanto, além do aspecto histórico de gênese normativa, não se pode olvidar os diferentes elementos que corroboram para a caracterização da pertinência do direito estrangeiro na resolução de questões intrínsecas a dado ordenamento.

---

[512] Registre-se que se trata do marco inicial da jurisdição constitucional brasileira, ou seja, da atividade jurisdicional voltada ao exercício do controle de constitucionalidade; mas não se tem, no decreto em questão, o surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil, já que no Império a Assembleia Geral exercia constantemente o controle de constitucionalidade sobre as leis provinciais e o Conselho de Estado igualmente confrontava as leis com o texto constitucional de 1824, promovendo até mesmo decisões de interpretação conforme a constituição (LOPES, José Reinaldo de Lima. O Oráculo de Delfos: o conselho de Estado no Brasil-Império. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 198 e ss.).

[513] "Paragrapho único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do título, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula. (BRASIL. Decreto Nº 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em 5 jul. 2017)

[514] HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. Revista de direito internacional. Brasília v. 12. n. 2, 2015. ISSN 2237-1036 p. 197

[515] *Idem ibidem.* p. 197.

Estes elementos, de ordem pragmática e teórica, estão sujeitos a diversas críticas em dadas realidades nacionais, como é o caso da norte-americana[516], por exemplo, onde a utilização de referências estrangeiras foi duramente contestada[517].

Ainda levando em consideração o contexto do debate quanto à utilização do elemento estrangeiro nos Estados Unidos, verifica-se que as posições são extremas. Vicki C. Jackson registra que o tal debate, por um lado, é representativo de tudo o que determinados juristas identificam como equivoco na atuação da Suprema Corte, distanciando-se das raízes norte-americanas. Por outro lado, aqueles que defendem a utilização das referências externas não as tratam como elemento principal, mas apenas como um dos fundamentos de um vasto processo interpretativo do documento constitucional[518].

Alguns representantes da Suprema Corte norte americana são veementes em rechaçar as fontes estrangeiras, tendo como grande representante o *Justice* Antonin Scalia, especialmente após a decisão de alguns casos, como *Lawrence vs. Texas, Marbury vs. Madison* e *Raper vs. Simmons,* onde as fontes estrangeiras foram introduzidas de forma mais expressa a partir dos apontamentos do *Justice* Anthony Kennedy[519].

---

[516] Cheryl Saunders aponta: "reference by courts to foreign law in determining constitutional questions is presently a controversial practice in the United States. The controversy should be kept in perspective, however. Reference to foreign law in the course of constitutional adjudication in the United States is not a recent phenomenon, nor is it confined to the Supreme Court. Most members of the current Court have referred to comparative sources, at some stage, for a reason other than to dismiss the legitimacy of reliance on them. At least four justices also have made extra-judicial remarks that appear to endorse the use of comparative constitutional law in some circumstances. Based on present indications, it seems likely that references by U.S. judges to foreign law will increase, if cautiously, although changes pending in the composition of the Supreme Court make prediction risky" (SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. Indiana Journal of Global Legal Studies, Indiana, v. 13, n. 1, p. 37-76, Winter 2006. p. 39).

[517] Vicki C. Jackson, aponta que tal prática era acolhida desde as origens da jurisdição da Suprema Corte norte-americana, sendo exemplo disso até mesmo o célebre caso Marbury v. Madison, ou mesmo em casos mais atuais, como Miranda v. Arizona, em que, após analisar o direito de outros quatro países de língua inglesa, a corte decidiu no sentido de incrementar os direitos dos cidadãos americanos contra interrogatórios abusivos por parte das autoridades policiais (JACKSON, Vicki C. Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Ed.). The Constitution in 2020. New York: Oxford University Press, 2009. p. 285-297. p. 286-288).

[518] JACKSON. Vicki C. Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Ed.). The Constitution in 2020. New York: Oxford University Press, 2009. p. 285

[519] A reação à utilização de fontes estrangeiras não se limitou à própria Suprema Corte norte-americana. Em 2005, tramitou na House of Representatives, a Câmara baixa do Congresso dos Estados Unidos, um projeto de lei – o chamado Constitution Restoration Act (HR 1070, 109th Congress – 2005) – determinando que, na interpretação da Constituição, os Tribunais americanos estariam proibidos de fazer uso de "qualquer constituição, lei, norma administrativa, ordem executiva, diretiva, política, decisão judicial, ou qualquer outra ação de qualquer Estado estrangeiro ou organização ou agência internacional; com exceção do direito constitucional ou do common law

No contexto da Suprema Corte a oposição do *Justice* Scalia pode ser sumarizada em três eixos, abordados por Horbach[520]. O primeiro deles é o fato de que as fontes estrangeiras são insignificantes como metodologia para interpretação constitucional no que diz respeito à determinação do sentido original do texto constitucional americano. Em seguida, aponta que o emprego de tais fontes não é democrática, pois o Estado nacional que as recebe como parâmetro não toma partido na sua produção. Por fim, esclarece que a utilização de fontes estrangeiras dilata a discricionariedade judicial, diante da arbitrariedade na escolha das normas estrangeiras que se adequem à argumentação construída pelo julgador, o que pode ser sintetizado na frase utilizada pelo C*hief Justice* Roberts: "*by cherry-picking foreign law, you can find anything*"[521].

Assim, torna-se relevante discutir os embates relacionados à legitimidade e à ausência de metodologia na abordagem de fontes supranacionais.

No que tange a legitimidade, deve-se levar em consideração o fato de que as fontes estrangeiras não são simplesmente transplantadas de maneira singular e isolada, passando a obter valor de norma nacional. O conjunto de normas nacionais não é substituído pelas normas estrangeiras invocadas em determinado contexto.

Ao citar Saunders, Horbach afirma que o direito comparado fornece diversos níveis de recurso ao direito estrangeiro, variando em uma escala do *soft use* ao *hard use*, pelo que explica[522]*:*

> Cheryl Saunders sistematiza a questão fixando uma escala que vai do uso moderado de fontes estrangeiras (soft use) a um uso intensivo (hard use). Próximo do polo do uso moderado encontram-se práticas como a referência a situações empíricas ou a afirmação da correção do direito interno mediante sua comparação com o estrangeiro; enquanto próximos do polo oposto, o do hard use, estão os casos em que o emprego do direito estrangeiro contribui mais significativamente para modelar a decisão que é prolatada pela Corte nacional, incluindo a importação de fundamentos de uma corte estrangeira, recurso ao direito estrangeiro para a interpretação do texto constitucional nacional ou mesmo, no extremo, o transplante judicial de norma, instituto ou prática estrangeiros. Podem ser inseridas, igualmente, no campo do hard use, as práticas que levam à chamada fertiliza- ção cruzada (cross-fertilizartion),

ingleses praticados até o momento da adoção da Constituição dos Estados Unidos" (TUSHNET, Mark. The 'Constitution Restoration Act' and judicial independece: some observations. Case Western Reserve Law Review, Ohio, v. 56, n. 4, p. 1071-1082, 2006).

[520] HORBACH, op. cit., p. 200.

[521] JACKSON, Vicki C. Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Ed.). The Constitution in 2020. New York: Oxford University Press, 2009. p. 297.

[522] HORBACH, op. cit., p. 202.

> consideradas como um estímulo externo que promove avaliações do direito interno, levando à sua evolução. Tal evolução envolve adaptação pelo sistema jurídico receptor das influências externas, que adquirem novos contornos, de modo que o novo desenvolvimento é um produto distinto, mas organicamente vinculado a esse sistema.

Tomando como parâmetro a classificação acima exposta, percebe-se que na medida em que se aproxima do modelo de *hard use*, a utilização do direito extraterritorial possuirá menor teor de legitimidade. No entanto, ainda que se aproxime de tal modelo, não se impede sobremaneira a utilização de tais fontes, visto que a crítica à legitimidade democrática é subvertida pelo fato de que não há efetivamente uma obrigação ou imposição na utilização das mesmas, mas tão somente uma opção de aperfeiçoamento de técnica argumentativa em decisões judiciais.

Já no que diz respeito à ausência de metodologia na abordagem das fontes, percebe-se que tal aspecto pode ser superado mediante a utilização de critérios e procedimentos intrínsecos ao direito comparado, o que permite a conclusão de que as críticas acima elencadas não dizem respeito propriamente ao uso do elemento estrangeiro, mas à forma através da qual tal uso se dá. Mediante a utilização de procedimentos claros, pode-se afastar a incidência do que o *Chief Justice* Roberts denominou *cherry picking* e, de fato, extrair real proveito na utilização de fontes estrangeiras na jurisdição constitucional enquanto método argumentativo em suas decisões.

Por outro lado, a aquiescência no uso das fontes depende diretamente de elementos de ordem pragmática e teórica. Os primeiros são mais perceptíveis, podendo estar associados às próprias funções do direito comparado[523], em especial no que diz respeito à expansão de soluções ao alcance do jurista para a interpretação do direito nacional.

Contudo, Horbach traz um questionamento pertinente, no que diz respeito à prevalência de um direito estrangeiro sobre outro em determinado ordenamento:

> Essas razões pragmáticas, porém, não seguem uma lógica muito clara, sendo difícil estabelecer uma razão pela qual um direito estrangeiro passa a ser mais influente em determinado ordenamento, eliminando ou diminuindo os influxos de outro elemento externo previamente considerado. Como explicar, por exemplo, a migração gradual do direito constitucional brasileiro das fontes originariamente americanas, passando pelo direito constitucional político dos franceses e chegando num quadro atual de recurso constante ao direito constitucional alemão, de matriz mais filosófica?

[523] HORBACH, op. cit., p. 203.

O autor explica que tais alterações decorrem de uma realidade empírica, ora englobando personagens responsáveis pela difusão de determinado ordenamento, ora pelas circunstâncias que uma jurisdição estrangeira tem sido exposta, garantindo-lhe maior projeção internacional.

Nesta senda, a incorporação de elementos estrangeiros não se dá de maneira automática, mas mediante a conformação de novos modelos que em tais elementos buscam inspiração. Segundo John Bell[524], o alcance da influência estrangeira depende diretamente da forma na qual os diferentes modelos supranacionais são retratados no ordenamento receptor, bem como do nível de abertura da comunidade jurídica para os mesmos[525].

Percebe-se, portanto, que as críticas ordinariamente feitas à utilização das fontes estrangeiras pelas cortes constitucionais nacionais estão, na maioria das vezes, ligadas ao modo no qual são empregadas, e não na sua utilização propriamente dita. Isso demonstra a necessidade de um método seguro para comparação e uso de elementos transnacionais, identificando-se a compatibilidade e aproximação de dois ordenamentos estrangeiros de modo a averiguar a admissibilidade da comparação, bem como os pressupostos teóricos adjacentes que tornam a utilização das fontes estrangeiras construtiva para a realidade nacional.

4. O Argumento Comparado nas Cortes Constitucionais de Portugal, do Brasil, dos Estados Unidos e da África do Sul: Alguns Extremos da Utilização de Fontes do Direito Comparado.

O Tribunal Constitucional Português se posiciona, desde que foi institucionalmente constituído[526], de modo favorável à utilização de fontes estrangeiras em argumentação comparada, ainda que inexista previsão positivada. Segundo Romano Orrú[527], tal ordenamento é tido como "poroso e particularmente exposto aos influxos externos".

---

[524] BELL, John. The relevance of foreign examples to legal development. Duke Journal of Comparative & International Law, v. 21, n. 2, p. 431-460, Winter 2011. p. 451.
[525] Neste sentido: "From these examples, we have seen that academics, legislators and users of the law do not confine their attention to national boundaries. Problems are not confined to those boundaries and are often neither texts nor principles". (BELL, John. The relevance of foreign examples to legal development. Duke Journal of Comparative & International Law, v. 21, n. 2, p. 431-460, Winter 2011. p. 448).
[526] Lei do Tribunal Constitucional, Lei nº 28/82, em 31 de maio de 1982
[527] ORRÚ, Romano. La giustizia costituzionale e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. p. 11.

Isso se deu, em princípio, como forma de se atingir legitimação material no quadro de poderes e construção judiciária na qual o Tribunal Constitucional Português foi instituído, de modo que a argumentação mais ampla contribuiu para avanços doutrinários, além de concorrer para o reconhecimento da autoridade da própria corte.

Contudo, a abertura do Tribunal Constitucional Português à influência externa não foi limitada aos seus primeiros anos de existência, uma vez que persiste até a atualidade, de maneira que passou a ser participante na conjuntura de cortes constitucionais na orientação de preceitos comuns e universais.

A jurisprudência portuguesa utiliza, assim, a comparação como um caminho para uma melhor compreensão das questões diante das quais se depara e como meio de aprimoramento de suas decisões.

Orrú analisa o método de utilização do argumento comparado pelos juízes portugueses. Por vezes, o direito comparado se mostra de maneira sumária, como simples citação, por outras de modo mais aprofundado e analítico, ou, ainda, quando a maior parte da motivação vem composta pelo Direito comparado. Por vezes, O Tribunal tem um manejo mais cuidadoso, a partir da seleção de fontes externas com quadro constitucional semelhante ao português, bem como há casos em que o Tribunal não manifesta exigência técnica mais aprofundada[528].

O Tribunal Constitucional Português privilegia, portanto, a análise comparativa de sistemas de bases constitucionalmente semelhantes, sendo os sistemas alemão, espanhol, italiano, norte-americano, francês, belga, austríaco, inglês e, por razões histórico-culturais, o brasileiro[529] os mais citados.

Na experiência brasileira, o direito comparado tem sido utilizado como instrumento enriquecedor das decisões do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não integre a *retio decidendi*, tal argumentação tem se mostrado importante no manejo constitucional, especialmente na resolução dos chamados *hard cases*, como será visto adiante, em que a análise do direito estrangeiro é crucial para o aprofundamento do debate, o que resulta em decisões amplamente fundamentadas e ricas culturalmente.

---

[528] *Idem ibidem.* p. 22 -25.
[529] *Idem ibidem.* p. 25.

A título de exemplo, Cardoso[530] faz referência ao caso julgado pelo STF em que se discutiu a condenação de escritor e sócio de editora por discriminação contra judeus, diante da publicação, distribuição e venda de obra antissemita, pelo que foi atribuída a imprescritibilidade do artigo 5º, XLII, da Constituição Federal:

> Na decisão do caso, a extensa referência a instrumentos internacionais, especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi acompanhada da comparação jurídica mediante a análise e a articulação da lei francesa nº 90.615/90; do artigo 416 do Novo Código Penal da França; da lei espanhola contra o racismo de 1995; do artigo 240 do Código Penal português; da Lei Gaysott, da França, de 1990; do "*Licensing Act*", da Inglaterra, de 1695; da Emenda nº 1 da Constituição Americana de 1787; da "*Race Relations Act*", de 1976. Também houve o registro de inúmeras decisões estrangeiras: os casos "Estados Unidos *versus* Lemrick Nelson", da Corte de Apelação da Califórnia, de agosto de 1999; "Mandla e outro *versus* Dowell Lee e outro", da Câmara dos Lords, na Inglaterra, de 1983; "Shaare Tefila Congregation *versus* Cobb" (US 615), da Suprema Corte norte-americana, de 1987; "Lüth", da Corte Constitucional Alemã (BverfGE 7, 198), julgado em 15 de janeiro de 1958; "Livro sobre a Guerra", da Corte Constitucional Alemã (BverfGE 90, 1-22), julgado em 11 de janeiro de 1994; "Soldados assassinos", da Corte Constitucional alemã (BverfGE 93, 266-312), julgado em 10 de outubro de 1995; "Romance Pornográfico", também da Corte Constitucional alemã (BverfGE 83, 130), julgado em 27 de novembro de 1990; "Terminiello *versus* Chicago" (337 US 1), da Suprema Corte norte-americana, julgado em 16 de maio de 1949; "R.A.V. *versus*City of St. Paul" (505 US 377), da Suprema Corte, julgado em 22 de junho de 1992; "Texas *versus* Johnson" (491 U.S. 397), também da Suprema Corte norte-americana, julgado em 21 de junho de 1989; "Publicação cômica contra o povo judeu", julgado pelo Tribunal Constitucional espanhol, sentença 176/1995, de 1995; "Schenck *versus* United States" (249 U.S. 47, 52), com o voto do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferido em 1919; "Virginia *versus* Black et al.", da Suprema Corte dos Estados Unidos; e, finalmente, o caso "Jersild *versus*Dinamarca", julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em setembro de 1994.

Interessante constatar que a troca de experiências tem se mostrado positiva no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de modo que a Corte conta com página *online* que contém suas mais importantes e significativas decisões traduzidas para idiomas diversos, como forma de fomentar a troca de experiências e o próprio debate constitucional.

Já no caso dos Estados Unidos, observa-se que a alta valorização do sistema de precedentes marca uma forte tradição jurisprudencial o que resulta em alguma resistência ao

---

530 CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito ocmparado na jurisdição constitucional. Rev. direito GV vol.6 no.2 São Paulo Dec. 2010. Disponível em: < http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000200006 >. Acesso em: 13/06/2017.

uso do argumento comparado. Todavia, ainda que contando com tal resistência, o contexto da globalização fez com que grande parte dos *justices* da Suprema Corte passasse a empregar fontes estrangeiras em suas decisões, ainda que de forma esporádica e geralmente de países partidários da *Common Law*[531].

Sobre a temática, esclarece Cardoso[532]:

> Ainda que ao alvedrio de qualquer determinação legal no tocante ao uso da comparação, a abertura aos materiais externos se aprofundou sensivelmente a partir do fim do século XX e início do século atual, especialmente em temas como a moral sexual e a pena capital, mas sempre destinada ao combate de alguns componentes da própria Corte. É paradigmático a esse respeito o caso "Printz *versus* Estados Unidos", de 1997, no qual se discutiu a constitucionalidade do "*Brady Handgun Violence Prevention Act*", que instituiu um sistema nacional de controle de armas de fogo. Contraditado a respeito da sua compatibilidade com o federalismo e a vontade dos *founding fathers*, manifestou-se no caso o juiz Stephen Breyer, que também em nome do juiz Stevens suscitou o federalismo suíço e alemão, bem como a própria experiência europeia, recordando sempre que ele estava consciente de que o objeto de interpretação era a Constituição norte-americana, mas que a comparação se fazia importante para abrir o leque de possibilidades de soluções a problemas comuns. Tal posicionamento sofreu duras críticas do juiz Antonin Scalia, com sua "*nationalist jurisprudence*", sob o argumento de que a comparação seria importante apenas no momento de redigir a Constituição, jamais na sua interpretação.

Assim, em que pese a resistência de alguns *justices*, sendo o *justice* Scalia o maior defensor do unilateralismo das fórmulas jurídicas próprias do ordenamento jurídico norte-americano, é possível observar alguma influência do direito comparado na Corte, ainda que de forma superficial e não determinante para o resultado de seus julgamentos, mas como importante técnica argumentativa.

No que diz respeito à prática da corte Sul-Africana, verifica-se que a utilização do direito comparado detém legitimação constitucional expressa[533], de maneira que a comparação é afirmada como instrumento de interpretação da *Bill of Rights*. Assim, os juízes promovem a argumentação comparada tomando por base textos constitucionais que inspiraram a própria

---

531 FERRARI, Giuseppe Franco. La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. p. 320.

532 CARDOSO. op. cit.

533 "39. Interpretation of Bill of Rights: 1. *When interpretating the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must considerer international law; and (c) may consider foreign law*."ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). Disponível em: < http://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#39> . Acesso Em: 29/06/2017.

constituição sul-africana, de modo que, por vezes não se pode diferenciar os momentos em que a interpretação na norma constitucional tem como cerne legislação estrangeira ou casos estrangeiros, configurando a possibilidade de se fundamentar as decisões com fulcro na *Law in the books* e na *Law in action*[534].

Assim, consoante análise de Rinella[535], além de a comparação contar com permissividade constitucional na África do Sul, ela se reveste da formação cultural e científica dos magistrados, pelo fato de muitos destes terem complementado seus estudos jurídicos em universidades estrangeiras, o que denota uma interpretação constitucional realizada sob a ótica do multiculturalismo, consoante será aprofundado em seguida, de modo que se observa que o direito de ordenamentos diversos foi considerado para a construção do texto constitucional sul-africano.

Verifica-se, portanto, que o argumento comparado, ainda que de um lado sujeito a forte resistência,como nos Estados Unidos, e de outro contando com permissividade constitucional, como no caso da África do Sul, não é de modo algum menosprezado, pelo contrário, vem ganhando espaço de destaque cada vez maior diante das decisões mais importantes das Cortes Constitucionais da Europa, África e América do Norte.

5. O Direito Comparado como Elemento Cultural da Interpretação Constitucional

A Constituição Federal de 1988 é dotada de alta carga axiológica, de abertura constitucional e de preocupação com a ordem internacional, de modo que tais fatores possibilitaram que o Brasil ingressasse no diálogo da comunidade internacional, o que pode ser constatado pela análise do próprio texto da carta magna, como por exemplo, em seu art. 4º, quando trata da "prevalência dos direitos humanos" e da "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade", *verbis*[536]:

---

[534]RINELLA, Angelo. La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia. FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

[535] *Idem ibidem*

[536] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, art. 4º.

> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
>
> I - independência nacional;
>
> II - prevalência dos direitos humanos;
>
> III - autodeterminação dos povos;
>
> IV - não-intervenção;
>
> V - igualdade entre os Estados;
>
> VI - defesa da paz;
>
> VII - solução pacífica dos conflitos;
>
> VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
>
> IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
>
> X - concessão de asilo político.
>
> Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A experiência brasileira denota que o transconstitucionalismo com ordens jurídicas diferentes é desenvolvido cada vez mais no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência demonstra que o direito comparado é manuseado como mecanismo enriquecedor das decisões, ainda que não seja considerado indispensável à construção da jurisprudência pátria.

A jurisdição constitucional brasileira não observa qualquer regramento ou óbice à comparação, o que implica na constante adoção da doutrina e jurisprudência transnacional pela Corte em seus votos, que os utiliza como técnica argumentativa enriquecedora dos debates, gerando um aprofundamento analítico-argumentativo nos julgamentos. Importante ressaltar que tal fato é mais costumeiramente observado nos casos mais polêmicos nos quais a Corte se depara, os chamados *hard cases*. Não se trata de fenômeno deveras recente, tendo observado exponencial crescimento nos últimos anos.

Diante disto, passa-se a observar o direito comparado sob a perspectiva de quinto elemento de interpretação constitucional. Consoante perspectiva abordada por Canotilho[537], a Constituição de um país deve valer-se de duas pretensões concomitantes, a saber: estabilidade e dinamicidade. O antagonismo é meramente suposto, levando-se em consideração que, de fato, uma constituição deve apresentar-se estável no que diz respeito àquilo que a estrutura, mas, ao mesmo tempo, aberta ao inevitável dinamismo social, político e cultural, de modo a assimilá-los.

Neste diapasão, cumpre salientar que preceitos constitucionais, mesmo que previstos em idênticos termos, não cumprem necessariamente a mesma finalidade ou possuem o mesmo significado, pois estão constantemente subjugados ao contexto espacial e temporal ao qual estão circunscritos, de maneira que a cultura afigura-se como o traço que explica a variabilidade do fenômeno.

Em contrapartida, não se pode olvidar que a contribuição de diferentes sociedades tende a se misturar à cultura compartilhada, sem, com isso, descaracterizar a singularidade de um conjunto social específico que, ao interiorizar experiências predecessoras, inclui suas próprias, o que garante a multiculturalidade do produto constitucional[538], sendo a cultura um fator característico da constituição[539].

Assim, como forma de garantir a viabilidade de um Estado Constitucional de viés cultural, Häberle[540] propõe uma teoria da constituição como ciência da cultura, o que denota uma evolução do direito constitucional, voltada à amplificação gradativa do Estado constitucional ao admitir que este modelo apresenta uma percepção aberta e plural da cultura constitucional.

---

[537] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 Ed., 2 reimpressão. Coimbra: Almedina. 2003. p. 1.435.

[538] VALADÉS, Diego. Prólogo. In: HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2003. p. xxxvi.

[539] ZAGREBELSKY, Gustavo. Stato Constituzionale. In: VALADÉS, Diego; CARBONELL, Miguel (Coords.). El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Tomo 2. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.p. 370.

[540] HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2003. p. 21.

Sobre o tema explica Inocêncio Mártires Coelho[541]·:

> Reportando-se aos quatro "métodos" ou "elementos" desenvolvidos por Savigny ─ gramatical, lógico, histórico e sistemático ─, Peter Häberle defende a "canonização" da comparatística como "quinto" método de interpretação, se não para o direito, em geral, ao menos e tendencialmente para a compreensão do moderno Estado constitucional, cuja *geografia jurídica* ─ como diria Marc Ancel ─ demanda instrumentos de análise significativamente distintos dos métodos clássicos de interpretação

Na teoria cultural, a relevância oferecida à cultura para o direito constitucional é substancial, fato que limita uma visão restritiva dos textos constitucionais como fonte única, o que se traduz em maior flexibilização no trato constitucional, que acompanha o modelo de sociedade aberta de intérpretes.

Posto isto, o direito comparado se mostra imprescindível para a compreensão de que a análise histórica dos diferentes valores constitucionais e experiências jurídicas se mostra como uma forma de pensar o próprio direito, que se mantém aberto à diferentes alternativas e não adstrito ao método de racionalidade e à vontade de um único legislador nacional.

Häberle, em sua teoria, defende que a comparação de distintos textos normativos demonstra vestígios de um arraigado processo de disseminação da cultura constitucional, de modo que a mera comparação textual se mostra insuficiente e ineficiente, o que denota a imprescindibilidade de que se alcance uma etapa subsequente, ou seja, os contextos culturais, caracterizando assim "ciência jurídica dos textos e da cultura" [542].

Diante disso, percebe-se que a comparação demonstra a variedade e a multiplicidade dos sistemas e das experiências jurídicas que, ao serem confrontados, permitem uma análise mais aprofundada dos contextos sociais e das mutações institucionais no espaço e no tempo.

Consoante estabelece Häberle[543], a comparação de sistemas jurídicos deve ser praticada como comparação de culturas:

> Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la

---

[541] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, p.164; ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*, p.10. In: COELHO, Inocêncio Mártires. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. Ed.1. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>. Acesso em: 20 de julho de 2017.
[542] HÄBERLE, op. cit., p. 83.
[543] *Idem ibidem.* p. 162.

> comparación de los derechos fundamentales se convierte en ‘quinto’ e indispensable método de la interpretación.

Importante frisar que a nomenclatura “direto comparado” é concebida como um mecanismo de compreensão do direito como experiência pautada na reflexão quanto às suas possibilidades, ou seja, não se trata de criar correlações e afinidades ideológicas entre diferentes ordenamentos constitucionais, mas de se utilizar a comparação para compreender e aprofundar a acepção das diretrizes valorativas dos distintos ordenamentos, sem, contudo, tencionar neutralizar a multiplicidade cultural entre as Nações.

Desta forma, a análise aprofundada do Direito Constitucional, levando em consideração seu aspecto cultural, é de grande importância e interesse, indo ao encontro do Estado constitucional cultural. A proposta, portanto, favorece uma visão ampliada e dotada de possibilidades, adotando-se uma perspectiva comparada de interpretação.

Portanto, a comparação jurídica e cultural fornece meios de evolução constitucional, por meio da interpretação de impasses comuns em ordens jurídicas transnacionais, de maneira que a comparação realizada pela jurisdição constitucional coopera para a extensão e uniformização das garantias dos direitos, fornecendo parâmetros para o aprofundamento da técnica argumentativa em conflitos comuns a tais ordens jurídicas, ampliando o grau de possibilidades de soluções a serem admitidas.

Conclusão

O presente artigo buscou demonstrar, em linhas gerais, a exponencial utilização do fenômeno da internacionalização do direito constitucional. Verificou-se que a globalização desempenha importante papel na crescente comunicação entre cortes constitucionais, viabilizando a análise de elementos normativos, jurisprudenciais, doutrinários e culturais de diferentes povos, o que permite a evolução e ampliação do diálogo constitucional.

Assim, afere-se que o direito comparado tem sido um importante elemento no âmbito das Cortes Constitucionais em diversos países. No Brasil, a título de exemplo, em que pese o fato de a argumentação comparada ser considerada inadequada enquanto fundamentação vinculativa na *ratio decidendi*, é inegável a constatação da grande valia das fontes estrangeiras para o desenvolvimento de um diálogo mais denso e profundo, de modo que a comparação jurídica e cultural mostra-se fundamental para a evolução do Estado Constitucional.

Já no que diz respeito a outros sistemas constitucionais, pode-se observar maior ou menor aceitação do emprego da argumentação comparada. Na experiência dos Estados Unidos, em que pese haver maior resistência à sua utilização, pelo fato de grande tradicionalismo no que tange o costume de precedentes (o que é próprio dos sistemas de *Common Law*), não é possível afirmar que o ordenamento norte-americano seja imune à influência estrangeira, que tem sido observada como técnica argumentativa, ainda que de maneira esparsa.

Já no caso de Portugal, observa-se maior abertura constitucional para a utilização de fontes extraterritoriais, ainda que se busquem sistemas com bases constitucionais de alguma forma semelhantes para o exercício da comparação. Em outro extremo encontra-se presente o caso da África do Sul, onde a argumentação comparada detém positivação constitucional, pelo que torna possível a utilização de fontes estrangeiras em geral, englobando legislação, jurisprudência, doutrina e até mesmo costumes.

Assim, quando utilizado como argumento *obter dictum*, as fontes estrangeiras constituem-se como inestimável suplementação retórica e argumentativa. Mesmo não integrando o núcleo decisório, a abertura a tais fontes faz com que o produto da comparação seja muito mais rico culturalmente, seja pela possibilidade de buscar, em um modelo estrangeiro, alternativas e argumentos para a resolução dos chamados *hard cases*, seja pela abertura das possibilidades interpretativas da norma constitucional, o que favorece sua própria evolução.

Ao se colocar em parâmetro de comparação realidades culturalmente distintas verifica-se que o argumento comparado conflita com a conjuntura intrínseca de cada país, de maneira que é possível extrair o que de mais proveitoso há em cada contexto, promovendo auto-reflexão e autocrítica, o que favorece melhor compreensão da constituição e do direito pátrio.

Conclui-se, portanto, que a utilização de técnicas comparativas é de extrema relevância para uma compreensão mais profunda da realidade nacional, uma vez que, ao serem utilizadas como mecanismos argumentativos, abrem possibilidades e alternativas, bem como favorecem o diálogo e o debate acerca de questões comuns a diferentes ordenamentos, promovendo uma ampliação cultural por meio da possibilidade de análise de experiências extraterritoriais.

BIBLIOGRAFIA

AKERMAN, Bruce. The Rise of the World Constitutionalism. In: Virginia Law review,

vol. 83, 1997.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. 2ª. ed. Coimbra, Almedina, 1998.

ARNAUD, André-Jean.O direito entre modernidade e globalização: lições filosóficas do direito e do Estado. Trad. Patríce Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. Decreto Nº 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em 5 jul. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 Ed., 2 reimpressão. Coimbra: Almedina. 2003.

CLEMERSON, Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 39, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito Administrativo Comparado. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 14.

DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. Revista de Informação Legislativa, v 34, n. 134, abr – jun 1997.

_____Direito constitucional comparado: Introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

FARIA, José Eduardo. O direito e a economia globalizada, São Paulo: Malheiros, 1999. p.52.

FERRARI, Giuseppe Franco. La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

GUTTERRIDGE, H. C. El Derecho Comparado – Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho. Barcelona: Artes Gráficas Rafael Salvá, 1954.

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2003.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. Revista de direito internacional. Brasília v. 12. n. 2, 2015.

JACKSON, Vicki C. Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (Ed.). The Constitution in 2020. New York: Oxford University Press, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Oráculo de Delfos: o conselho de Estado no Brasil-Império. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. A ideologia alemã. In: IANNI, Octávio. Karl Marx. 8ª. Ed. São Paulo: Editora Ática, 1996, p.45-61. Coleção: Grandes Cientistas Sociais – Série: Sociologia n.10.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ORRÚ, Romano. La giustizia costituzionale e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese. In: FERRARI, Giuseppe Franco; GAMBARO, Antonio (Orgs.). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

PAZ, Enrique Martínez. Introducción al Derecho Civil Comparado. Buenos Aries: AbeladoPerrot, 1960.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização:* do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Record, 2001.

SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. Indiana Journal of Global Legal Studies, Indiana, v. 13, n. 1, p. 37-76, Winter 2006.

VALADÉS, Diego. Prólogo. In: HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2003.

VALLE, André Rufino do. O argumento comparativo na jurisdição constitucional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-mai-03/observatorio-constitucional-argumento-comparativo-jurisdicao-constitucional#_ftn1_7296. Acesso em 16/06/2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Stato Constituzionale. In: VALADÉS, Diego; CARBONELL, Miguel (Coords.). El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Tomo 2. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROVISIONAL EXECUTION OF THE SENTENCE IN THE LIGHT OF THE FEDERAL SUPREME COURT JURISPRUDENCE

Ludmilla Tavares Daier de Sales

SUMÁRIO

Introdução; 1 Perspectiva histórica; 2 Evolução jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal; 3 Análise crítica; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente trabalho propõe a investigação da compatibilidade da execução provisória da pena com o ordenamento jurídico brasileiro, considerando a conformação normativa do princípio da presunção de inocência e as suas possibilidades interpretativas. Para tanto, procedeu-se à análise de três paradigmáticos julgados do Supremo Tribunal Federal, os quais definiram as principais mudanças por que já passou o entendimento acerca da matéria. Após breve apanhado histórico, discorre-se sobre a orientação inicialmente adotada pela Corte Suprema, de admitir a execução da pena após o julgamento em segundo grau, e as duas subsequentes revisões, que promoveram a inversão do posicionamento original e o posterior retorno a esse mesmo entendimento. Nesse ponto, expõe-se a divergência verificada entre os julgadores e os fundamentos que sustentaram os respectivos votos. Em seguida, por meio de análise crítica, demonstra-se que os argumentos apontados como óbice à execução provisória são plenamente refutáveis, e que a admissão dessa modalidade de execução, levando em conta a sistemática recursal brasileira e a necessidade de dar efetividade à função instrumental do processo, é inclusive desejável. Conclui-se, assim, que, no exercício da inafastável tarefa de atribuir um significado ao preceito constitucional, a melhor interpretação parece ser aquela que admite a execução da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias, conforme o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória da pena. Princípio da presunção de inocência. Duplo grau de jurisdição. Função instrumental do processo.

ABSTRACT

This paper proposes the investigation of the compatibility of the provisional execution of the sentence with the Brazilian legal system, considering the normative conformation of the principle of presumption of innocence and its interpretative possibilities. For that, it proceeded to the analysis of three paradigmatic trials of the Federal Supreme Court, which defined the main changes on the understanding about the matter. After a short historical description, it presents the orientation initially adopted by the Supreme Court, of admitting the execution of the sentence after the second degree judgment, and the two subsequent revisions, which promoted the inversion of the original position and the posterior return to that same understanding. In this point, it exposes the divergence between the judges and the foundations that sustained their respective votes. Next, by means of a critical analysis, it shows that the

arguments pointed out as an obstacle to the provisional execution can be totally refuted, and that the admission of this modality of execution, taking into account the Brazilian recursional system and the need to give effectiveness to the instrumental function of the process, is even desirable. It concludes, then, that, in the exercise of the unquestionable task of assigning a meaning to the constitutional precept, the best interpretation seems to be the one that admits the execution of the sentence after having exhausted the ordinary instances, according to the most recent position of the Federal Supreme Court.

KEYWORDS: Provisional execution of the sentence. Principle of presumption of innocence. Double degree of jurisdiction. Instrumental function of the process.

Introdução

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, resgatando posicionamento vigente até o início do ano de 2009, afirmou, ainda que em julgamentos não unânimes, a possibilidade de execução provisória da pena, reacendendo, assim, o debate em torno do alcance do denominado princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

Positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, como resultado do avanço democrático brasileiro e do compromisso assumido pelo constituinte de se adequar aos textos internacionais de direitos humanos e às cartas constitucionais ocidentais[544], o referido princípio, em sua vertente de regra de tratamento, é constantemente objeto de divergências entre os juristas, a exemplo do que se tem verificado na mais alta Corte do país.

O que se busca com o presente estudo é investigar se a execução provisória da pena é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, considerando a conformação normativa do princípio da presunção de inocência e as suas possibilidades interpretativas.

Para essa finalidade, estruturou-se o presente trabalho em três capítulos.

O primeiro indicará a evolução da presunção de inocência e a forma como se deu a sua positivação no direito brasileiro, a fim de que seja constituído o pano de fundo necessário ao exame dos seus efeitos no campo específico da execução da pena.

O segundo capítulo será dedicado à apresentação das principais orientações adotadas pela Corte Suprema até o presente momento – representadas pelas decisões paradigmáticas

[544] VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 44.

proferidas no HC n. 68.726/DF, no HC n. 84.078/MG e no HC n. 126.292/SP –, com a exposição da divergência verificada entre os julgadores e dos fundamentos que sustentaram os respectivos votos.

O terceiro e último capítulo mostrará, por meio de análise crítica, de que maneira os argumentos apontados como óbice à execução provisória podem ser refutados, considerando a sistemática recursal brasileira e os entendimentos doutrinários sobre o assunto.

1 Perspectiva histórica

Para Ricardo Alves Bento, a evolução da presunção de inocência está relacionada com o reconhecimento da vulnerabilidade do cidadão em face do exercício da pretensão punitiva estatal.[545] Segundo o mesmo autor, embora se possa identificar manifestações do *in dubio pro reo* já no direito romano, foi com a reforma empreendida com a Revolução Liberal do século XVIII – quando verificada a necessidade de reação contra o processo penal inquisitório, o qual se caracterizava pela presunção de culpabilidade e pela prevalência do poder estatal sobre a liberdade individual do cidadão – que se estabeleceu o princípio como verdadeiro postulado fundamental.[546]

Nesse contexto de reestruturação, obras humanistas e textos internacionais surgiram afirmando a necessidade de reformulação dos preceitos inquisitivos e de garantia da liberdade do indivíduo até a existência de culpa formada, tendo culminado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, considerada "o marco inicial da positivação da presunção de inocência".[547] Em seu artigo 9º, dispôs-se que "todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; e ninguém pode ser castigado a não ser em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada".[548]

No Brasil, não obstante a positivação da presunção de inocência só tenha ocorrido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o preceito já havia sido recepcionado em nosso ordenamento jurídico com a adesão brasileira à Declaração Universal dos Direitos do Homem,

---

[545] BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 18.
[546] *Ibid*., p. 27.
[547] BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 38.
[548] BRASIL. Senado Federal. **Direitos humanos: instrumentos internacionais: documentos diversos**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, p. 15. *apud* CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 29.

na vigência da Constituição de 1946,[549] que assim estabeleceu em seu artigo 11.1: "Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".[550]

Vê-se que o supracitado dispositivo atribui à presunção de inocência o significado de regra probatória, uma vez que impõe à acusação a prova da culpabilidade do indivíduo. Antes, porém, outro significado já havia sido cunhado, com a Declaração de 1789, que trouxe à presunção de inocência a interpretação de regra de tratamento, impondo limitações às medidas de restrição à liberdade pessoal.

Sob este último viés é que se constrói a divergência doutrinária e jurisprudencial no Brasil, pois a expressão "ninguém será considerado culpado", constante do artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, "necessariamente, conduz ao entendimento de que a orientação maior do princípio, ao menos no teor dessa linguagem, é no sentido de regra de tratamento do indivíduo".[551]

A amplitude do preceito constitucional, a falta de adequado debate previamente à sua aprovação e a deficiência nas justificativas apresentadas propiciaram o surgimento da questão que ora se coloca: é possível a execução provisória da pena no caso brasileiro? Enquanto, para uns, "a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal",[552] para outros, "a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena".[553]

---

[549] CAMARGO, *op. cit.*, p. 1.
[550] BRASIL. Senado Federal. **Direitos humanos: instrumentos internacionais: documentos diversos**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, p. 15. *apud* CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 55.
[551] CAMARGO, *op. cit.*, p. 241.
[552] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 11.
[553] *Ibid.*, p. 97 e 98.

Os argumentos que sustentam ambos os posicionamentos foram apresentados pela Corte Suprema em três momentos distintos, e, dada a sua relevância para a busca do sentido do texto aprovado pelo constituinte, serão eles analisados nos tópicos seguintes.

2 Evolução jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal

Analisando os efeitos dos discursos produzidos pelos Tribunais Constitucionais, Diogo Bacha e Silva destaca que, "se a Constituição é a norma capaz de reger a sociedade, o discurso produzido, manifestado através dela, poderia modificar a mesma".[554] Com a premissa de que a norma é construída pelo intérprete, e tendo em vista que a esse papel, no âmbito constitucional, se presta, por excelência, o Supremo Tribunal Federal, passa-se à análise de três paradigmáticos julgados ali produzidos.

2.1 Primeiro momento: HC n. 68.726/DF

Ao primeiro se manifestar sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal partiu de duas concepções básicas: a) relativização do que se entende por trânsito em julgado da condenação; e b) atribuição do caráter processual à ordem de prisão emanada de órgão julgador de segundo grau. Em outras palavras, para afirmar a possibilidade de execução provisória da pena, entendeu a Corte Suprema que é possível considerar como transitada em julgado a sentença quando não mais cabíveis recursos de caráter ordinário, embora ainda possam ser admitidas impugnações na via extraordinária; e que a prisão após o julgamento da apelação se justifica pela necessidade de se garantir a aplicação da lei penal.

Baseou-se o Relator do *writ* na doutrina de Eduardo Espínola Filho, segundo a qual há que se estabelecer uma diferenciação entre o caso julgado e a coisa julgada. Diz o autor que, para ter-se esta, é necessário "que, contra a decisão, não caiba mais recurso de espécie alguma, ordinário ou extraordinário; ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, quando

[554] SILVA, Diogo Bacha e. Da mutação constitucional à living constitution: a hermenêutica constitucional entre a sintática e a pragmática jurídica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 10, n. 12, p. 113-131, jul./dez. 2012. p. 114.

pode ser executada, se bem que ainda seja suscetível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário".[555]

Confirmando a viabilidade de tal diferenciação, em razão da ausência de definição exata do momento em que ocorre o trânsito em julgado para fins de execução da pena, José Antonio Paganella Boschi expõe que "em face da exigência do pressuposto do trânsito em julgado da sentença para o início do processo executório a questão consiste em determinar, precisamente, o momento em que ocorre esse fenômeno jurídico".[556] Há, ainda, quem defenda a existência de capítulos autônomos na decisão judicial, o que permitiria que houvesse diferentes momentos de trânsito em julgado em relação a uma mesma sentença.[557] Nesse sentido, Fernando Brandini Barbagalo defende que "a coisa julgada em matéria penal não possui um sentido unívoco, comportando variações de sentido e de amplitude. [...] A 'intangibilidade do caso julgado' poderá atingir apenas uma parcela da causa, abrangendo um dos temas tratados no julgamento e não outro".[558]

Quanto à cautelaridade da ordem de prisão após o julgamento em segundo grau, Roberto Delmanto Junior sustenta que, por se tratar de prisão verificada antes do trânsito em julgado da condenação, pode ser classificada como provisória. No entanto, manifesta o autor sua objeção a que a determinação de recolhimento do apenado se dê de forma automática, sem motivação cautelar: "Igualmente inaceitável, outrossim, é que os Tribunais expeçam mandado de prisão, praticamente de forma automática, com base em condenação não passada em julgado, sem qualquer motivação a respeito da necessidade cautelar do aprisionamento ante tempus".[559] Diz, ademais, que o raciocínio segundo o qual a prisão, aí, estaria justificada na necessidade de se garantir a aplicação da lei penal "não conta com nosso apoio [...] porque ele implica verdadeira presunção de que, uma vez tendo a condenação sido confirmada ou decretada em segunda instância, o acusado irá fugir".[560]

---

[555] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 1959, p. 296. *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 68.726/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgado em 28.6.1991. DJ de 20.11.1992. p. 396.

[556] BOSCHI, José Antonio Paganella. O trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. **Fascículos de Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, n. 4, p. 25-29, out./dez. 1993. p. 26.

[557] GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado. **Revista de processo**, v. 28, n. 111, p. 290-305, jul./set. 2003.

[558] BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015. p. 108.

[559] DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 228.

[560] *Ibid*., p. 233.

2.2 Segundo momento: HC n. 84.078/MG

Passados quase vinte anos, deliberou-se por afetar a matéria ao Pleno da Corte Suprema, momento em que afastado o entendimento anterior, dando lugar à orientação de que a execução da sentença após o julgamento da apelação implica restrição ao direito de defesa, mostrando-se incompatível com o texto constitucional. A ordem foi concedida por maioria, nos termos do voto do Relator, o Ministro Eros Grau. Invertendo-se a lógica até então adotada, afirmou-se que "a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado; não há título a justificar a prisão do réu anteriormente a esse julgamento".[561]

Tecendo uma crítica a esse posicionamento, diz Paulo Silveira Fernandes que "no Brasil foram adotadas doutrinas e jurisprudências extremistas, que alargaram o princípio da inocência, estenderam o conceito penal de prisão cautelar e elevaram o direito à liberdade individual quase à intangibilidade".[562] No mesmo sentido se manifestou o Ministro Menezes Direito, ao inaugurar a divergência no citado *writ*: "não me parece, acentuo desde logo, que o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República ganhe o alcance que se vem pretendendo conferir-lhe".[563] Merece destaque, ainda, a opinião do Ministro Joaquim Barbosa: "o princípio do estado de inocência não é absoluto e incontrastável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da prisão preventiva e da prisão temporária".[564]

Os argumentos que sustentaram o entendimento prevalecente, em resumo, são estes: a) a Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), em seu artigo 105, teria condicionado a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença; b) a Lei n. 8.038/1990 – que estabeleceu que os recursos extraordinários seriam recebidos no efeito devolutivo –, teria sido editada em um contexto de política criminal vigorosamente repressiva; c) a prisão cautelar possuiria função exclusivamente processual e, por esse motivo, não poderia ser utilizada com o fim de antecipar a pretensão punitiva do Estado; d) haveria uma incompreensível repulsa à

[561] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 465/466. *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1063.
[562] SILVEIRA, Paulo Fernandes. O princípio da inocência e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. **Revista Juris Plenum**, v. 6, n. 34, p. 85-102, jul. 2010. p. 87.
[563] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1101.
[564] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1143.

presunção de inocência, com "raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático"[565]; e) não caberia falar em esvaziamento progressivo da presunção de inocência, a qual só se desfaria com o reconhecimento definitivo da culpabilidade; f) não haveria como reparar o indivíduo que, após sofrer a restrição ou a perda de sua liberdade, fosse declarado inocente; g) se não há possibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos, o mesmo entendimento deveria ser aplicado no que se refere às penas privativas de liberdade; h) nos termos do inciso LXI do artigo 5º da CF/88, somente o flagrante delito relativizaria, de forma automática, o direito à presunção de não culpabilidade para o fim de prisão; i) um processo que permitisse a execução da pena sem reconhecimento definitivo de culpa poderia até ser legal, mas não seria justo, e, portanto, não atenderia ao princípio constitucional.

Os argumentos que ampararam a divergência, por sua vez, podem ser assim sintetizados: a) a discussão no âmbito dos recursos de caráter extraordinário restringe-se à tese jurídica, não havendo exame de matéria de fato, o qual se exaure nas instâncias ordinárias; b) a vedação da execução da pena antes da apreciação dos recursos extraordinário e especial significaria atribuir efeito suspensivo a esses recursos, e "levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários"[566]; c) admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado e não admitir a prisão para a execução da pena seria "reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão"[567]; d) seria incoerente dizer que a privação da liberdade antes do trânsito em julgado da condenação ora viola ora não viola o princípio da presunção de inocência; e) observado o devido processo nas instâncias ordinárias, e considerando a falta de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial, a execução provisória da pena seria "consequência possível, que, sem dúvida, pode ser afastada por meio dos instrumentos próprios, incluído o *habeas corpus*"[568]; f) haveria recursos suficientes para, se o caso, suspender o decreto prisional; g) as decisões proferidas pelas instâncias *a quo* deveriam "ser respeitadas e levadas a sério, pois os órgãos judiciários prolatores de decisões de mérito são presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete exercer"[569]; h) a possibilidade de execução provisória decorreria da "necessidade de dar efetividade ao processo, evitando que se

[565] *Ibid*., p. 1116.
[566] *Ibid*., p. 1101.
[567] *Ibid*., p. 1102.
[568] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1106.
[569] *Ibid*., p. 1142.

frustre a condenação já exaustivamente determinada nas instâncias ordinárias, em que a ação penal tramitou e foi submetida à análise percuciente pelos órgãos competentes para análise dos fatos"[570]; i) a Emenda Constitucional n.º 45, ao condicionar a admissão do recurso extraordinário à demonstração da existência de repercussão geral, teria reforçado o entendimento de que a execução provisória da pena é compatível com o nosso sistema constitucional; j) o artigo 105 da Lei de Execução Penal diria respeito à expedição da guia de execução definitiva, e não haveria óbice legal à expedição de guia de recolhimento provisório antes do trânsito em julgado; k) a mera presunção não poderia se sobrepor ao juízo, "porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória".[571]

Votaram com o Relator os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e o então Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

2.3 Terceiro momento: HC n. 126.292/SP

Por fim, mais recentemente, o Pretório Excelso, já com a composição significativamente alterada, retomou o posicionamento inicial, embora com contornos um pouco distintos. Sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o HC n. 126.292/SP ficou assim ementado: "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal".[572]

Amparou-se o Relator, essencialmente, na constatação de que "é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado".[573] Com essa lógica, seria possível concluir que é no Tribunal de apelação que se concretiza o duplo grau de jurisdição e que, após o julgamento em segundo grau, há a inversão do princípio da presunção de inocência observado até então, dando espaço a um juízo de culpa. Esse, aliás, seria o raciocínio adotado

[570] *Ibid*., p. 1142 e 1143.
[571] *Ibid*., p. 1169.
[572] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 1.
[573] *Ibid*., p. 6.

no cenário internacional, pois, como anotado pela Ministra Ellen Gracie, "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema".[574]

Referiu-se o Ministro, ainda, à doutrina segundo a qual não há óbice legal ao tratamento do acusado de forma progressivamente mais gravosa. Vale transcrever, aqui, o trecho citado no voto, da autoria do Ministro Gilmar Mendes:

> Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.
> O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.
> Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam 'fundadas razões' - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.
> [...]
> Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.[575]

Insistiu o Relator, portanto, na alegação de que os recursos excepcionais não se prestam ao debate de matéria fático-probatória, bem como nas teses de que: a) a inserção da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário reforça a ideia de que, naquela via, a finalidade não é examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos; b) por não acarretarem a interrupção do prazo prescricional, os apelos extremos, "ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal"[576]; e c) nos casos de equívocos ocorridos nos juízos proferidos pelas instâncias ordinárias, "sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se

---

[574] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85.886/RJ. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 6.9.2005. DJ de 28.10.2005. p. 227.
[575] MATOS, Miguel. **Marco Aurélio Mello: ciência e consciência**. v. 2. São Paulo: Migalhas, 2015. *apud* BRASIL, *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, *op. cit.*, p. 7 e 8.
[576] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 18.

necessário, a execução provisória da pena"[577], tais como o deferimento de medida cautelar para a atribuição de efeito suspensivo aos recursos e a concessão da ordem de *habeas corpus*.

Seguiu-se com a manifestação do Ministro Edson Fachin, o qual, acompanhando o voto do Relator, asseverou não ser possível atribuir ao artigo 5º, LVII, da CF/88, caráter absoluto, "desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena".[578] Em suma, o julgador reafirmou a soberania das instâncias ordinárias na avaliação das provas e na definição das versões fáticas apresentadas pelas partes e a circunstância de que "o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade"[579], prestando-se apenas de forma reflexa à apreciação de situações de injustiças individuais.

Também acompanhando o voto do Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso apresentou os seguintes fundamentos jurídicos: a) o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não seria o trânsito em julgado da condenação, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; b) a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado não esvaziaria a presunção de inocência, porquanto "há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais [...] e os efeitos penais secundários [...]"[580]; c) a presunção de inocência, por se tratar de um princípio, estaria sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais, tais como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas, devendo adquirir peso gradativamente menor na medida em que o processo avança e as condenações ocorrem, pois o sacrifício que se impõe ao princípio seria superado pelo que se ganharia em efetividade e credibilidade da Justiça; d) após a condenação em segundo grau, a execução da pena constituiria exigência de ordem pública, como forma de assegurar a credibilidade das instituições.

Com a alegação de que a jurisdição constitucional tem uma inegável dimensão política, o citado Ministro utilizou-se, ainda, de alguns fundamentos de ordem pragmática, a saber: a) a execução provisória da pena contribuiria para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema

[577] *Ibid*., p. 19.
[578] *Ibid*., p. 21 e 22.
[579] *Ibid.*, p. 23.
[580] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 37.

de justiça criminal, pois ensejaria a redução do estímulo à utilização abusiva e protelatória da extensa gama de recursos previstos em nosso ordenamento jurídico; b) a execução provisória permitiria a diminuição da seletividade do sistema criminal, o qual, atualmente, possibilita que pessoas com mais recursos financeiros não cumpram a pena ou procrastinem por longo tempo a sua execução; e c) haveria uma quebra do paradigma da impunidade.

O primeiro voto divergente foi proferido pela Ministra Rosa Weber, que, registrando ter "alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte"[581], assim se pronunciou: "há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto".[582]

O Ministro Luiz Fux, retomando a orientação favorável à execução provisória da pena, sustentou a ocorrência de "uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade"[583]. Para tanto, utilizou-se desta argumentação:

> A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência.[584]

Outro fundamento contido em seu voto está relacionado à ideia já anteriormente trazida de trânsito em julgado de apenas alguns capítulos da decisão. Considerando que a análise do mérito da acusação e das provas se exaure nas instâncias ordinárias, seria possível entrever a ocorrência de coisa julgada já nesse momento.

---

[581] *Ibid.*, p. 55.
[582] *Ibid.*, p. 57.
[583] *Ibid.*, p. 58.
[584] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 58.

Expôs o Ministro, por fim, que "quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social [...], nesse caso, ela também fica disfuncional".[585]

Na sequência, a Ministra Cármen Lúcia, mantendo sua posição anteriormente adotada, sustentou que "as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas com o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais".[586] Aduziu, nesse sentido, que "o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado".[587]

Também nessa linha, mas revertendo seu posicionamento anterior, votou o Ministro Gilmar Mendes. Após reflexão a respeito da singularidade do sistema jurídico penal brasileiro, em que se admitem sucessivas impugnações mesmo depois da decisão de apelação, concluiu o constitucionalista que "esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária".[588] A isso, acrescentou que é preciso "reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas".[589] Apresentou, ainda, a seguinte dificuldade prática: o argumento de que a prisão antes do trânsito em julgado poderia ser decretada a título cautelar, como forma de garantir a ordem pública, não serviria, por exemplo, aos casos graves de homicídio, pois, não obstante a extrema gravidade que lhes pudesse caracterizar, não haveria como cogitar de uma possível repetição a justificar a custódia.

O segundo voto divergente coube ao Ministro Marco Aurélio, o qual, mantendo seu entendimento original, afirmou que o preceito constitucional ora em debate "não permite interpretações".[590] Asseverou, ainda, que "pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título"[591], o que não ocorreria na seara penal, pois, uma vez perdida a liberdade, não haveria como restituí-la.

---

[585] *Ibid*., p. 59.
[586] *Ibid*., p. 61.
[587] *Ibid*., p. 62.
[588] *Ibid*., p. 68.
[589] *Ibid*., p. 71.
[590] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 77.
[591] *Ibid*., p. 78.

O Ministro Celso de Mello, também conservando a orientação inicialmente adotada, proferiu a terceira divergência, consignando que a presunção de inocência "deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral".[592] Ressaltou que se mostra inadequada a comparação com a prática verificada em países como a França e os Estados Unidos, pois as Constituições ali existentes, "ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal".[593]

Completando quatro votos divergentes, o Ministro Ricardo Lewandowski reafirmou o seu entendimento de que o preceito constitucional é absolutamente taxativo, não admitindo interpretações. Destacou, ademais, a precariedade do sistema penitenciário brasileiro. Em sua visão, a admissão da execução provisória da pena implicaria o acréscimo de milhares de novos presos aos mais de duzentos mil presos provisórios hoje existentes no Brasil.

No ponto, discordou o Ministro Luiz Fux. Para ele, a modificação da jurisprudência do Supremo incentivaria a liberação dos presos provisórios e o recolhimento daqueles condenados em segundo grau.

Com a maioria de seis votos, em 15/12/2015, operou-se nova mudança jurisprudencial, a qual, até o presente momento, permanece em vigor.

3 Análise crítica

O que se percebe da exposição ora realizada é que, excluídos os argumentos de caráter infraconstitucional – pois, como destacado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, "interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário"[594] –, eventual óbice à execução provisória da pena no caso brasileiro decorreria de cinco aspectos principais: a) taxatividade do dispositivo constitucional; b) impossibilidade de reparação do indivíduo em caso de reforma da condenação; c) incompatibilidade com o regime democrático; d) existência de outro preceito

[592] *Ibid*., p. 84.
[593] *Ibid*., p. 88.
[594] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 39.

constitucional relativizando a presunção de inocência para fins de prisão somente na hipótese de flagrante; e e) incapacidade do sistema penitenciário brasileiro de receber novos presos.

Tais argumentos, porém, não resistem a uma análise mais aprofundada.

Corroborando o entendimento de que é taxativo o preceito constitucional, Gisela Gondin Ramos defende que,

> não obstante se tratar de um princípio, ele vem apresentado pelo dispositivo constitucional numa fórmula deveras objetiva, ou seja, até que haja o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, qualquer acusado é presumidamente inocente, e não poderá ser tratado como culpado. Ora, o trânsito em julgado é um fato concreto passível de constatação objetiva, de forma que a presunção de inocência, pelo menos neste aspecto em particular, atua, na prática, como verdadeira regra jurídica, uma vez que não permite um cumprimento gradual, ou a ponderação com os valores que professa.[595]

Contrariamente a essa percepção, Fernando Brandini Barbagalo sustenta que

> não há como aceitar que a presunção de inocência seja uma regra jurídica com normas a serem "sempre satisfeitas ou insatisfeitas", numa aplicação nos moldes da teoria do tudo ou nada (all or nothing), pois isso inviabilizaria qualquer tipo de persecução penal, "inconstitucionalizando", como afirmou Hassemer, toda e qualquer investigação (criminal ou administrativa) realizada pelo poder público.
> Por outro lado, verifica-se a (constante) interação entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve dar-se a repressão estatal ao crime. A situação fática e jurídica subordina a verificação da preponderância da presunção de inocência ou quando obterá maior densidade ou maior peso ao colidir com outras normas.[596]

Há que se ter em mente, ainda, que "as palavras expressam conceitos, que em geral são vagos ou plurissignificativos, e como o direito se expressa em palavras, é difícil dizer-se o que é e o que não é juridicamente correto".[597]

---

[595] RAMOS, Gisela Gondin. O princípio da presunção de inocência. **Interesse público**, v. 15, n. 77, p. 173-181, jan./fev. 2013. p. 181.
[596] BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015. p. 65.
[597] MACHADO, Hugo de Brito. Garantia constitucional da presunção de inocência e execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. **Interesse público**, v. 18, n. 99, p. 37-45, set./out. 2016. p. 37.

Antonio Magalhães Gomes Filho assim colocou a questão:

> Como observou Carrió, grande parte das divergências entre os juristas decorre da falta de clareza acerca de como devem ser interpretados certos enunciados que aparecem na teoria jurídica; isso ocorre, fundamentalmente, em razão do "significado emotivo" de certas palavras, pelo qual elas possuem a virtude de despertar atitudes de aprovação ou de desaprovação quando empregadas no discurso.
> A expressão "presunção de inocência", em face do que acabamos de expor, inclui-se certamente nessa classe, seja pelas peculiaridades do momento histórico em que foi inicialmente utilizada, seja por seu multiforme emprego nas legislações e pela diversidade de interpretações que tem propiciado, revelando, basicamente, um estado de ânimo em relação à repressão penal e ao acusado.[598]

Evidenciando essa problemática, Paulo Rangel diz que "a terminologia, presunção de inocência, não resiste a uma análise perfunctória".[599] Explica o autor que "o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Neste momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência".[600]

Com idêntico raciocínio, Barbagalo expõe que

> o enunciado do art. 5º, LVII, da Constituição, levado ao pé da letra, impede qualquer tipo de condenação, pois se ninguém pode ser considerado culpado "até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" e, sabemos todos que o juiz deve estar convicto ao pronunciar o decreto condenatório, logo, como condenar em primeira instância quem é considerado inocente até o trânsito em julgado?[601]

Como visto ao longo do presente estudo, não há consenso sobre o que é ser considerado culpado, tampouco acerca do momento em que se passa a admitir o início da execução da pena, justamente em razão da falta de definição legal.

---

[598] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 35.
[599] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 25.
[600] *Ibid.*, p. 25.
[601] BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015. p. 67.

Abre-se espaço, portanto, para a interpretação. Merece destaque, no ponto, a lição de Adriano Sant'Ana Pedra, segundo a qual "o processo interpretativo não é apenas cognitivo, mas fundamentalmente volitivo. No paradigma atual, [...] o que se tem é uma *atribuição* e não uma *descoberta* de um significado preexistente no enunciado linguístico".[602]

Surge, aí, a preocupação externada pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC n. 84.078/MG: "se resolvermos, politicamente - porque essa é uma decisão política -, que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o recurso extraordinário julgado por esta Corte, temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão".[603] E, com ela, os argumentos referentes à seletividade do sistema criminal, à efetividade da jurisdição penal, ao papel das instâncias extraordinárias no sistema jurídico penal brasileiro e às estatísticas de reforma ali alcançadas.

Em se tratando de uma decisão política, o embate parecer surgir no momento de definir o que será a regra e o que será a exceção. Um dos pontos de vista estabelece como regra a pronta execução da sentença condenatória, após o esgotamento das instâncias ordinárias, e como exceção a possibilidade de impetração de *habeas corpus* com o fim de suspender o decreto prisional, em hipóteses de erro grave ou de nulidade insanável. O ponto de vista contrário estabelece como regra a liberdade do indivíduo mesmo após o julgamento em segundo grau, e como exceção a possibilidade de decretação da prisão cautelar, quando se verifique risco à sociedade ou à aplicação da lei penal. Seria coerente perquirir, assim, qual procedimento ensejaria mais ganhos e menos prejuízos, considerando as expectativas da sociedade e as eventuais injustiças nos casos concretos.

Introduz-se, dessa forma, como não poderia deixar de ser, a ideia de proporcionalidade. Vale conferir, a propósito, a seguinte conclusão de Maurício Zanoide de Moraes:

> Demonstrou-se que todo direito fundamental que possua estrutura normativa de princípio, como é o caso da presunção de inocência, é restringível e que essa restrição pode advir ou de uma prisão legal infraconstitucional, ou de colisões entre ela e outras normas jurídicas (regras ou princípios). Porém, da mesma forma que não há direito absoluto, também não há restrição ilimitada. Para isso inseriu-se o importante papel que a proporcionalidade ocupa nessa

[602] PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 19, n. 74, p. 15-35, jan./mar. 2011. p. 16.
[603] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1136 e 1137.

> divisão de águas entre as intervenções constitucionalmente justificadas (restrições) e aquelas que não o são (violações).[604]

Importa destacar que o princípio da proporcionalidade, especialmente no âmbito penal e processual penal, possui dupla função: "De um lado, serve como um dos principais limites às restrições impostas aos direitos fundamentais (proibição do excesso), ao passo que, de outro, funciona como imperativo de atuação eficiente do Estado no desempenho de seus deveres de proteção (proibição da proteção deficiente)".[605]

No que se refere à impossibilidade de reparação do indivíduo na hipótese de reforma do título nas instâncias extraordinárias, há que se levar em conta os seguintes contra-argumentos: a) a prisão de caráter processual, amplamente admitida na doutrina e na jurisprudência, também acarreta esse risco; b) as chances de reforma da condenação nas ditas instâncias são bastante reduzidas, tendo em vista que o exame fático-probatório se exaure nas instâncias ordinárias, o que leva a crer que, após o julgamento da apelação, há elevado grau de certeza da culpabilidade do acusado; c) o acesso a tais instâncias se dá de forma excepcional, sobretudo no STF, em que há a exigência de repercussão geral da matéria, demonstrando que a finalidade precípua desses Tribunais não é a correção de injustiças em casos concretos; e d) havendo manifesta ilegalidade passível de ser reparada na via extraordinária, há instrumentos capazes de obstar a execução da pena até o pronunciamento da Corte Superior, a exemplo da medida cautelar para a atribuição de efeito suspensivo aos recursos e o *habeas corpus*.

Relativamente ao argumento da incompatibilidade com o regime democrático – dentro do qual se situaria a afirmação de que "um processo que permita execução provisória de pena, sem juízo definitivo de condenação e, o que releva, sem reconhecimento definitivo de culpa, decididamente pode ser legal, mas justo não é, e, não sendo justo, não é processo que atenda ao princípio constitucional"[606] –, vê-se que se trata de questão de foro íntimo, de convicção pessoal.

---

[604] MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 331.

[605] RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos garantistas: uma análise de legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. **Revista dos Tribunais**, v. 99, n. 899, p. 386-430, set. 2010. p. 423.

[606] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1165.

Não se pode negar, no entanto, que há certa contradição em se afirmar que o Supremo Tribunal Federal não inviabiliza a prisão cautelar por reconhecer "a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e a proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular"[607], e, ao mesmo tempo, entender que não pode ser admitida a custódia quando já exauridas as instâncias responsáveis pela prova da culpa do indivíduo.

Quanto ao conteúdo do artigo 5º, inciso LXI, da CF/88, como bem colocado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, é possível enquadrar o acórdão condenatório na exceção constitucional de prisão antes do trânsito em julgado "por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente". Segundo o julgador,

> o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa.[608]

Por fim, no que concerne à alegada incapacidade do sistema penitenciário brasileiro de receber novos presos, há que se indagar se, de fato, a admissão da execução provisória da pena provocaria o incremento no número total de presos, ou se, tal como expôs o Ministro Luiz Fux, os magistrados de primeiro grau adotariam uma postura mais criteriosa no momento de verificar a necessidade de decretação da prisão preventiva, levando a uma redução do número de presos provisórios, o que seria desejável, e dando espaço ao recolhimento de indivíduos com culpa já reconhecida.

Por mais que se queira atribuir à presunção de inocência o máximo de efetividade em termos de garantia do cidadão, não se pode olvidar o também relevante caráter instrumental do processo penal, no sentido de dirimir conflitos e aplicar punições. Como bem expôs Igor Nery Figueiredo,

> de par com esse objetivo designado de proteger o réu, os princípios fundamentais de natureza penal perseguem outro escopo de igual estatura. É que a leitura da Carta de 1988 conduz naturalmente à conclusão de que a

---

[607] *Ibid*., p. 1117.
[608] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 37.

> persecução penal é imprescindível no Brasil, exercendo, também ela, o papel de tutela de direitos fundamentais.[609]

A esse respeito, Fernando Barbagalo afirma que "o processo penal deve atender à sua finalidade instrumental, efetivando em tempo adequado a proposta penal".[610] Assevera, ademais, que, "em tempos de criminalidade crescente, com uma sociedade assustada, revela-se, cada vez mais, o problema nevrálgico do processo penal: equacionar as exigências comunitárias da repressão ao crime e a proteção da esfera das liberdades fundamentais".[611] Sobre os obstáculos existentes à efetivação dessa função instrumental, expõe que,

> diante da sistemática recursal brasileira aliada à interpretação atual, admitindo seguidos embargos de declaração e agravos regimentais, existe, como se viu, a possibilidade de protelar infinitamente o trânsito em julgado da decisão questionada para obter a prescrição intercorrente ou executória.[612]

Deve-se considerar, portanto, a sistemática recursal aqui adotada. Para além da extensa gama de recursos disponíveis, há que se observar, como bem destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, que as Cortes Excepcionais, da maneira como estruturadas no Brasil, não se prestam a dar respostas rápidas às demandas a elas submetidas.

Atento a essa realidade, o Supremo Tribunal Federal já vinha determinando, em alguns casos – quando, por exemplo, configurado o risco de prescrição ou utilizado o recurso com fins procrastinatórios –, a baixa dos autos para execução da sentença penal independentemente da publicação do acórdão ali proferido e da interposição de qualquer outra espécie recursal. E, nas palavras de Barbagalo, essas decisões autorizam a conclusão de que, mesmo antes da mudança de posicionamento operada com o julgamento do HC n. 126.292/SP, o STF já entendia que "a não ocorrência do 'trânsito em julgado da sentença penal condenatória' (art. 5º, LVII, CF/88) [...] não proíbe em absoluto a execução da sentença condenatória criminal".[613]

---

[609] FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 62.
[610] BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015. p. 35 e 36.
[611] *Ibid*., p. 36.
[612] *Ibid*., p. 102 e 103.
[613] BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015. p. 108.

É certo que não se pode pretender o início da execução da pena com inobservância da garantia do duplo grau de jurisdição. No Brasil, porém, "o duplo grau de jurisdição se esgota nos recursos cabíveis no âmbito da revisão, por uma única vez. O recurso especial para o STJ, e o extraordinário para o STF não se enquadram nessa garantia".[614] Com efeito, tais vias de impugnação "se restringem à manutenção da interpretação da legislação federal e hegemonia do texto constitucional, respectivamente, sem referência diretamente ao interesse das partes".[615]

Justamente por não ser o direito subjetivo da parte a finalidade dos recursos especial e extraordinário, não se admite o reexame das provas produzidas na origem, e, assim, poder-se-ia sustentar o trânsito em julgado da matéria fática já nessa fase.

Merece nota o fato de que, à época do julgamento do HC n. 84.078/MG, o Presidente do Supremo Tribunal Federal apresentou proposta de emenda constitucional com a finalidade de antecipar o marco que define o trânsito em julgado do processo judicial para a decisão dos Tribunais de segundo grau. À questão da impossibilidade de reparação do réu injustamente condenado na hipótese de reforma da sentença pelas Cortes Superiores, o Ministro respondeu que "os números mostram que não é o recurso extraordinário, mas o habeas corpus – que não seria atingido pela PEC –, o instrumento mais utilizado para reverter prisões ilegais".[616]

Importa destacar, ainda, que, no caso objeto do mencionado *writ*, após a interposição de sucessivos recursos (recurso especial, agravo contra a decisão de inadmissão do REsp, agravo regimental, embargos de declaração, embargos de divergência, novo agravo regimental, novos embargos de declaração), foi apresentada petição à Presidência do Superior Tribunal de Justiça requerendo o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o que foi deferido.

Vê-se, dessa forma, que a função instrumental do processo se encontra, atualmente, em razão da multiplicidade de recursos e de graus de jurisdição, bastante comprometida. Mas não apenas ela: também a função das Cortes Superiores se encontra banalizada. O estabelecimento do trânsito em julgado após o julgamento em duas instâncias, assim, seria medida que, "além de diminuir a quantidade de graus de jurisdição – contribuindo para o encurtamento do processo

[614] *Ibid*., p. 97.
[615] *Ibid*., p. 113.
[616] *Ibid*., p. 126.

e consequentemente para a efetividade do processo penal perante a sociedade –, melhoraria a qualidade dos provimentos apresentados pelos tribunais de superposição".[617]

Como bem colocado por Marco Aurélio Nogueira,

> mais importante que se apegar a modelos e sistemas jurídicos, importa que o processo esteja adaptado para melhor corresponder a uma justiça efetiva. Neste pensamento, a ideia de que a lide possa encontrar seu término definitivo logo na segunda instância não parece ruim, ainda mais em se tratando da matéria penal, cuja seriedade exige uma resposta judicial em prazo razoável.[618]

Por fim, tal como anotado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento de medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44, não há espaço, na presente discussão, para argumentações referentes à utilidade da pena privativa de liberdade na repressão ao crime:

> No âmbito da política criminal, por exemplo, há quem veja nos aparelhos repressores do Estado a panaceia para qualquer infração à lei, cuja solução é a violência estatal própria da prisão. Outros, diversamente, ao oposto, por pior que seja o crime cometido, pregam a extinção da pena privativa de liberdade, representativa de uma violência que julgam sempre irracional, desnecessária e ineficaz.
> [...] A Constituição, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos humanos. Deslegitimar o direito penal como um todo, com a devida vênia, não encontra guarida na Constituição. Há inúmeros dispositivos constitucionais que invocam expressamente a proteção penal.[619]

E, para refutar o argumento de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 126.292/SP, "sucumbiu aos anseios de uma criticável 'sociedade punitivista'"[620], o Ministro fez um apanhado de diversos casos emblemáticos em que o Brasil foi condenado pela Comissão

---

[617] NOGUEIRA, Marco Aurélio. A relação entre a multiplicidade de graus de jurisdição e a efetividade do processo penal. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 12, n. 21, p. 135-177, jul./dez. 2013. p. 172.
[618] *Ibid*., p. 167.
[619] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 5/10/2016. DJe 11/10/2016. p. 2 e 3.
[620] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 5/10/2016. DJe 11/10/2016. p. 6.

Interamericana de Direitos Humanos por ineficiência da proteção penal, a exemplo daquele que resultou na edição da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Concluiu o mesmo julgador que

> dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de solver casos concretos.[621]

Essa é a conclusão a que se chega neste estudo. Não há verdadeiro óbice à execução provisória da pena no caso brasileiro, e, dentro do espaço de conformação atribuído pelo artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, a melhor interpretação parece ser a que reconhece a excepcionalidade das funções desempenhadas pelas Cortes Excepcionais e que aponta o julgamento em segundo grau como o momento em que a condenação estará pronta para execução.

Conclusão

Como se pôde demonstrar, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 é dispositivo que, por sua amplitude conceitual, demanda a atuação do intérprete, e, nessa tarefa, consideradas as especificidades do nosso sistema jurídico, em especial a extensa gama de recursos disponíveis e a maneira como estruturadas as Cortes Excepcionais – o que não raras vezes leva à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva –, o melhor resultado parecer ser o de admitir a execução da pena após o julgamento em segundo grau, conforme o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, verificou-se que: a) o dispositivo constitucional não apresenta tanta clareza interpretativa, e, se interpretado literalmente, é inclusive incoerente; b) é necessário atribuir um significado ao preceito, podendo-se dizer que se trata de uma decisão política; c) as chances de reforma do título após o julgamento em segundo grau são reduzidas, porquanto já exauridas as instâncias responsáveis pela análise do mérito da acusação e das provas; d) o acesso às Cortes

[621] *Ibid*., p. 9 e 10.

Superiores se dá de forma excepcional, não sendo de sua competência a correção de injustiças em casos concretos; e) há instrumentos capazes de obstar a execução da pena em casos de manifesta ilegalidade, a exemplo do *habeas corpus*; f) há certa contradição em se afirmar que é possível a prisão cautelar para proteger os interesses da coletividade e, ao mesmo tempo, se entender que não pode ser admitida a prisão nos casos de culpa já reconhecida; g) é possível enquadrar a execução provisória na exceção constitucional de prisão antes do trânsito em julgado "por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente"; e h) há que se ter em conta o também relevante caráter instrumental do processo penal, o qual se encontra bastante comprometido com a sistemática recursal brasileira.

Sabendo que a jurisprudência estará sempre sujeita a revisões, como, aliás, já sinalizou o próprio Ministro Gilmar Mendes em entrevista concedida a jornalistas em 26/5/2017, espera-se, sobretudo, que, a partir das considerações trazidas com o presente estudo, possa haver maior reflexão a respeito do tema e, assim, maior firmeza na escolha do entendimento a ser aplicado, trazendo segurança jurídica aos jurisdicionados.

Referências

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. Brasília: TJDFT, 2015.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. **Fascículos de Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, n. 4, p. 25-29, out./dez. 1993.

BRANDÃO, João Pedro Pereira. A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 150-207, set./out. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 5/10/2016. DJe 11/10/2016.

_____. *Habeas Corpus* n. 68.726/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgado em 28.6.1991. DJ de 20.11.1992.

_____. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010.

_____. *Habeas Corpus* n. 85.886/RJ. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 6.9.2005. DJ de 28.10.2005.

_____. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 269-290, jan./fev. 2008.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado. **Revista de processo**, v. 28, n. 111, p. 290-305, jul./set. 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MACHADO, Hugo de Brito. Garantia constitucional da presunção de inocência e execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. **Interesse público**, v. 18, n. 99, p. 37-45, set./out. 2016.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. A relação entre a multiplicidade de graus de jurisdição e a efetividade do processo penal. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 12, n. 21, p. 135-177, jul./dez. 2013.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 19, n. 74, p. 15-35, jan./mar. 2011.

RAMOS, Gisela Gondin. O princípio da presunção de inocência. **Interesse público**, v. 15, n. 77, p. 173-181, jan./fev. 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos garantistas: uma análise de legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. **Revista dos Tribunais**, v. 99, n. 899, p. 386-430, set. 2010.

SILVA, Diogo Bacha e. Da mutação constitucional à living constitution: a hermenêutica constitucional entre a sintática e a pragmática jurídica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 10, n. 12, p. 113-131, jul./dez. 2012.

SILVEIRA, Paulo Fernandes. O princípio da inocência e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. **Revista Juris Plenum**, v. 6, n. 34, p. 85-102, jul. 2010.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREDIAL.

MANOELLA MARIA CAVALCANTI BASTO

RESUMO

A contratação terceirizada dos serviços de manutenção predial pela Administração Pública tem sido entendida de formas diferentes. Por vezes há indicação de postos de serviço em dias e horários pré-estabelecidos, outras vezes sendo contratada com serviços eventuais, por demanda. Exigências de licitação minimizadas e ausência de fiscalização do cumprimento de direitos trabalhistas são características encontradas nas contratação de serviços eventuais de manutenção predial diferentemente do que ocorre nas contratações por posto de serviço. Somente que a manutenção predial, em seu sentido amplo, refere-se a uma prestação de serviço de caráter permanente e natureza continuada, sendo executada por cargos extintos ou em extinção pela Administração Pública. Neste cenário, os aspectos de constatação de culpa *in elegendo* ou culpa *in vigilando*, norteadores da Justiça do Trabalho para imputação de responsabilidade subsidiária, ressaltam a importância de aprofundar conhecimento para o adequado planejamento e monitoramento na contratação de manutenção predial pelo ente integrante da Administração Pública. Por meio análise da Súmula 331-TST e da OJ-191-SBDI-I, observância de bibliografias jurídica e técnica, além de posicionamento de julgados da Justiça do Trabalho referente a assuntos correlatos, foi possível desenvolver entendimento mais sólido sobre o assunto, visando diminuir o risco de arcar com prejuízos financeiros advindos de uma responsabilização subsidiária trabalhista.

Palavras-chave: manutenção predial; eventuais por demanda; responsabilidade subsidiária;

ABSTRACT

Outsourced contracting of building maintenance services by the Public Administration has been understood in different ways. Sometimes service stations are offered on pre-established days and times, sometimes contracted with eventual services, on demand. Minimized bidding requirements and lack of enforcement of labor rights are characteristics found in the contracting of eventual property maintenance services, different from what happens when hiring by fixed service stations. Property maintenance, in its broad sense, refers to a service of a permanent aspect and continuous nature, being executed by positions that are extinct or in extinction by the Public Administration. In this scenario, the aspects of finding fault *in elegendo* or fault *in vigilando*, guiding principles of the Work Justice for imputation of subsidiary responsibility, emphasize the importance of increasing knowledge for the proper planning and monitoring in the contracting of property maintenance by the entity that is part of the Public Administration. From the analysis of Summary 331-TST and OJ-191-SBDI-I, observance of

legal and technical bibliographies, as well as the positioning of labor court judgments relative to the subject matter, it was possible to develop a more solid understanding on the subject, to reduce the risk of incurring financial losses arising from a subsidiary labor liability.

Keywords: building maintenance; eventual on demand; subsidiary responsibility

INTRODUÇÃO

Com o advento da terceirização de serviços pelos entes integrantes da Administração Pública veio também à necessidade de conhecimento sobre o tema, pelas áreas que formulam a instrução do processo de contratação, gestão e fiscalização de contratos de serviços com terceiros.

Os serviços de manutenção predial são um desses serviços terceirizáveis pela Administração Pública e a sua contratação tem sido entendida de formas diferentes pelo ente público, ora acontecendo contratações com indicação de posto de serviço, com dias e horários pré-estabelecidos, ora contratação de manutenção como serviços eventuais/por demanda, ora concomitantemente as duas situações na mesma contratação.

Somente que, tais formas de contratação têm apresentado características diferentes de instrução do processo para licitação e acompanhamento do contrato no tocante as obrigações trabalhistas dos empregados terceirizados. O que pode gerar falhas na seleção dos fornecedores durante o processo licitatório, além de falta ou falha da fiscalização do cumprimento desses direitos trabalhistas.

A constatação de falhas na licitação ou na fiscalização de serviços terceirizados referentes as obrigações trabalhistas do empregado terceirizado tem levado a Justiça do Trabalho a imputação de responsabilidade subsidiária do ente Público. Ficando evidente a necessidade de o ente público analisar formas adequadas de contratação dos serviços de manutenção predial.

Os contratos de manutenção predial chegam a custar milhões de reais por ano à Administração Pública. E, no caso de imputação de responsabilidade subsidiária pela Justiça do Trabalho, ocasionará ao ente público o pagamento dos direitos trabalhistas mais de uma vez, além da possibilidade de arcar com eventuais multas e indenizações.

Desde já, é preciso registrar o objetivo do estudo: examinar e indicar as melhores práticas a serem observadas pela Administração Pública no intuito de mitigar o risco trabalhista em processos de terceirização. A explicitação é relevante considerando o contexto de alterações legislativas por que passa o instituto ora debatido, em razão da recente promulgação da Lei nº 13.429/17 e a iminência de aprovação da reforma trabalhista. Não se examina, pois, a extensão do que pode ser objeto de terceirização, mas sim como a Administração Pública deve ser comportar no intuito de redução de riscos.

O Capítulo 1 deste trabalho traz o histórico legislativo que orientou a realização de terceirização no âmbito da Administração Pública. Em seguida, o Capítulo 2, aborda o conceito e a aplicação da responsabilidade subsidiária do ente público quanto ao inadimplemento de direitos trabalhistas do empregado terceirizado, além do conflito entre a Súmula 331-TST e o §1º do art. 31 da Lei 8.666/93, demonstrado pela Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no que tange à responsabilização. O Capítulo 3 analisa características técnicas dos serviços de manutenção predial, por meio do disposto pelo Conselho Federal de Engenharia e Agronomia e referenciado pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, além de apresentar formas mais usuais de contratação com a Administração Pública. O Capítulo 4 traz aspectos gerais trabalhistas referente a natureza esporádica da contratação de obras e se poderia haver similaridade com os serviços eventuais de manutenção predial. Por fim, o Capítulo 5 refere à análise que propõe medidas voltadas à diminuição do risco de imputação de responsabilização subsidiária nas contratações de manutenção predial pela Administração Pública.

O estudo da temática desta monografia buscou analisar que a forma de contratar a manutenção predial como serviços eventuais pode colaborar na imputação de responsabilização subsidiária ao ente público. Esta análise também agregará à Engenharia conhecimento necessário ao planejamento e execução de serviços que envolvem noções multidisciplinar/interdisciplinar, buscando evitar prejuízos públicos e privados, tanto por danos causados aos empregados terceirizados quanto com a responsabilização subsidiária do ente público.

A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O tema terceirização na Administração Pública é amplo, sendo que a abordagem deste trabalho se dará sob a perspectiva dos serviços que antes eram executados por profissionais integrantes de órgãos da própria Administração Pública. Portanto não é objetivo desse trabalho a análise das delegações referentes à convênio ou concessão de serviços públicos.

Observando bem o fato de que a terceirização no âmbito da Administração Pública seja de serviços, não devendo ser confundida com intermediação de mão de obra, o que se trata de ilegalidade, conforme Constituição da República Federativa do Brasil[622].

Como diferença substancial entre a contratação de empresa para a prestação de serviço especializado e a contratação tão somente de mão de obra, o *site* Genjurídico[623] aponta que a terceirização da prestação de serviço tem fundamentação legal. E em contrapartida, na contratação de mão de obra o que existe é o desvirtuamento do propósito da terceirização a favor de prática proibida de mercantilizar o trabalho humano. E que, portanto, ressalvados os

---

[622] BRASIL, Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 09/07/2017.

[623] GENJURÍDICO. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/04/13/terceirizacao-nao-e-intermediacao-de-mao-de-obra/> Acesso em: 24/06/2017

casos de contratação de mão de obra temporária, previstos na Lei[624] 6.019/74, o mero fornecimento de mão de obra não deve ser confundido com a terceirização de serviços.

Recentemente o Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão-MPOG publicou a Instrução Normativa-IN[625] 05/2017, conservando entendimento de que "o objeto da licitação será definido como prestação de serviços, sendo vedada a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra"

Di Pietro[626] em um de seus livros chamou a atenção para a terceirização ilegal, como contrato de fornecimento de mão de obra, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, à semelhança de contratações que aconteceram com o Estado de São Paulo "celebrados sob a fórmula de **prestação de serviços técnicos especializados.** De tal modo trazendo uma aparência de legalidade, mas que, assegura a autora, trata-se de prática contra a Constituição Federal do Brasil".

Por outro lado a terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública encontrou amparo legal como forma de se organizar e de descentralizar a execução de atividades por parte do Estado, a partir da vigência do Decreto[627] nº 200/67. Segundo o artigo 10 do diploma, deve-se buscar a execução de serviços de forma "amplamente descentralizada", o que demonstra, inclusive, certo juízo de valor por parte do legislador ao definir tal novo paradigma de organização. O que, por sua vez, é confirmado no parágrafo 7º do dispositivo, segundo o qual se propõe a evitar o crescimento "desmesurado da máquina administrativa".

Pode se dizer, com razoável segurança, que o paradigma da prestação de serviços no âmbito da Administração Pública sofreu uma importante alteração ao longo dos anos. Da perspectiva inicial, segundo a qual os serviços deveriam ser prestados diretamente pela própria Administração, ou seja, por seus servidores diretos, vive-se hoje a consolidação de um modelo de cooperação da Administração Pública com a iniciativa privada, por meio de contratos

---

[624] BRASIL, Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em 09/07/2017.

[625] BRASIL, Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, Instrução Normativa número 5, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-n-05-de-26-de-maio-de-2017---Hiperlink.pdf> Acesso em 09/07/2017.

[626] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 223 e 224.

[627] BRASIL. Decreto 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sôbre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm> Acesso em: 09/07/2017.

específicos para a realização de certas atividades, trata-se, segundo definiu Denise de Hollanda[628], da prevalência de uma ideia neoliberalista, voltada a restrição da atuação do Estado às suas atividades mínimas a ele inerentes.

A terceirização que no início era vista com desconfiança foi consolidando-se ao passar do tempo e tem sido aplicada aos contratos de prestação de serviços acessórios ou complementares à atividade-fim. Com o propósito de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, desobrigando-se da realização material de tarefas executivas.

Sobre a decisão de terceirizar serviços na Administração Pública Diogo Palau Flores dos Santos[629] traz a reflexão de que a decisão de "fazer" e "comprar" faz parte das relações estratégicas da empresa e constitui atribuições de um gestor, tanto público quanto privado, esclarecendo que a terceirização é a "decisão em se deixar que determinados fornecedores tomem conta de certas atividades que outrora eram feitas internamente pela empresa".

Entendimento correspondente também apresenta Sérgio Pinto Martins[630] quando coloca a terceirização como uma estratégia na forma de administração de empresas. Acrescenta também que a terceirização tem ajudado a contratante naquilo que "não tem condições de fazer ou que não quer fazer". O mesmo autor considera como "descarte de atividades não rendosas" a terceirização de atividade-meio pelas empresas.

Adeptos da terceirização consideram que ela favorece a redução de custo, ganho de produtividade, ganho de qualidade na prestação dos serviços. Isto porque traz característica de contratação de empresas especializada e, com isso, permitindo que se dedique mais a gestão estratégica e operacional com foco no próprio negócio.

Contudo a ideia de que a terceirização traria redução de custos é especialmente contestada por Rodrigo de Lacerda Carelli[631], quando traz à tona que a terceirização "implica necessariamente em exercício de atividade econômica por outra empresa, que pressupõe, logicamente, a busca de lucros". *O* escritor enfatiza que após o pagamento da mão de obra ainda haverá o lucro e os tributos a serem pagos à empresa terceirizada e que, portanto não teria como "obter, matematicamente, a redução de custos almejada". Outros dois aspectos relevantes na terceirização trazidas na mesma obra do autor é que os serviços prestados na terceirização poderiam ter mais qualidade e isso representa maior lucro e competitividade para a empresa tomadora dos serviços e que a redução de custo "só seria obtida pela precarização do trabalho humano, seja nas condições desse trabalho, seja no não pagamento de verbas trabalhistas".

---

628 LIMA, Denise de Hollanda Costa. **Terceirização na Administração Pública; As Cooperativas de Trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 61.

629 SANTOS, Diogo Palau Flores. **Terceirização de Serviços pela Administração Pública**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.19.

630 MARTINS, Sérgio Pinto, **A Terceirização e o Direito do Trabalho**, 7.ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2005. p. 20 e 23.

631 CARELLI, Rodrigo Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão de obra, ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**, Rio de Janeiro-São Paulo: RENOVAR, 2003. p. 02 e 03.

Sobre esse mesmo aspecto da terceirização o Diogo Palau Flores dos Santos[632] acrescenta que a ideia de terceirização está ligada a alocação "eficientemente os recursos públicos, pois reconhece que toda transação possui um custo", não sendo diferente para o Estado.

Apesar da dúvida acerca de haver ou não redução de custos, outro debate aparece com viés ainda mais urgente. Trata-se da limitação de quais atividades seriam possíveis de serem terceirizadas pelos órgãos integrantes da Administração Pública e que esta terceirização não representasse intermediação de mão de obra, na tentativa de lesar a obrigatoriedade de contratação por concurso público previsto no art. 37, inciso II da Constituição Federal do Brasil[633].

Em 1997, por meio do Decreto[634] 2.271, no art. 1º §1º, foram publicadas atividades da Administração Pública entendida como acessórias e que poderiam ser objeto de execução indireta no Âmbito da Administração Pública. Destaque para atividade de manutenção de prédios como atividade passível de execução indireta pelo Estado. O mesmo Decreto aponta ainda atividades que não poderiam ser objeto de execução indireta como é o caso das atividades das "categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal".

O art. 8º da Portaria[635] 409/16 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão-MPOG, trouxe novidade ao rol de vedações das atividades terceirizáveis pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Admitindo então, a execução indireta para as atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às atividades que envolvam tomadas de decisão, que sejam consideradas estratégicas, relacionadas ao poder de polícia, as de regulação, entre outras, desde que não haja transferência de responsabilidade.

---

632 SANTOS, op.cit. p.51.

633 BRASIL, Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09/07/2017.

634 BRASIL. Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm> Acesso em 09/07/2017.

635 BRASIL, Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, Portaria 409 de 21 de dezembro de 2016. Dispõe sobre as garantias contratuais ao trabalhador na execução indireta de serviços e os limites à terceirização de atividades, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas estatais federais controladas pela União. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/portarias/561-portaria-n-409-de-21-de-dezembro-de-2016> Acesso em 09/07/2017.

A proposta de descentralização do Estado foi reforçada pela Lei 9.632/98[636] quando legalizou a extinção de cargos da Administração Pública. Entre os cargos extintos, cita-se em anexo da referida lei: artífice de manutenção, artífice de hidráulica, assistente de manutenção, auxiliar de manutenção, artífice de carpintaria e marcenaria, ajudante de manutenção, entre outros profissionais que executavam serviços de manutenção predial para os entes da Administração Pública.

No *site* Cartaforense[637] Sergio Pinto Martins coloca que a terceirização em geral está passando por mudanças, como as propostas de alterações da Lei[638] 6.019/74, previstas no Projeto de Lei nº4.302-E, de 1998, que foi aprovado pelo Congresso Nacional em março de 2017. Para essa nova realidade o autor coloca que o projeto pode ser aperfeiçoado, mas não parece que o projeto seja ruim, pois trata de assuntos importantes como "capital mínimo, responsabilidade subsidiária, mesma remuneração da empresa tomadora do trabalho temporário, etc.". Lembra ainda que a adesão à terceirização apresenta escala mundial e que "fraudes na terceirização sempre existiram", mas ressalta que a solução não é eliminar a terceirização, mas combater e não tolerar tais fraudes.

As mudanças trazidas na Lei[639] 13.429/17 procuram ampliar os limites da contratação do trabalho temporário o que traz reflexos no âmbito da iniciativa privada quanto à geração de vínculo, sendo que esse aspecto não atingindo diretamente a Administração Pública, onde a geração de vínculo somente ocorre por meio de ingresso por concurso público.

Apesar de não gerar vínculo empregatício com o ente público há a possibilidade de equiparação de verbas trabalhistas na hipótese de inobservância, pela Administração, dos limites do que pode ser objeto de terceirização. Tal entendimento é sedimentado na Orientação Jurisprudencial 383 SBDI-I do TST[640], que invoca a busca pela isonomia e no combate a precarização do trabalho humano.

---

[636] BRASIL. Lei 9.632, de 7 de maio de 1998. Dispõe sobre a extinção de cargos no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1998-2000/anexo/AnL9632-98.pdf>. Acesso em 09/07/2017.

[637] CARTAFORENSE, Sérgio Pinto Martins. Disponível em < http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/projeto-de-lei-de-terceirizacao/17480 > Acesso em 16/04/2017.

[638] BRASIL. Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm> Acesso em: 09/07/2017.

[639] BRASIL. Lei 13.429 de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm> Acesso em: 09/07/2017.

[640] BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Orientações Jurisprudenciais, número 353. Tribunal Pleno/Órgão Especial SBDI-I. Equiparamento Salarial. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA383>. Acesso em: 24/06/2017.

No site Genjurídico[641] coloca a redução do "nível remuneratório" como fator recorrente entre empregados terceirizados em virtude das diferenciações de enquadramento sindical das categorias profissionais. A menos que a empresa terceirizada seja do mesmo ramo econômico que a empresa contratante (tomadora dos serviços), não se aplicaram os benefícios advindos de normas coletivas, pois os enquadramentos serão diferentes.

Em síntese, é de se verificar que a terceirização no âmbito da poder público constitui matéria densa e de múltiplas especificidades. Seu estudo e planejamento são fundamentais para uma melhor tomada de decisão. Devendo haver um monitoramento e melhoramento permanente para uma alocação eficiente de recursos. Denise de Hollanda[642] traz reflexão importante sobre a importância de conhecer o que se pretende terceirizar por meio de estudos, apurações, análises acerca do caso concreto, considerando que "[...] não se tata de optar segundo convicções ou predileções pessoais. É imprescindível conhecer–se o perfil jurídico, econômico administrativo da solução (terceirizar)[...]". A autora aponta ainda que "tais cuidados não são excessivos, mas necessários para que não gere responsabilização do gestor público por alocação ineficiente de recursos públicos."

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No sistema mais tradicional a organização do trabalhado se dá de forma bilateral, isto é, entre o empregado e o empregador, contudo na terceirização há a ruptura dessa relação bilateral de trabalho, onde as partes envolvidas não são mais somente o empregado e empregador. Apresenta-se agora uma nova estrutura de trabalho, apoiada em uma relação trilateral, isto é, relação entre o tomador dos serviços, a empresa prestadora de serviço e o empregado da prestadora de serviço.

Essa relação trilateral de trabalho possui regras visando tornar legítima a relação, como se passa com aspectos relativos à subordinação e pessoalidade dos empregados da empresa prestadora de serviços ao tomador de serviço. Igualmente, visa a que, os serviços a serem terceirizados estejam em condições passíveis de terceirização conforme embasamento legal e jurisprudencial. Contudo, mesmo em se tratando de terceirização regular, existem ainda outras indagações de efeitos jurídicas decorrente dessa relação de trabalho trilateral. Destaca-se o fato do empregado da prestadora de serviços verem violados seus direitos trabalhistas, e ainda, a tomadora de serviços, tanto pública quanto privada, alegando não ter responsabilidade alguma sobre o ocorrido.

A responsabilização da tomadora de serviço ao inadimplemento de direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora de serviço encontra amparo no art. 455 da CLT[643] , quando prevê responsabilização solidária, mas somente aplicável aos casos de subempreitada.

---

641 GENJURIDICO. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/04/13/terceirizacao-nao-e-intermediacao-de-mao-de-obra/>. Acesso em: 09/07/2017.

642 LIMA, op. cit. p.16

643 BRASIL, Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

Sobre a responsabilização solidária Sergio Pinto Martins[644], coloca que ela não se presume, mas decorre de lei ou de vontade entre as partes, Explica que na responsabilidade solidária a quantidade de credores ou devedores pela obrigação é irrelevante, pois o direito ao crédito recai em sua totalidade como único credor e a obrigação pelo débito atingem a cada devedor como único devedor. O jurista distingue responsabilidade solidária da subsidiária acrescentando que, no caso da responsabilidade subsidiária, "se o devedor não pagar a dívida, paga o responsável secundário, subsidiário".

A Justiça do Trabalho buscando reprimir fraudes à legislação trabalhista e promover relações de trabalhos mais equilibradas e justas, firmou especial atenção a esta relação trabalhista triangular entre o tomador de serviços, o prestador de serviços e o empregado. Em 1993, por meio da Súmula[645] 331, o Tribunal Superior do Trabalho previu responsabilização subsidiária da tomadora de serviço pelo não cumprimento de obrigações trabalhistas devidas ao empregado, por parte da empresa prestadora de serviços.

O entendimento do TST presente na Súmula 331 gerou questionamentos vindos de várias partes. O autor Diogo Palau Flores dos Santos[646] colocou que a terceirização busca a alocação eficiente dos recursos e com isso questiona se poderia então a Administração Pública ser responsável pelo inadimplemento de direitos trabalhistas do prestador de serviço. Ele chama para discussão do tema, colocando a contradição de que tal imputação de responsabilidade geraria custos à Administração.

Favorável ao entendimento da Súmula 331-TST, o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região[647] –0219800-83.2011.5.17.0151 – Recurso Ordinário, apresentou Acórdão demonstrado que o entendimento da Súmula 331-TST está alinhado com o entendimento de direitos humanos, a função social do trabalho e a responsabilização de todos que se valeram do trabalho, destacando que a responsabilização subsidiária do tomador de serviço por eventual inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora não tem o objetivo de agir despropositadamente contra o réu subsidiário, mas sim garantir os direitos do trabalhador que cumpriu com suas obrigações de prestação de serviços e que é a parte mais frágil na relação de trabalho.

Correlacionando a Teoria do Risco-Proveito (*Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet)* e o descumprimento de obrigações trabalhistas devidas ao empregado por parte da empresa prestadora de serviços, tem-se que, quem auferiu o bônus do serviço prestado foi o tomador dos serviços, não cabendo então, ao empregado, o ônus de débitos trabalhistas.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 09/07/2017.

644 MARTINS, op.cit. p.138.

645 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 331. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf> Acesso em 09/07/2017.

646 SANTOS, op. cit. p. 76

647 BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, Acórdão 17ª Região, Recurso Ordinário. Disponível em: < https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/419217372/recurso-ordinario-ro-21980083201151701 51/inteiro-teor-419217377 >. Acesso em 01/05/2017

Segundo o TST[648] "no processo de terceirização, a empresa tomadora do serviço assume o risco de responder pelos danos causados ao trabalhador, no caso de inadimplência da prestadora".

Mas o questionamento mais contundente contra o entendimento da Súmula 331-TST veio por parte do Governo do Distrito Federal quando, em 07/03/2007, ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade-ADC nº16, baseado no disposto pelo art.71 da Lei[649] 8.666/93. Neste citado artigo da lei de licitações o legislador deixa explícito, entre outros, que a "inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento".

A ADC nº16 foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal-STF em 24/11/2010 e, apesar de declarar constitucional o art.71 da Lei 8.666/93, não desfez o entendimento do TST, mas condicionou sua aplicação. Em notícia divulgada no *site* do STF[650] sobre o julgamento da ADC 16 o plenário do STF em votação majoritária, declarou a constitucionalidade do §1 do art.71 da Lei 8.666/93. Esta mesma notícia ainda trouxe o entendimento de que a Justiça do Trabalho reconheça a responsabilidade do ente da Administração Pública, não de maneira generalizada, mas quando demonstrada a falta ou descuido em aferir se a empresa contratada é idônea e se cumpre com obrigações trabalhistas.

Acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADC nº16, esclareceu o TRT da 17ª Região, por meio do Acórdão – TRT 17ª Região[651] –0219800-83.2011.5.17.0151 – Recurso Ordinário apresentou mesmo entendimento no tocante que o TST não generalizasse os casos de responsabilização subsidiária "repelindo a aplicação 'automática' de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, pela só constatação de inadimplemento dos direitos laborais pela empresa contratada", devendo examinar a falta ou falha na fiscalização do ente público quando a atribuição de licitar e fiscalizar de forma eficaz.

Com o julgamento da ADC nº 16 pelo STF, houve ajuste na redação da Súmula 331-TST trazendo, de maneira mais clara, que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente caso evidenciada a conduta culposa especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. A seguir têm-se os incisos IV, V e VI destacados da Súmula 331-TST:

> **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011,**

---

[648] BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Notícias 13 de março de 2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/responsabilidade-subsidiaria-so-pode-ser-reconhecida-se-houver-culpa-do-ente-publico/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print> Acesso em 09/04/2017.

[649] BRASIL, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em 09/07/2017.

[650] BRASIL, Superior Tribunal Federal, Notícias STF, de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785> Acesso em 21/04/2017.

[651]BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, Acórdão 17ª Região, Recurso Ordinário. Disponível em: < https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/419217372/recurso-ordinario-ro-21980083201151701 51/inteiro-teor-419217377>. Acesso em 01/05/2017

> **DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011**
> [...]
>
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
>
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
> [...]

Do enunciado do inciso V da Súmula 331-TST tem-se que a responsabilidade subsidiária será imputada ao ente integrante da Administração Pública quando ficar evidenciada a conduta culposa, especialmente na fiscalização, referente ao cumprimento das obrigações contratuais e legais trabalhistas.

Apesar de não citar explicitamente a culpa do ente público por falhas no momento da licitação para contratação de serviços, na prática a Justiça do Trabalho tem avaliado se há evidência de duas culpas por parte do ente integrante da Administração Pública, as chamadas culpa "*in vigilando*", isto é, a falta de acompanhamento, por parte da fiscalização, sobre o cumprimento dos direitos trabalhistas, e a culpa "*in eligendo",* isto é, a culpa pela má escolha no momento da licitação.

No tocante a culpa *"in eligendo",* Patrícia Oliveira Lima Pessanha[652] pontua que o serviço foi prestado em favor do tomador e que este pode ser chamado a arcar com o ônus, colocando como importante e necessária a verificação de idoneidade da empresa prestadora de serviço e se a mesma obedece as suas obrigações trabalhistas, ainda na fase anterior ao contrato. A autora então completa que "tal entendimento tem relação com a chamada culpa *in eligendo*, ou seja, a culpa na escolha. Se a tomadora de serviços escolheu mal a empresa com a qual contratou a prestação de serviços, arcará com o ônus desta infeliz escolha"

Em um julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região[653] apresentou-se entendimento de que a responsabilidade subsidiária do ente público apesar de não ser "primária", isto é, solidária, ela é "inarredável responsabilidade indireta ou subsidiária, por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*". Discorrendo, inclusive, de que a característica da culpa *in eligendo* se dá pela escolha da prestadora de serviços sem condições de arcar com custos financeiros referentes aos direitos trabalhistas dos empregados.

---

[652] PESSANHA, Patrícia Oliveira em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7255> Acesso em 30/04/2017

[653]BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, Acórdão 17ª Região, Recurso Ordinário, em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/419217372/recurso-ordinario-ro-21980083201151701 51/inteiro-teor-419217377>. Acesso em 01/05/2017

Por fim o próprio TST[654] esclarece que a tomadora dos serviços assume o risco por eventuais danos causado ao trabalhador quando constatados a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando* no descumprimento de obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviço.

CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA MANUTENÇÃO PREDIAL

A Associação Brasileira de Normas Técnica-ABNT, por meio da NBR 5674:2012[655], traz a seguinte definição: "o serviço de manutenção predial é a intervenção realizada na edificação e seus sistemas, elementos constituintes". Sendo o exercício desta atividade regulado pela Lei[656] nº 5.194/66, por meio de resoluções do CONFEA-Conselho Federal de Engenharia e Agronomia. A Resolução CONFEA[657] nº218/73 diz que o desempenho das atividades de condução de equipe de operação, reparo ou manutenção de edificações, a operação ou reparo em edificações, a manutenção de instalações referentes a edificações, entre outras, são atividades competente a algumas determinadas modalidades profissionais de Engenharia.

Na Administração Pública os serviços de manutenção predial eram executados por cargos que, atualmente, estão em extinção e que se apresentam como passíveis de terceirização, conforme disposto do Decreto[658] 2.271/97. Também é comum que os contratos de manutenção predial sejam considerados contratos de necessidade continuada, cuja duração poderá alcançar 60 meses, conforme permitido no inciso II, art. 57 da Lei[659] 8.666/93.

---

654 BRASIL Tribunal Superior do Trabalho, Notícias de 13 de março de 2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/responsabilidade-subsidiaria-so-pode-ser-reconhecida-se-houver-culpa-do-ente-publico/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print > Acesso em 09/04/2017.

655 ABNT, Norma Brasileira NBR 5674-- Manutenção de Edificações de 25 de julho de 2012, Introdução. p vi.

656 BRASIL, Lei 5.194, de 24 de dezembro de 1966. Regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5194.htm> Acesso em 09/07/2017.

657 BRASIL, Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, Resolução 218, de 29 de junho de 1973. Disponível em: < http://normativos.confea.org.br/ementas/lista_ementas.asp> Acesso em:09/07/2017.

658 BRASIL. Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm> Acesso em 09/07/2017.

659 BRASIL, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em 09/07/2017.

Segundo a ABNT[660] a manutenção predial deve ser entendida como uma atividade permanente de monitoramento e reparos no desempenho de sistemas prediais e seus componentes com vistas a garantir segurança aos usuários e a não deterioração do valor patrimonial da empresa. A esse respeito a ABNT destaca que:

> É inviável, sob o ponto de vista econômico, e inaceitável, sob o ponto de vista ambiental, considerar que as edificações como produtos descartáveis, passíveis de simples substituição por novas construções...Isso exige que a manutenção das edificações sejam levada em conta tão logo elas sejam colocadas em uso.
> [...]
> Significando custo relevante na fase de uso da edificação, a manutenção não pode ser feita de modo improvisado, esporádico ou casual. Ela deve ser entendida como um serviço técnico perfeitamente programável e como um investimento na preservação do valor patrimonial.

Na grande maioria das vezes as atividades de manutenção predial são reunidas em dois grupos, a saber: a manutenção predial preventiva e a manutenção corretiva. A manutenção predial preventiva apresenta características de monitoramento das instalações e sistemas prediais, por meio de rotinas periódicas e regulares. A manutenção predial corretiva refere-se às atividades eventuais de reparos em sistemas e instalações prediais, que ocorrem por demanda através de ordens de serviço-OS, cujas quantidades e prazos são imprevisíveis.

As características elencadas acima impactam diretamente no planejamento, orçamentação e fiscalização dos serviços de manutenção predial.

Por vezes, nos serviços de manutenção predial, as contratações realizadas pelos integrantes da Administração Pública são planejadas para serem utilizados postos de serviço. Por definição entende-se como posto de serviço o disposto pela Instrução Normativa IN[661] 18/97-MPOG, onde coloca posto de serviço como sendo "unidade de medida da prestação de serviços, caracterizado pelo período durante o qual o posto deverá ser guarnecido por pessoas qualificadas para o desempenho das tarefas". Nas contratações com indicação de posto de serviços a mão de obra é residente nas edificações do ente público, com dias e horários pré-estabelecidos.

Outras vezes as contratações de manutenção predial são planejadas para serviços eventuais, por demanda. Neste caso não há indicação de carga horária em posto de serviço, mas também são executados em edificações da Administração Pública. Por fim, há situações em que uma mesma contratação contempla-se posto de serviço conjuntamente com serviços eventuais.

Segundo um levantamento realizado pelo Tribunal de Contas da União-TCU e mostrado no Encontro com o Controle Externo – Governança e Gestão das Aquisições - Ciclo

---

[660] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, Norma Brasileira NBR 5674-- Manutenção de Edificações de 25 de julho de 2012, Introdução. p vi.
[661]BRASIL, Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, Instrução Normativa número 18, em 22 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in18_97.htm>. Acesso em 17/07/2017.

2016, a contratação dos serviços de manutenção predial pela Administração Pública tem se apresentado nas diferentes formas, conforme figura abaixo:

Figura 1- Modelos de contratos de Manutenção Predial identificados na fiscalização do TCU

Fonte: Tribunal de Contas da União[662]

No primeiro e segundo casos, os contratos são planejados para possuírem "POSTOS DE TRABALHO" ou contemplando "POSTOS DE TRABALHO MAIS MATERIAIS". Estes casos dizem respeito à contratação de serviços de manutenção predial executada por empregados da prestadora de serviços com indicação de dia e horário em postos de serviço (mão de obra residente) e em locais indicados pelo ente público. A apresentação de proposta orçamentária na licitação acontece por meio de indicação dos custos inerentes à execução dos serviços, tais como: materiais, mão de obra e referente ao uso de equipamentos. Somente que, nestes custos, ocorrerá o detalhamento do custo da mão de obra mensalista, adotando-se comumente o modelo de Planilha de Custo e Formação de Preço-PCFP conforme IN nº02/2008, atualizada recentemente pela IN 05/2017-MPOG. Nesta PCFP haverá informações do tipo: salário base da categoria, existência de adicional de periculosidade ou de insalubridade, custo com equipamento de proteção individual, custo de vale transporte, auxílio alimentação.

No tocante à fiscalização de tais contratos é comum que contemplem obrigações para a contratada comprovar pagamento de salário em prazo previsto em lei, recolhimento do

[662] BRASIL, Tribunal de Contas da União. Governança e Gestão das Aquisições - Encontro com o Controle Externo – Ciclo 2016, em 13 de setembro de 2016. Brasília, p.7. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiJwpf8uIzVAhXFiJAKHS8eCdYQFggqMAE&url=http%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Flumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A1586DDA14015873326E5D60E1&usg=AFQjCNGDSENy7SxnfPi0C1BeXDW3T04bmg> Acesso em: 15/07/2017.

FGTS por parte da empresa prestadora de serviço, pagamento de benefícios concedidos em acordo ou convenção coletiva de trabalho, entre outras.

No terceiro caso, os contratos de "SERVIÇOS" são também conhecidos como contratações de serviços eventuais. Neste caso os contratos de manutenção predial são planejados para serem executados quando houver demanda, e sem indicação prévia dia ou carga horária em postos de serviço. A apresentação de proposta orçamentária na licitação ocorre por meio de composição de custo por unidade de serviço, a partir de valores de matérias, equipamentos e mão de obra horista, isto é, sem detalhamento do custo da mão de obra. Estes orçamentos de serviços eventuais não contemplam informações como o salário normativo da categoria, adicional de insalubridade e periculosidade, entre outros.

Nas contratações de manutenção predial por meio de serviços eventuais não se observa a existência de fiscalização sobre obrigações trabalhistas, conforme colocado na apresentação do TCU, indicada acima.

E por fim o quarto caso, onde são os contratos planejados para possuírem "POSTOS DE TRABALHO MAIS MATERIAIS E SERVIÇOS", isto é, ocorrem conjuntamente, na mesma contratação, os casos dois e três citados acima. No caso desta contratação conjunta a execução dos serviços de manutenção predial se compõe a partir de dois grupos de serviços, um grupo de serviços que será executado por profissionais em posto de serviço (mão de obra residente) e outro grupo de serviços, conhecido como serviços eventuais, por demanda, executados normalmente por outros profissionais que não são os residentes.

A apresentação de proposta orçamentária na licitação para a contratação de "SERVIÇOS", também é dividida em duas partes, uma parte trazendo o detalhamento do custo da mão de obra que é o caso da orçamentação do grupo dos serviços executados pelos profissionais mensalistas em posto de serviço, e a outra parte da orçamentação referente aos serviços eventuais, desenvolvido a partir de composição unitária do serviço sem detalhamento de custo com a mão de obra. As diferenças também alcançam a fiscalização das obrigações trabalhistas, sendo, por vezes, ausente para os profissionais que executam os serviços eventuais e uma fiscalização presente, para os profissionais residentes em postos de serviço. Com isso, nas contratações de manutenção predial havendo postos de serviço conjuntamente com serviços eventuais, ter-se-ia a seguinte situação: profissionais indicados em postos de serviços, possuindo bem mais garantidos que fossem cumpridos seus direitos trabalhistas, do que o trabalhador que executa os serviços eventuais.

Para ilustrar melhor o que seria o detalhamento dos custos da mão de obra mensalista, serão ilustrados a seguir, os cinco módulos indicados na Planilha de Custo e Formação de Preço- PCFP, constante no Anexo VIII-D da IN 05/2017:

Figura 2 - Composição da Remuneração

Módulo 1 - Composição da Remuneração

1	Composição da Remuneração	Valor (R$)
A	Salário-Base	
B	Adicional de Periculosidade	
C	Adicional de Insalubridade	
D	Adicional Noturno	
E	Adicional de Hora Noturna Reduzida	
F	Adicional de Hora Extra no Feriado Trabalhado	
G	Outros (especificar)	
Total		

Fonte: Portal de Compras_ Governo Federal[663]

No Módulo 1 –Composição da Remuneração - a alínea "A" solicita informar o salário base da categoria com o objetivo de atender a Acordo ou Convençao Coletiva de Trabalho. As alíneas "B" e "C" solicitam informar a incidência de adicional de periculosidade ou insalubridade, permitindo aferir dispositivos constantes em Normas Regulamentadoras de Trabalho em sua proposta econômica.

Ao final do Módulo 1 – Total da composição da remuneração – é possível que o ente da Administração Pública, possa aferir o cumprimento dos incisos §§ 1º, 2º, 3º do art. 457 e o art. 458 da CLT[664].

Figura 3 – Encargos e Benefícios. 13º salário, férias e adicional de férias.

Módulo 2 - Encargos e Benefícios Anuais, Mensais e Diários

Submódulo 2.1 - 13° (décimo terceiro) Salário, Férias e Adicional de Férias

2.1	13° (décimo terceiro) Salário, Férias e Adicional de Férias	Valor (R$)
A	13° (décimo terceiro) Salário	
B	Férias e Adicional de Férias	
Total		

Fonte: Portal de Compras_ Governo Federal[665]

[663] BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Modelo de Planilha de Custo e Formação de Preço, Anexo VII-D da Instrução Normativa, número 5 de 26 de maio de 2017. p.56. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/ANEXO-IN-N-05.pdf> Acesso em 15/07/2017.

[664] BRASIL, Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 09/07/2017.

[665] BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Modelo de Planilha de Custo e Formação de Preço, Anexo VII-D da Instrução Normativa, número 5 de 26 de maio de 2017. p.56. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/ANEXO-IN-N-05.pdf> Acesso em 15/07/2017.

No Módulo 2, submódulo 2.1 as alíneas "A" e "B" solicitam informar o provisionamento ao trabalhador de direitos trabalhistas referentes a 13º salário, férias e adicional previstos na CLT[666] e a Lei[667] 4.090/62.

Figura 4 – Encargos e Benefícios. Encargos Previdenciários, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e outras contribuições.

Submódulo 2.2 - Encargos Previdenciários (GPS), Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e outras contribuições.

2.2	GPS, FGTS e outras contribuições	Percentual (%)	Valor (R$)
A	INSS	20,00%	
B	Salário Educação	2,50%	
C	SAT		
D	SESC ou SESI	1,50%	
E	SENAI - SENAC	1,00%	
F	SEBRAE	0,60%	
G	INCRA	0,20%	
H	FGTS	8,00%	
Total			

Fonte: Portal de Compras_ Governo Federal[668]

No Módulo 2, submódulo 2.2 as alíneas deste módulo solicitam informar o provisionamento ao trabalhador acerca de recolhimento do INSS e FGTS, visando atender a Lei[669] 8.213/91 e a Lei[670] 8.036/90, entre outros.

Figura 5 – Encargos e Benefícios. Benefícios Mensais e Diários.

Submódulo 2.3 - Benefícios Mensais e Diários.

2.3	Benefícios Mensais e Diários	Valor (R$)
A	Transporte	
B	Auxílio-Refeição/Alimentação	
C	Assistência Médica e Familiar	
D	Outros (especificar)	
Total		

666 BRASIL, Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 09/07/2017.

667 BRASIL, Lei 4.090 de 13 de julho de 1962. Institui a Gratificação de Natal para os Trabalhadores. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4090.htm> Acesso em: 09/07/2017.

668 BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Modelo de Planilha de Custo e Formação de Preço, Anexo VII-D da Instrução Normativa, número 5 de 26 de maio de 2017. p.56-57. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/ANEXO-IN-N-05.pdf> Acesso em 15/07/2017.

669 BRASIL, Lei 8.213 de 24 de julho de 1992. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 09/07/2017.

670 BRASIL, Lei 8.036 de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm> Acesso em 09/07/2017.

Fonte: Portal de Compras_ Governo Federal[671]

No Módulo 2, submódulo 2.3 – Benefícios Mensais e Diários - a alínea "A" solicita informar o valor pecuniário conforme prevê o inciso III §2º do art.458 da CLT[672]. As demais alíneas apresentam benefícios que podem ser previstos ou não em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho.

Figura 6 – Provisão para Rescisão.

Módulo 3 - Provisão para Rescisão

3	Provisão para Rescisão	Valor (R$)
A	Aviso Prévio Indenizado	
B	Incidência do FGTS sobre o Aviso Prévio Indenizado	
C	Multa do FGTS e contribuição social sobre o Aviso Prévio Indenizado	
D	Aviso Prévio Trabalhado	
E	Incidência dos encargos do submódulo 2.2 sobre o Aviso Prévio Trabalhado	
F	Multa do FGTS e contribuição social sobre o Aviso Prévio Trabalhado	
Total		

Fonte: Portal de Compras_ Governo Federal[673]

No Módulo 3, as alíneas solicitam informar o provisionamento ao trabalhador de direitos trabalhistas diversos, referente a rescisão do contrato de trabalho, visando atender a dispositivos legais, como o art.477 da CLT[674] e o art. 18 da Lei[675] 8.036/90.

Figura 7 – Custo do Profissional Ausente. Ausências Legais

Módulo 4 - Custo de Reposição do Profissional Ausente

---

671 BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Modelo de Planilha de Custo e Formação de Preço, Anexo VII-D da Instrução Normativa, número 5 de 26 de maio de 2017. p.57. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/ANEXO-IN-N-05.pdf> Acesso em 15/07/2017.

672 BRASIL, Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 09/07/2017.

673 BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Modelo de Planilha de Custo e Formação de Preço, Anexo VII-D da Instrução Normativa, número 5 de 26 de maio de 2017. p.57-58. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/ANEXO-IN-N-05.pdf> Acesso em 15/07/2017.

674 BRASIL, Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 09/07/2017.

675 BRASIL, Lei 8.036 de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm> Acesso em 09/07/2017.

Submódulo 4.1 - Ausências Legais

4.1	Ausências Legais	Valor (R$)
A	Férias	
B	Ausências Legais	
C	Licença-Paternidade	
D	Ausência por acidente de trabalho	
E	Afastamento Maternidade	
F	Outros (especificar)	
Total		

Fonte: Portal de Compras_ Governo Federal[676]

No Módulo 4, submódulo 4.1 – Ausências Legais – as alíneas deste submódulo solicitam informar o provisionamento referente a custos de reposição do empregado ausente quando este precisar se ausentar em situações previstas em lei, permitindo ao ente da Administração Pública avaliar, já na apresentação da proposta de preço da licitação, se a empresa prestadora de serviço provisionou custos, em sua proposta econômica, visando a dispositivos legais como tais como a arts. 129, 130, 131, 473 da CLT[677], arts. 7º e 10º da Constituição Federal[678]

Módulo 4, submódulo 4.2 – Intrajornada – esta alínea solicita informar o provisionamento referente ao custo de reposição do empregado terceirizado em seu intervalo de repouso ou alimentação, quando necessitar que ele seja reposto.

Figura 8 – Custo do Profissional Ausente. Intrajornada.

Submódulo 4.2 - Intrajornada

4.2	Intrajornada	Valor (R$)
A	Intervalo para repouso ou alimentação	
Total		

Fonte: Portal de Compras_ Governo Federal[679]

É importante ressaltar que o modelo apresentado pela IN 05/2017-MPOG é genérico, para qualquer serviço terceirizado e que poderão ser ajustadas as especificidades de um serviço, em um caso concreto.

---

[676] BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Modelo de Planilha de Custo e Formação de Preço, Anexo VII-D da Instrução Normativa, número 5 de 26 de maio de 2017. p.58. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/ANEXO-IN-N-05.pdf> Acesso em 15/07/2017.

[677] BRASIL, Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 09/07/2017.

[678] BRASIL, Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 09/07/2017.

[679] BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Modelo de Planilha de Custo e Formação de Preço, Anexo VII-D da Instrução Normativa, número 5 de 26 de maio de 2017. p.58. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/ANEXO-IN-N-05.pdf> Acesso em 15/07/2017.

As informações do custo da mão de obra detalhadas na PCFP da IN-MPOG permitem ao ente da Administração Pública avaliar, já na apresentação da proposta de preço da licitação, se a empresa prestadora de serviço provisionou custos, em sua proposta econômica, visando a dispositivos legais. Tais informações também auxiliam a fiscalização desses contratos de terceirização, no tocante ao cumprimento de obrigações trabalhistas, além de permitir à Administração Pública a realização das repactuações na data de vigência de novo Acordo/Convenção Coletiva de Trabalho, durante os anos de vigência desses contratos.

A seguir tem-se uma PCFP exemplificativa observada no Edital do Pregão Eletrônico nº014/2013-TCU na contratação de manutenção predial com posto de serviço e que tem como base na orçamentação o modelo de PCFP da IN 02/2008-MPOG, ilustrando esse detalhamento do custo dos serviços cuja mão de obra e de Artífice de Serviços Gerais:

Figura 9 – Planilha de Custo e Formação de Preço do serviço de manutenção predial executado por artífice de serviço geral.

ANEXO IV – PLANILHAS DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS

PLANILHA DE CUSTOS ESTIMADOS				
	ARTÍFICE DE SERVIÇOS GERAIS		Valor Mensal	
I	SALÁRIO ESTIMADO DO PROFISSIONAL (1)		R$	840,00
II	MÃO DE OBRA		R$	1.071,40
	Valor do salário		R$	840,00
	TOTAL - REMUNERAÇÃO		R$	840,00
III	ENCARGOS SOCIAIS INCIDENTE SOBRE REMUNERAÇÃO			
	GRUPO A - ENCARGOS SOCIAIS BÁSICOS			
A_01	INSS - Artigo 22 Inciso I Lei 8.212/91	20,000%	R$	168,00
A_02	FGTS - Artigo 15 Lei 8030/90 e Art. 7º Inciso III CF/88	8,000%	R$	67,20
A_03	SESI / SESC - Artigo 3º Lei 8.036/90	1,500%	R$	12,60
A_04	SENAI / SENAC - Decreto 2.318/86	1,000%	R$	8,40
A_05	INCRA - Lei 7787 de 30/06/89 e DL 1146/70	0,200%	R$	1,68
A_06	SEBRAE - Artigo 8º Lei 8029/90 e Lei 8154 de 28/12/90	0,600%	R$	5,04
A_07	Salário Educação - Artigo 3º Inciso I Decreto 87.043/82	2,500%	R$	21,00
A_08	Riscos Ambientais do Trabalho - RAT (cód. 8111-7/00) X FAP (2,000) - Art. 3º do Decreto nº 6.957/2009	6,000%	R$	50,40
	Subtotal Grupo A	**39,800%**	**R$**	**334,32**
	GRUPO B - ENCARGOS QUE RECEBEM A INCIDÊNCIA DO GRUPO A			
B_01	13º salário	8,333%	R$	69,99
B_02	Férias (incluindo 1/3 constitucional)	11,111%	R$	93,33
B_03	Aviso Prévio Trabalhado	1,944%	R$	16,33
B_04	Auxílio doença	1,389%	R$	11,66
B_05	Acidente de Trabalho	0,333%	R$	2,79
B_06	Faltas legais	0,277%	R$	2,32
B_07	Licença paternidade	0,021%	R$	0,17
	Subtotal Grupo B	**23,408%**	**R$**	**196,59**
	GRUPO C - ENCARGOS QUE NÃO RECEBEM A INCIDÊNCIA DO GRUPO B			
C_01	Aviso prévio indenizado	0,417%	R$	3,50
C_02	Indenização adicional	0,167%	R$	1,40
C_03	Indenização (rescisão sem justa causa - multa de 40% do FGTS - em relação a 100% dos empregados inicialmente contratados)	3,200%	R$	26,88
C_04	Indenização (rescisão sem justa causa - contribuição de 10% do FGTS - em relação a 100% dos empregados incialmente contratados)	0,800%	R$	6,72
	Subtotal Grupo C	**4,584%**	**R$**	**38,50**
	GRUPO D - INCIDÊNCIA DO GRUPO A SOBRE O GRUPO B			
D_01	Incidência dos encargos do grupo "A" sobre os itens do grupo "B"	9,317%	R$	78,25
	Subtotal Grupo D	**9,317%**	**R$**	**78,25**

	GRUPO E - INCIDÊNCIA DO FGTS SOBRE AVISO PRÉVIO INDENIZ.			
E.01	Incidência do FGTS exclusivamente sobre o aviso prévio indenizado	0,033%	R$	0,27
E.02	FGTS sobre afastamento superior 15 dias por acidente trabalho	0,026%	R$	0,21
	Subtotal Grupo E	**0,059%**	**R$**	**0,48**
	TAXA TOTAL DE ENCARGOS SOCIAIS	**77,168%**	**R$**	**648,14**
	VALOR - TOTAL DE REMUNERAÇÃO + ENCARGOS SOCIAIS		**R$**	**1.488,14**
IV	INSUMOS			
	Uniformes		R$	40,02
	Manutenção de Equipamentos		R$	72,08
	Vale-Transporte[2]		R$	121,00
	Auxílio-Alimentação[3]		R$	176,00
	Assistência Social e Familiar		R$	2,00
	Desconto Alimentação (10%)		R$	(17,60)
	Dedução Legal Vale Transporte (6%)		R$	(50,40)
	TOTAL DE INSUMOS		**R$**	**343,10**
	VALOR TOTAL DE REMUNERAÇÃO + ENCARGOS SOCIAIS + INSUMOS		**R$**	**1.831,24**
V	BONIFICAÇÃO E OUTRAS DESPESAS			
1	LDI [4]	10,000%	R$	183,12
2	Despesas Administrativas/Operacionais	5,000%	R$	91,56
	TOTAL – BONIFICAÇÃO E OUTRAS DESPESAS	**15,000%**	**R$**	**274,68**
VI	TRIBUTAÇÃO SOBRE O FATURAMENTO			
	ISSQN ou ISS	5,000%	R$	125,71
	COFINS	7,600%	R$	191,08
	PIS	1,650%	R$	41,48
	TOTAL – TRIBUTOS SOBRE FATURAMENTO	**14,250%**	**R$**	**408,26**
	PREÇO TOTAL		**R$**	**2.514,18**

(1) Valor baseado no salário mínimo em vigor e Convenção Coletiva da Categoria.

(2) Auxílio-alimentação, baseado em convenção coletiva de trabalho ou outra norma coletiva aplicável.

(3) Vale transporte, conforme p/ média de 22 dias úteis/mês, totalizando 44 vales a R$ 2,75 cada.

(4) LDI: Lucro e Despesas Indiretas (administrativas, operacionais, de supervisão), incluindo todos os impostos e contribuições não repercutíveis, incidentes sobre o total da Remuneração + Encargos Sociais + Insumos.

Fonte: Tribunal de Contas da União[680]

Por outro lado a orçamentação dos serviços eventuais de manutenção predial para a Administração Pública decorrem das composições de custo unitários onde não há esse detalhamento do custo da mão de obra, e é adotado composições de custos semelhantes à composição de custo de uma empreitada (obra). Na figura abaixo é apresentado uma composição de custo de um serviço pertencente à classe Pinturas, obtida pelo SINAPI da Caixa Econômica Federal. Nela se observa, com destaque nosso, que as informações referentes à mão de obra são as mínimas possíveis:

Figura 10 – Composição de custo para o serviço de selador para paredes internas

[680] BRASIL, Tribunal de Contas da União. Planilha de Custo e Formação de Preço. Anexo IV do Edital do Pregão Eletrônico número 14, de 20 de fevereiro de 2013. p.28-29. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwjTgpqx1YzVAhUHx5AKHfGrDNcQFgg0MAI&url=http%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Flumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A14DA1C876014DA1DC88E62F4E&usg=AFQjCNFJldgEVVRWcWDgNKEBYNc5VqKE_Q> Acesso em: 15/07/2017.

SINAPI - Caderno Técnico do Grupo Pintura Interna – Lote 1

CADERNO TÉCNICO DO SERVIÇO

1. COMPOSIÇÃO ANALÍTICA DE SERVIÇO

Classe: PINT - PINTURAS Tipo: 155 – Pintura de Parede

Código / Seq.	Descrição da Composição	Unidade
01.PINT.INTE.001/01	APLICAÇÃO DE FUNDO SELADOR LÁTEX PVA EM TETO, UMA DEMÃO. AF_06/2014	M²
Código SIPCI		
88482		
Vigência: 06/2014	Última atualização: 08/2015	

COMPOSIÇÃO				
Item	**Código**	**Descrição**	**Unidade**	**Coeficiente**
C	88310	PINTOR COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H	0,0360
C	88316	SERVENTE COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H	0,0130
I	6090	SELADOR PVA PAREDES INTERNAS	L	0,1600

Fonte: Caixa Econômica Federal_SINAPI[681]

Os dados referentes à mão de obra na composição do serviço restringem-se a descrição da ocupação da mão de obra e o respectivo valor da hora já embutido o valor dos encargos. Neste caso os orçamentos não apresentam detalhamento algum referente a direitos trabalhistas (salário da categoria, FGTS, INSS, 13º salário, entre outros.) e nem benefícios (auxílio alimentação, entre outros) da mão de obra que irá prestar os serviços.

A figura abaixo apresenta a parte da orçamentação de serviços eventuais de manutenção predial referente ao Edital do Pregão Eletrônico nº02-PE/2017, cujo objeto da contratação é: serviços continuados de manutenção predial preventiva e corretiva bem como, serviços eventuais (por demanda) para a realização de serviços diversos nos sistemas, equipamentos e instalações das unidades da AGU situadas no estado do Piauí. Nela vemos que a 6ª coluna, destaque nosso, apresenta o custo unitário do serviço R$(mão de obra + matérias), sem apresentar detalhamento desse custo, como por exemplo, o salário da categoria, benefícios mensais e diários constantes em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, recolhimento de FGTS, entre outros:

Figura 11 – Custo unitário de serviços eventuais de manutenção predial

[681] BRASIL, Caixa Econômica Federal, Sistema Nacional de Pesquisa de Custo e Índices da Construção Civil. Disponível em: < http://www.caixa.gov.br/Downloads/sinapi-composicoes-aferidas-lote1-habitacao-fundacoes-estruturas/SINAPI_CT_LOTE1_PINTURAS_v005.pdf> Acesso em 09/07/2017.

ANEXO IV - A.6

Serviços Eventuais

1 - Unidades da AGU/Teresina/PI:

Nr°	Serviço Eventual	Unid.	Qtd. Mensal Estimada[2]	CÓDIGO SINAPI	Custo unitário R$ (Mão de obra + Material) SINAPI Mês Referência Dezembro/2016 - Não Desonerado - Publicado em 18/01/2017 °	Valor Total Mensal (R$) SINAPI Mês Referência Dezembro/2016	Custo unitário (Mão de obra + Material) EMPRESA	Valor Total Mensal Empresa (R$)
1.1	Alvenaria tijolos cerâmico 9x19x19, ½ vez	m²	3	87504	R$ 52,47	R$ 157,41		R$ 0,00
1.2	Aplicação de manta asfáltica com 4,0 mm de espessura	m²	3	83738	R$ 85,09	R$ 255,27		R$ 0,00
1.3	Aplicação de revestimento cerâmico (piso/parede)	m²	3	87271	R$ 43,12	R$ 129,36		R$ 0,00
1.4	CHAPISCO APLICADO EM ALVENARIA (COM PRESENÇA DE VÃOS) E ESTRUTURAS DE CONCRETO DE FACHADA, COM EQUIPAMENTO DE PROJEÇÃO. ARGAMASSA TRAÇO 1:3 COM PREPARO MANUAL. AF_06/2014	m²	2	87907	R$ 5,93	R$ 11,86		R$ 0,00
1.5	Dem. Alvenaria tijolos cer. 8 furos s/ reap.	m³	0,50	72215	R$ 36,10	R$ 18,05		R$ 0,00
1.6	Demolição de concreto simples	m³	0,20	73616	R$ 211,68	R$ 42,34		R$ 0,00
1.7	Emassamento c/massa corrida acrílica, 2 demãos	m²	50	88497	R$ 9,33	R$ 466,50		R$ 0,00
1.8	Emassamento c/massa corrida PVA, 1 demão	m²	100	88495	R$ 6,86	R$ 686,00		R$ 0,00
1.9	Emboço com argamassa 1:2:8 espes. 2,0cm	m²	5	87531	R$ 20,68	R$ 103,40		R$ 0,00
1.10	ESCAVACAO MANUAL DE VALA EM LODO, DE 1,5 ATE 3M, EXCLUINDO ESGOTAMENTO M3 AS 130,76 /ESCORAMENTO.	m³	0,5	73965-009	R$ 144,43	R$ 72,22		R$ 0,00

Fonte: Site da Advocacia-Geral da União[682]

Destaca-se que os serviços considerados eventuais pertencem à contratação de manutenção predial, serviço de caráter permanente e necessidade continuada, cujos contratos podem chegar a durar cinco anos com o ente da Administração Pública, conforme previsto no inciso II, art.57 da Lei[683] 8.666/93. E ainda, corre-se o risco de que os serviços listados como eventuais, quando analisados individualmente sejam demandados habitualidade e sejam executados pelo mesmo profissional.

Percebe-se com o exposto neste capítulo que considerar parte ou o todo dos serviços de manutenção predial como serviços por demanda leva o ente público a não observar se a proposta financeira do fornecedor tem condições de arcar com as obrigações do empregado terceirizado, além de dificultar a fiscalização de obrigações trabalhistas e inviabilizar a possibilidades de repactuações desses contratos. Deixando, um ponto vulnerável à imputação de responsabilização subsidiária do ente público, pela Justiça do Trabalho.

---

[682] BRASIL, Advocacia Geral da União. Serviços da AGU. Licitação da AGU. Anexo IV –A.6 do Edital do Pregão Eletrônico número 2, em 09 de fevereiro de 2017. p.16. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/servico/licitacao/pagina/3>. Acesso em 14/04/2017.

[683] BRASIL, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em 09/07/2017.

ASPECTOS JURÍDICOS TRABALHISTAS RELACIONADOS OBRA E SERVIÇOS EVENTUAIS DE MANUTENÇÃO PREDIAL

Os serviços eventuais de manutenção predial, contratados por entes integrantes da Administração Pública não adotam o modelo da Planilha de Custos e Formação de Preço-PCFP na orçamentação dos serviços, considerando que, pelo fato de não utilizarem posto de serviço, poderiam considera-los como se fossem semelhantes às contratações de uma obra.

Esse posicionamento é bastante questionável, pois no entendimento jurídico trabalhista do que seria uma obra, Maurício Godinho[684] *traz a necessidade de que o empregador seja permanente no ramo da construção civil, além da determinação prévia do prazo contratado e que a contratação se refira a evento certo, obra.*

Diferença relevante também é que, no caso de obra, é comum a celebração de contrato a termo para os profissionais que atuarão na obra, o que representa uma relação de trabalho não regida pela CLT e sim, pela Lei 2.959/56 que traz orientações sobre os contratos por obra (evento certo). No art.1º a citada Lei pontua que o construtor fará a inscrição na carteira de trabalho e o art. 2º pontua o ato de rescindir o contrato ao final da obra ou serviço e, se passados 12 meses haverá indenização por tempo de serviço, conforme art.478 da CLT.

Se compararmos com os contratos de manutenção predial, tanto com postos de serviço quanto com serviços eventuais, estes contratos podem durar cinco anos com a Administração Pública, por serem considerados de necessidade continuadas. E ainda, os contratos de manutenção predial podem ser executados por empresas que não necessariamente são construtoras. Diferenças essas relevantes que confrontam com a ideia de similaridade entre os serviços eventuais de manutenção predial e a execução de obras.

Neste mesmo assunto Sergio Pinto Martins[685] *coloca que a "terceirização não se confunde com a empreitada", esclarecendo, pois que a obra tem como finalidade um resultado certo, e cita como exemplo a construção de um muro ou de uma pintura. Via de regra, entre empreitadas não há característica de parceria, pois o que importa é o resultado, já a terceirização de prestação de serviço conta com substancial parceria entre o tomador de serviços e o terceirizado, completa o mesmo autor.*

Para Sergio Pinto Martins[686], não é ilícito a prestação de serviço ou empreitada com celebração de contrato mediante retribuição, e cita como exemplo o trabalhador autônomo. *Contudo essas situações de contrato com prazo determinado devem ser encaradas como exceção à regra trabalhista e, devem-se observar legislações específicas para cada caso.*

---

[684] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso do Direito do Trabalho.** 13ed. São Paulo: LTR, 2014. p.582-583

[685] MARTINS, op.cit. p.23-24.

[686] MARTINS, op.cit. p 122 e 124.

Trazendo à baila o disposto pelo site Guia Trabalhista[687] *tem-se sobre o tema algumas questões importantes devem ser ressaltadas. Uma dela é a característica de que a obra trata de um trabalho certo, por prazo determinado, "onde somente justifica a sua utilização pelo empregador em situações consideradas excepcionais a regra". O empregado é admitido enquanto durar aquela obra, onde o contrato indicará a qual obra o empregado está vinculado, o prazo de conclusão da obra, descrevendo cada tipo de serviço e a atividade a ser exercida (exemplo: pedreiro, carpinteiro,...). O Guia Trabalhista chama atenção para situações em que o "*empregado trabalha em várias obras ao mesmo tempo ou se trabalha alguns dias em uma obra e outros dias em outra", considerando que, neste caso, "haverá um desvirtuamento deste instituto e, portanto, se caracterizará um contrato por prazo indeterminado e não de obra certa".

O autor Maurício Godinho[688] *ainda acrescenta que a jurisprudência está atenta às situações de haverem sucessivas obras, situação que descaracteriza contrato a termo e leva a determinação de contrato por tempo indeterminado.*

Situações de sucessivas execuções de serviços de manutenção predial, por demanda, com o ente Público, que viesse até mesmo a se tornar uma presença permanente do mesmo profissional nas instalações do órgão. Ou mesmo que as atividades desse profissional não tivessem sido planejadas como posto de serviço para um ente da Administração, mas na prática, viesse a atuar continuadamente em vários órgãos da Administração Pública, poderá conduzir a Justiça do Trabalho à constatação de que esse trabalhador não era contratado por contrato a termo com essa empresa prestadora de serviço e que caberia o vínculo empregatício entre o trabalhador e a empresa contratada, além de todo o passivo trabalhista referente ao período trabalhado. Ocorrendo tal situação, o ente público desprovido de fiscalização estaria bastante vulnerável a uma responsabilização subsidiária.

No âmbito de jurisprudências do TST para responsabilização por inadimplemento de obrigações trabalhistas do trabalhador, têm-se basicamente dois instrumentos distintos.

Em se tratando de responsabilização por descumprimentos trabalhistas em obra o TST tem se posicionado, por meio da Orientação Jurisprudencial-OJ[689] 191- SBDI-I, e considera que não há "previsão legal específica" para responsabilização subsidiária e nem solidária, do tomador dos serviços pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas do empregado terceiro, salvo exceções em se tratando de "empresa construtora ou incorporadora" na condição de dono da obra.

Recentemente, em 11/05/2017, foi aprovado o item 6 da lista de Recurso Repetitivo do TST em que reforça o entendimento de exclusão da responsabilidade solidária ou subsidiária do dono da obra quando este se referir a pessoas físicas, empresas de pequeno e médio porte,

---

[687] GUIA TRABALHISTA. Precauções do empregador no contrato de obra certa. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/contrato_obracerta.htm>. Acesso em *18/06/2017.*

[688] DELGADO, op. cit., p.555- 556.

[689] BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Orientações Jurisprudenciais, número 191, Tribunal Pleno/Órgão Especial SBDI-I. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf TST OJ-SDI1-191. Acesso em: 24/06/2017.

além dos ente públicos na condição de dono da obra. As excepcionalidades ficam por conta do dono da obra como construtor ou incorporador, "porque traz a atividade econômica vinculada ao objeto contratado" e, então, neste caso, haverá a responsabilização subsidiária do dono da obra pelo descumprimento de obrigações trabalhistas do empreiteiro que contratou.

Com relação à prestação de serviços, como é o caso da manutenção predial e aí entendendo que se aplica também aos serviços eventuais de manutenção, a imputação de responsabilização subsidiária é cabível, conforme dispõe a Súmula[690] 331- TST.

As questões envolvendo a perenidade e continuidade dos serviços ou a ocorrência de empreitada ou evento certo, associados a verificação se os serviços terceirizados possuem relação direta com a atividade fim do ente público tem-se configurado como balizadores iniciais à Justiça do Trabalho quando da análise jurídica ao cabimento da Súmula 331-TST e possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária ou aplicação da OJ 191 SDI-1, onde não há cabimento de responsabilização solidária e nem subsidiária por eventuais inadimplementos de direitos trabalhistas.

É o caso do julgado Processo do TST – Recurso de Revista RR8425120125020301 ACÓRDÃO - 6ª turma – ACV/igr[691] o ente público, onde a SABESP, procura afastar a responsabilidade subsidiária alegando que o Contrato é de empreitada de uma obra, e com isso, ao inadimplemento das obrigações trabalhistas caberia à aplicação disposto na OJ[692] 191 da SBDI-1 e não a aplicação da Súmula 331-TST. Contudo a Justiça reafirma a responsabilidade subsidiária do ente, pois considera a contratação relacionada à atividade-fim da SABESP e com isso "descaracterizou o contrato de empreitada [...] tratando-se, portanto de terceirização de atividade essencial da recorrente".

Já no caso de manutenção, o TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO: RO 00019748820125020384 SP[693] coloca-se o entendimento que em contratos de manutenção não há o que se falar em obra específica, pois o serviço de manutenção tem característica de continuidade podendo durar até cinco anos com o ente integrante da Administração Pública. Portanto ao caso é cabível adotar o entendimento da Súmula 331-TST e, não enseja a OJ 191 SBDI-I.

Ora, é de se destacar que o marco utilizado pela Justiça do Trabalho nos casos citados acima levaram em conta as características específicas do objeto contratado.

---

690 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 331. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf> Acesso em 09/07/2017.

691 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista, Acórdão 6ª Turma. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/173818040/recurso-de-revista-rr-8425120125020301/inteiro-teor-173818060> Acesso em 07/05/2017.

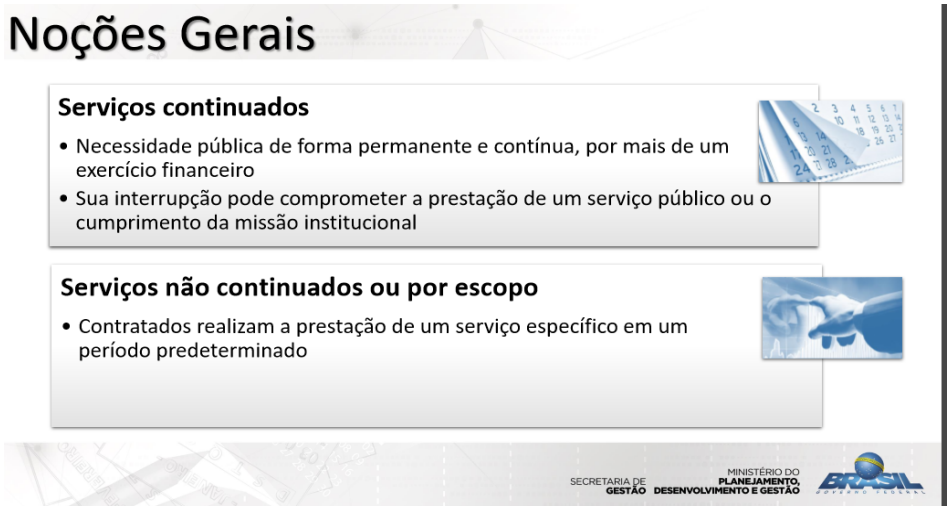
692 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Orientações Jurisprudenciais, número 191, Tribunal Pleno/Órgão Especial SBDI-I. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf TST OJ-SDI1-191. Acesso em: 24/06/2017.

693 BRASIL, Tribunal Regional Trabalho 2ª Região em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145935583/recurso-ordinario-ro-19748820125020384-sp-00019748820125020384-a28> Acesso em 07/05/2017.

No caso de evento certo, obra, desvinculado da atividade fim do ente público, não há responsabilização subsidiária e nem solidária em caso de inadimplemento de direitos trabalhistas, mas em se tratando de serviço continuado de apoio a atividade fim, como é o caso da manutenção predial então se aplica a Súmula 331-TST.

Esse conceito de continuidade ou de não continuidade é abordado pelo Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão-MPOG e, pelos entendimentos levantados até o momento é possível caracterizar a manutenção predial como serviço contínuo, diferentemente da obra. A seguir tem-se trecho da apresentação da IN 05/2017 realizada pelo MPOG, abordando o tema:

Figura 12 - Caracterização de serviço continuado e de serviços não continuados pelo Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão.



Fonte: Portal de Compras_ Governo Federal[694]

Diante do exposto, possivelmente a Justiça do Trabalho não terá entendimento igualitário para a responsabilização pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas entre os trabalhadores que executam serviços eventuais de manutenção predial e os trabalhadores de uma obra.. Devendo, portanto, o ente público cercar-se dos cuidados, de maneira ampla, tanto na fase de licitação quanto na fase de fiscalização, quando o objeto da terceirização for à manutenção predial, sem fazer exceções entre serviços eventuais ou serviços em postos de serviço.

A seguir tem-se um recurso julgado recentemente, em 17/05/2017, em se tratando de ajuizamento de ação por inadimplemento de obrigações trabalhistas para serviços de manutenção predial. Trata-se do ACÓRDÃO[695] a 3ª Turma GMMGD/tbm/fmp/dsc- Embargos

[694] BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Apresentação da Instrução Normativa número 5, de 26 de maio de 2017. Reestruturação do modelo de contratação de serviços terceirizados. p.9. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-servios_CAPACITAO_Nova-proposta-13.06.pdf> Acesso em 09/07/2017.

[695] BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, em: http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-AIRR - 11134-

de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° TST-ED-AIRR-11134-63.2014.5.04.0271, que negou provimento a embargante Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRS que, em resumo, se defende recorrendo ao disposto no inciso §1º do art.71da Lei 8.66/93 para defender posicionamento de que não há responsabilidade do ente público por obrigações trabalhistas advindas por inadimplemento na contratação terceirizada de manutenção predial e acrescenta que não se pode "exigir que a tomadora de serviços fiscalize os procedimentos do setor de recursos humanos e de contabilidade da empresa contratada", ressaltando que o referido artigo da Lei 8.666/93 foi considerado constitucional pelo STF. Alega ainda que nos autos não há demonstração de negligência, "conduta omissiva ou comissiva" por parte do ente público, no decorrer da terceirização em questão, e que o ônus da prova não deveria ser imputado ao mesmo.

Tais alegações foram consideradas sem razão pela aquela Corte que apontou as seguintes fundamentações: a decisão do STF para a ADC nº16/DF coibi a transferência primária da responsabilização ao ente público, mas de forma alguma impediu a responsabilização secundária do ente público "pelo pagamento dos créditos trabalhistas inadimplidos pela empregadora", quando da ausência ou ineficiência do poder-dever de fiscalização da Administração Pública, ressaltando os artigos 58, III, e 67 da Lei 8.666/93 quanto a responsabilização "pelos danos causados a terceiros que, no presente caso, trata-se do trabalhador", somando-se ao fato de que tais direitos dos trabalhadores terceiros tratam-se de direitos fundamentais previsto no art. 7º da CF/88 e coloca como "razão de ser do Estado" a promoção e fiscalização dos direitos, respaldado pelos princípios de legalidade, moralidade e eficiência. Este dever da Administração requer "todos os procedimentos legais de controle" para uma eficiente fiscalização, considerando para tanto desde a fase da licitação até a fase de fiscalização do contrato. Do contrário, a ausência, ineficiência ou descompromisso na fiscalização implica na inadimplência do "com o seu dever de tutela, dever decorrente da sua própria condição de Administração Pública". E continua, apontando: a ausência de controle de horários válidos, a falta de depósito integral do FGTS, entre outros, como flagrante culpa *in vigilando* e rebate que faltam provas do ente público que atestem o cumprimento do art. 67 da Lei 8.666/93 no dever de fiscalizar por parte do ente público não havendo, portanto como afastar a responsabilização subsidiária predita nos incisos V e VI da Súmula 331-TST.

COMO DIMINUIR O RISCO DA RESPONZABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA

Em se tratando de responsabilização subsidiária do ente integrante da Administração Pública é preciso ter em mente pontos importantes para o embasamento de um deferimento de culpabilidade. Em geral, a responsabilização ocorre a partir de uma análise gradativa, considerando entre outros itens, a, observação da relação direta ou indireta (no caso de apoio ou suporte) da atividade terceirizada com a atividade-fim do ente e ainda, se ficou evidenciada a culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*.

63.2014.5.04.0271&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAATvkAAJ&dataPublicacao=19/05/2017&localPublicacao=DEJT&query='manutenção predial' Acesso em 27/05/2017.

Colaborando com esse entendimento Sergio Pinto Martins[696] aponta a culpa pela escolha do parceiro inadequado, culpa *in eligendo*, e a falta de fiscalização, culpa *in vigilando*, como fundamentos utilizados pelo TST para julga a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto "às verbas trabalhistas devidas ao empregado terceirizado".

Por isso, mesmo que um serviço elencado entre os diversos serviços de manutenção predial ocorra de maneira descontinuada ou sem exclusividade com o tomador de serviços, fato é que a manutenção predial é um serviço de necessidade continuada, praticado com o objetivo de apoio as atividades finalísticas do ente público, cuja responsabilização subsidiária está associada ao monitoramento para que não haja falha ou falta que sejam consideradas culpas *in eligendo* e a culpa *in vigilando*.

O TST[697] reforça esse entendimento apresentando posicionamento de que no "processo de terceirização, a empresa tomadora do serviço **assume o risco de responder pelos danos causados ao trabalhador**, no caso de inadimplência da prestadora", objetivamente a constatação das culpas *in eligendo* e culpa *in vigilando.*

Em março deste ano o STF[698] concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário, RE 760931, onde trouxe fronteira importante referente ao cabimento de responsabilidade subsidiária ao ente público por inadimplemento de encargos trabalhistas. Concluindo que só caberia condenação havendo "prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos". Dando assim mais ênfase a necessidade de que existem provas que sustentem a constatação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* do ente público.

Na busca de êxito no processo licitatório os arts. 27 e 29 da Lei 8.666/93 oferecem amparo legal para que o ente integrante da Administração Pública, na condição de tomador dos serviços, possa fazer exigências na habilitação de empresas com condições de cumprir obrigações trabalhistas dos empregados. Tais exigências referem-se à documentação de "regularidade fiscal e trabalhista [...], além de prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa [...]".

O Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão – MPOG que dispõe normas disciplinares para o funcionamento do serviço público e disciplinam a contratação de serviços continuados ou não, traz a IN 02/2008- MPOG (alterada pela IN 05/2017-MPOG) colocações importantes sobre fases de Planejamento da Contratação, Seleção do Fornecedor e Gestão do Contrato.

Na Apresentação da IN 05/2017 realizada pelo Ministério do Planejamento Orçamento, foi apresentado às figuras de fiscal administrativo, fiscal técnico e fiscal setorial. Esse novo entendimento, segregando as atribuições, virá colaborar com um melhor

---

696 MARTINS, op. cit. p.150.

697 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Notícias de 13 de março de 2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/responsabilidade-subsidiaria-so-pode-ser-reconhecida-se-houver-culpa-do-ente-publico/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print>. Acesso em 09/04/2017

698 BRASIL, Superior Tribunal Federal, Notícias STF, de 30 de março de 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613. Acesso em 24/06/2017.

acompanhamento do cumprimento de obrigações trabalhistas. Segue ilustração, com destaque nosso, de trecho da apresentação do MPOG:

Figura 13 – Possibilidades de segregação da atividade de fiscalização dos contratos de serviços.

Fonte: Portal de Compras_ Governo Federal[699]

O item 2. do Anexo VIII-B da IN 05/2017- MPOG traz exigências, para o caso de empresas celetistas, referente a apresentação de relação de empregado contendo nome, cargo/função, horário do posto de serviço, a CTPS devidamente assinada, exames médicos admissionais, certidão negativa de débitos-CNDT, entre outros. Porém faz uma seletividade quando coloca que tais exigências referem-se as "contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada".

Ainda com relação à IN 05/2017-MPOG, um importante instrumento que pode vir a ser útil na busca por realizar atos eficientes de controle do cumprimento de direitos trabalhistas, está associado à orçamentação dos serviços de manutenção predial, como é o caso do modelo da Planilha de Custo e Formação de Preço-PCFP, indicada no Anexo VII-D da IN 05/2017-MPOG, mas que constitui como item obrigatório somente nos casos de contratações com dedicação exclusiva de mão de obra.

Na caracterização do que venha a ser "dedicação exclusiva de mão de obra", o art.17 da IN 05/2017-MPOG apresenta três requisitos, a saber: que o empregado terceirizado fique à disposição e nas dependências do contratante, que ele não possa ser compartilhado na execução simultânea com outros contratos e que possa ter sua distribuição, controle e supervisão fiscalizados pela contratante.

Contudo essa definição de dedicação exclusiva de mão de obra pode levar a dispensar o modelo da PCFP, considerando-a como desnecessária e deixar de trazer

[699] BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Apresentação da Instrução Normativa número 5, de 26 de maio de 2017. Reestruturação do modelo de contratação de serviços terceirizados. p.29. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-servios_CAPACITAO_Nova-proposta-13.06.pdf> Acesso em 09/07/2017.

informações importantes referentes aos benefícios concedidos a uma determinada categoria profissional por força de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, adicionais previstos em Norma Regulamentadora de Trabalho, além dos direitos previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas-CLT.Sendo que tais informações favorecem o ente público na aferição de factibilidade das propostas das licitantes, além de auxiliar na fiscalização do cumprimento de direitos trabalhistas dos empregados terceiros e proporcionar a repactuação durante os anos de vigência do contrato.

Maurício Godinho Delgado[700] coloca que aquele trabalhador que não se fixa a uma fonte de trabalho e, portanto, não há permanencia do trabalhador , não poderá ser entendido como empregado, além de estar sujeito a legislação trabalhista ordinária.

Mas na terceirização com o ente público o vínculo empregatício é sempre entre o empregado terceiro e a empresa prestadora de serviço. Portanto, pouco ou nada representa se haverá previsão de dedicação exclusiva do empregado terceirizado e o tomador de serviço, ente público. E que o serviço considerado pelo ente público como serviço eventual e sem exclusividade com o tomador de serviço, poderá não o ser na relação de trabalho entre a empresa prestadora de serviço e seu empregado.

Na prática, é bem provável que os serviços eventuais de manutenção predial sejam executados por empregados celetistas, em relação de emprego com a prestadora de serviço ou, se não o são, haverá grande chance de que deveriam ser. Portanto a fiscalização do ente público pela contratação dos serviços de manutenção deverá ficar atenta, pois se houver reconhecimento de vínculo empregatício a posteriore poderá vir a gerar um elevado passivo trabalhista. Sendo, portanto questionável o entendimento de dispensar a fiscalização trabalhista ao ente público para os serviços eventuais (por demanda) de manutenção predial.

Com relação ao uso do modelo apresentado pela PCFP da IN 02/2008-MPOG para fins de evitar a responsabilização subsidiária da Administração Pública, assim coloca o site "Planilha de Custos e Formação de Preços em licitações públicas"[701] *reconhece a importância de discutir o assunto que já chegou a ser levado ao STF, através da ADC nº16, além de se referir a contratos cuja "soma montante considerável". E coloca a importância de que informações trabalhistas, previdenciárias e tributárias contidas nas Planilhas no momento da licitação aliadas a outras exigências do edital "evidenciam que a Administração cercou-se dos cuidados necessários para a escolha do contratado".*

As dificuldades em fiscalizar o cumprimento dos direitos trabalhistas ou de aferir a capacidade financeira da licitante em arcar com os custos trabalhistas durante a vigência do contrato para os serviços eventuais de manutenção esbarram na formatação de seus

[700] DELGADO, op. cit. p.294-299.

[701] PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS. Disponível em:<https://planilhadeprecos.wordpress.com/2016/08/03/as-planilhas-de-custos-e-a-responsabilidade-trabalhista/>. Acesso em 01/05/2017.

orçamentos, pois quando assemelhados à obras são realizados, em geral, a partir de cálculos de custo de mão de obra horista e não de mão de obra mensalista, sendo assim, não contemplam descrições detalhadas de direitos trabalhistas advindo de acordo ou convecção coletiva de trabalho, como auxílio transporte ou vale alimentação, nem salário normativo da categoria, entre outros.

Diante do exposto, pode-se entender que a elaboração de proposta orçamentaria da contratação dos serviços, por meio de Planilha de Custo e Formação de Preço da IN nº05/2017-MPOG dará suporte tanto o processo licitatório da Administração Pública, quanto à gestão e fiscalização desse mesmo contrato, contribuindo para afastar a responsabilidade subsidiária do ente público. E também as inserções de exigências legais nos atos convocatório em licitações e nas obrigações contratuais da contratante, poderão servir ao ente integrante da Administração Pública como elementos comprobatórios na tentativa de demonstrar que não houve falhas na licitação e nem ausência de fiscalização, evitando assim a responsabilização subsidiária por culpa *in eligendo*, ou culpa *in vigilando*.

CONCLUSÃO

Em se tratando de contratação de manutenção predial, cuja natureza é de serviço, reconhecidamente como serviço de apoio à realização da atividade-fim do ente público e que, no sentindo amplo, refere-se a um serviço de necessidade continuada, não há o que se falar em dispensar ao ente público do zelo na elaboração de licitação ou desobrigar a fiscalização referente ao cumprimento de obrigações trabalhista dos empregados terceirizados. Mesmo que nestas contratações, haja serviços que ocorram eventualmente. Esse fato, inclusive, parece não trazer relevância quando da análise jurídica do cabimento de responsabilização subsidiária do ente público pelo descumprimento de obrigações trabalhistas por parte de empresa prestadora de serviço.

Na narrativa da Súmula 331 o TST não coloca como critério para imputação de responsabilidade subsidiária questões como exclusividade da mão de obra, mão de obra residente, execução por demanda. O que a Súmula 331-TST diz em seus incisos IV e V é que a responsabilidade subsidiária será do tomador de serviços quando houver inadimplemento de obrigações trabalhistas do empregado da prestadora de serviços, e for constatada ter havido falha na escolha da prestadora de serviço durante a licitação, ou falha/falta da fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas de direitos devidos aos trabalhadores terceirizados, inclusive quando o tomador dos serviços for Órgãos da Administração Direta, Empresas Públicas. Tal entendimento, é importante mencionar, não foi alterado no marco da Lei nº13.429/17.

Mais grave ainda se os serviços de manutenção predial, contratados como serviços eventuais e sem exclusividade, estiverem sendo, na prática, executados habitualmente pelo mesmo trabalhador, por períodos longos e sucessivos, para um mesmo ente público. Isto poderia representar o desvirtuamento das relações de trabalho e ocultação de direitos trabalhistas que viesse a penalizar o trabalhador terceirizado. A combinação desses fatores, com a inexistência de fiscalização administrativa referente ao cumprimento de direitos trabalhistas desses contratos, poderá gerar extenso passivo trabalhista e, consequentemente grande prejuízo ao ente público que poderá vir a arcar com tais custos novamente, além de custos com possíveis multas e indenizações.

Certos de que as chances de ser imputada responsabilidade subsidiária, na contratação de serviços, a um ente integrante da Administração, será tanto maior quanto menos conseguir demonstrar que suas escolhas estiveram pautadas nos princípios de legalidade, moralidade e eficiência durante o processo licitatório e também na fase de fiscalização de cumprimento das obrigações trabalhistas, caberá a Administração Pública realizar os cuidados necessários para que a responsabilização subsidiária não se torne uma questão iminente.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, Norma Brasileira NBR 5674--Manutenção de Edificações de 25 de julho de 2012, Introdução. p vi.

BRASIL, Advocacia Geral da União, Serviços, Licitação. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/servico/licitacao/pagina/3>. Acesso em 14/04/2017.

BRASIL, Caixa Econômica Federal, Sistema Nacional de Pesquisa de Custo e Índices da Construção Civil. Disponível em: < http://www.caixa.gov.br/Downloads/sinapi-composicoes-aferidas-lote1-habitacao-fundacoes-estruturas/SINAPI_CT_LOTE1_PINTURAS_v005.pdf> Acesso em 09/07/2017.

BRASIL, Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, Resolução 218, de 29 de junho de 1973. Disponível em: < http://normativos.confea.org.br/ementas/lista_ementas.asp> Acesso em:09/07/2017.

BRASIL, Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 09/07/2017.

BRASIL. Decreto 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sôbre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm> Acesso em: 09/07/2017.

BRASIL. Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm> Acesso em 09/07/2017.

BRASIL, Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 09/07/2017.

BRASIL, Lei 4.090 de 13 de julho de 1962. Institui a Gratificação de Natal para os Trabalhadores. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4090.htm> Acesso em: 09/07/2017.

BRASIL, Lei 5.194, de 24 de dezembro de 1966. Regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5194.htm> Acesso em 09/07/2017.

BRASIL, Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em 09/07/2017.

BRASIL, Lei 8.036 de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm> Acesso em 09/07/2017.

BRASIL, Lei 8.213 de 24 de julho de 1992. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 09/07/2017.

BRASIL, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em 09/07/2017.

BRASIL. Lei 9.632, de 7 de maio de 1998. Dispõe sobre a extinção de cargos no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1998-2000/anexo/AnL9632-98.pdf>. Acesso em 09/07/2017.

BRASIL. Lei 13.429 de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm> Acesso em: 09/07/2017.

BRASIL, Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, Instrução Normativa número 18, em 22 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in18_97.htm>. Acesso em 17/07/2017.

BRASIL, Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, Portaria 409 de 21 de dezembro de 2016. Dispõe sobre as garantias contratuais ao trabalhador na execução indireta de serviços e os limites à terceirização de atividades, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas estatais federais controladas pela União. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/portarias/561-portaria-n-409-de-21-de-dezembro-de-2016> Acesso em 09/07/2017.

BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Apresentação da Instrução Normativa, de 26 de maio de 2017. Reestruturação do modelo de contratação de serviços terceirizados. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-servios_CAPACITAO_Nova-proposta-13.06.pdf> Acesso em 09/07/2017.

BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Instrução Normativa, número 5, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-n-05-de-26-de-maio-de-2017---Hiperlink.pdf> Acesso em 09/07/2017.

BRASIL, Portal de Compras. Governo Federal. Modelo de Planilha de Custo e Formação de Preço, Anexo VII-D da Instrução Normativa, número 5 de 26 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/ANEXO-IN-N-05.pdf> Acesso em 15/07/2017.

BRASIL, Superior Tribunal Federal, Notícias STF, de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785> Acesso em 21/04/2017.

BRASIL, Superior Tribunal Federal, Notícias STF, de 30 de março de 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613. Acesso em 24/06/2017.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Governança e Gestão das Aquisições - Encontro com o Controle Externo – Ciclo 2016, em 13 de setembro de 2016. Brasília, p.7. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiJwpf8uIzVAhXFiJAKHS8eCdYQFggqMAE&url=http%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Flumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A1586DDA14015873326E5D60E1&usg=AFQjCNGDSENy7SxnfPi0C1BeXDW3T04bmg> Acesso em: 15/07/2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Acórdão 3ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Disponível em: http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-AIRR - 11134-63.2014.5.04.0271&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAATvkAAJ&dataPublicacao=19/05/2017&localPublicacao=DEJT&query='manutenção predial' Acesso em 27/05/2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Acórdão 6ª Turma. Recurso de Revista. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/173818040/recurso-de-revista-rr-8425120125020301/inteiro-teor-173818060> Acesso em 07/05/2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Notícias 13 de março de 2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/responsabilidade-subsidiaria-so-pode-ser-reconhecida-se-houver-culpa-do-ente-publico/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print> Acesso em 09/04/2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Orientações Jurisprudenciais, número 191, Tribunal Pleno/Órgão Especial SBDI-I. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf TST OJ-SDI1-191. Acesso em: 24/06/2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Orientações Jurisprudenciais, número 353. Tribunal Pleno/Órgão Especial SBDI-I. Equiparamento Salarial. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA383>. Acesso em: 24/06/2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 331. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf> Acesso em 09/07/2017.

BRASIL, Tribunal Regional Trabalho 2ª Região, Recurso Ordinário. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145935583/recurso-ordinario-ro-19748820125020384-sp-00019748820125020384-a28> Acesso em: 07/05/2017.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, 17ª Região, Recurso Ordinário.

Disponível em: < https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/419217372/recurso-ordinario-ro-21980083201151701 51/inteiro-teor-419217377 >. Acesso em 01/05/2017

CARTAFORENSE, Sérgio Pinto Martins. Disponível em < http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/projeto-de-lei-de-terceirizacao/17480 > Acesso em 16/04/2017.

CARELLI, Rodrigo Lacerda. Terceirização e intermediação de mão de obra, ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social, Rio de Janeiro-São Paulo: RENOVAR, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso do Direito do Trabalho. 13ed. São Paulo: LTR, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GENJURIDICO. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/04/13/terceirizacao-nao-e-intermediacao-de-mao-de-obra/>. Acesso em: 09/07/2017.

GUIA TRABALHISTA. Precauções do empregador no contrato de obra certa. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/contrato_obracerta.htm>. Acesso em *18/06/2017*.

LIMA, Denise de Hollanda Costa. Terceirização na Administração Pública; As Cooperativas de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto, A Terceirização e o Direito do Trabalho, 7.ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2005.

PESSANHA, Patrícia Oliveira em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7255> Acesso em 30/04/2017

PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS. Disponível em:<https://planilhadeprecos.wordpress.com/2016/08/03/as-planilhas-de-custos-e-a-responsabilidade-trabalhista/>. Acesso em 01/05/2017.

SANTOS, Diogo Palau Flores. Terceirização de Serviços pela Administração Pública, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A LIBERDADE RELIGIOSA E OS REFLEXOS DA UTILIZAÇÃO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS

RELIGIOUS FREEDOM AND AN EXAMINATION OF THE USE OF RELIGIOUS SYMBOLS IN PUBLIC AREAS

MARIANA PALERMO DE SOUZA BARBOSA

RESUMO

O objetivo do presente estudo é tratar da liberdade religiosa, em especial da discussão que se coloca a respeito da utilização de símbolos religiosos, principalmente cruzes e crucifixos, em espaços públicos. Para melhor entendimento do presente tema, inicialmente é feita uma breve análise histórica do tratamento dado à liberdade religiosa nas Constituições brasileiras e das principais decisões judiciais, nacionais e internacionais, relacionadas ao presente tema. Em seguida, são abordados os conceitos de liberdade religiosa e de Estado laico. Por fim, o debate a respeito da utilização de símbolos religiosos em espaços públicos é apresentado. Foi possível concluir que a fixação ou manutenção de símbolos religiosos em espaços públicos representa a identificação do Estado com determinada convicção de fé e representa violação ao princípio da laicidade estatal e exclusão ou diminuição das demais crenças e religiões que não se sentem representadas nas repartições públicas. Desse modo, o Estado brasileiro deve buscar a neutralidade em questões que se relacionam com os direitos religiosos, para que todas as crenças e religiões sejam igualmente respeitadas.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO CONSTITUCIONAL. LIBERDADE RELIGIOSA. LAICIDADE ESTATAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. SÍMBOLOS RELIGIOSOS.

ABSTRACT

THE AIM OF THIS STUDY IS TO EXAMINE RELIGIOUS FREEDOM--IN PARTICULAR, THE DISCUSSION OF THE USE OF RELIGIOUS SYMBOLS, ESPECIALLY CROSSES AND CRUCIFIXES, IN PUBLIC AREAS. FOR A BETTER UNDERSTANDING OF THIS THEME, A BRIEF HISTORICAL ANALYSIS OF THE TREATMENT GIVEN TO RELIGIOUS FREEDOM IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION AND OF THE MAJOR NATIONAL AND INTERNATIONAL JUDICIAL DECISIONS IS INITIALLY MADE. THEN THE CONCEPTS OF RELIGIOUS FREEDOM AND THE SECULAR STATE WILL BE DISCUSSED. FINALLY, THE DEBATE ABOUT THE USE OF RELIGIOUS SYMBOLS IN PUBLIC SPACES IS PRESENTED. IT IS POSSIBLE TO CONCLUDE THAT THE ESTABLISHMENT OR MAINTENANCE OF RELIGIOUS SYMBOLS IN PUBLIC AREAS REPRESENTS THE ASSOCIATION OF THE STATE WITH SPECIFIC CONVICTION OF FAITH, AND ALSO REPRESENTS A VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF STATE SECULARISM, CAUSING THE EXCLUSION OR DIMINUTION OF OTHER BELIEFS AND RELIGIONS THAT ARE NOT REPRESENTED IN PUBLIC AREAS. THEREFORE, THE STATE MUST SEEK NEUTRALITY ON ISSUES THAT

RELATE TO RELIGIOUS RIGHTS, SO THAT ALL BELIEFS AND RELIGIONS ARE EQUALLY RESPECTED.

KEYWORDS: CONSTITUCIONAL LAW. RELIGIOUS FREEDOM. SECULARISM. FUNDAMENTAL RIGHTS. RELIGIOUS SYMBOLS.

1. INTRODUÇÃO

Com a Proclamação da República e por meio do Decreto nº 119-A, de 17 de janeiro de 1890[702], o Estado brasileiro tornou-se um estado oficialmente laico. A Constituição Federal de 1988, em diversos dispositivos constitucionais, confirma e valida tal situação.

Atualmente, o presente tema se torna relevante se levarmos em consideração que os recentes acontecimentos mundiais, envolvendo diretamente conflitos e questões religiosas, trouxeram novamente questionamentos envolvendo a liberdade religiosa dos povos e nações. Especialmente no Brasil, país que é fruto de uma profunda diversidade cultural, as diversas religiões que aqui são praticadas criam um espaço de debate a respeito da conduta adotada pelo Estado nas diversas situações que envolvem a liberdade religiosa.

A Constituição Federal ao estabelecer que "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias"[703] se posiciona a favor da total liberdade religiosa. Assim, qualquer indivíduo será protegido e terá garantida a sua liberdade de consciência, crença, culto e organização religiosa.

No entanto, em se tratando de tema que está diretamente ligado com a história e formação do país, também não se pode deixar de analisar o caminho percorrido até os dias atuais. Nesse sentido, será feita uma breve análise a partir da Constituição de 1824, em que apenas a Igreja Católica era oficialmente reconhecida, até a Constituição de 1988, com o incontestável posicionamento do Brasil como Estado laico, de modo a ser possível explorar os acontecimentos que levaram às decisões tomadas em cada época.

---

[702] BRASIL. *Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890*. Proíbe a intervenção de 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 Provisório, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm> Acesso em: 17 janeiro 2017.

[703] Artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988.
BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2015.

Nesse primeiro momento também será feita breve análise de algumas decisões nacionais e internacionais que abordam a liberdade religiosa. A escolha das decisões foi feita de forma exemplificativa e os julgados abordados foram selecionados a partir da notoriedade e relevância encontrada durante a pesquisa bibliográfica. Assim, as decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, pelo Tribunal Constitucional Alemão e pelo Supremo Tribunal Federal apresentadas nesse trabalho foram selecionadas de modo a mostrar diferentes argumentos da problematização apresentada.

Em seguida, será feito um estudo do conceito de liberdade religiosa e de Estado laico para que seja possível entender o que esses conceitos englobam e quais são as relações por eles estabelecidas para balizar a discussão a envolver a liberdade religiosa.

O debate que envolve questões religiosas nunca será simples nem descomplicado. Em face disso, não é possível discutir todas as questões que se colocam durante o estudo de tal tema, motivo pelo qual se faz necessária a delimitação do objeto de estudo. Desse modo, uma das questões que se mostra relevante é a relacionada ao emprego de símbolos religiosos pelo Estado em espaços públicos, em especial o uso de cruzes e crucifixos, escolhida para ser o objeto do presente trabalho para que o debate apresentado seja mais específico.

O presente debate envolve questões como: se o Estado é definido como laico (ou seja, sem religião oficial, com separação total entre Estado e Igreja e totalmente leigo, secular, neutro, imparcial, indiferente e não-confessional), não é possível que sejam ostentados símbolos religiosos, independente da religião. Por outro lado, se coloca a forte influência cristã na nossa sociedade, de modo que se tornou frequente o uso de cruzes e crucifixos em repartições públicas.

É importante ressaltar que não se pretende testar a legitimidade ou validade dos diversos posicionamentos que serão apresentados. O que se busca é a análise dos abundantes fundamentos que permeiam o presente tema para que se possa compreender melhor o estudo e propiciar ao leitor fundamentos para tomar o seu posicionamento.

No que se refere à metodologia, a elaboração do presente trabalho, que possui caráter teórico-argumentativo, será feita a partir da utilização das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Dessa forma, serão utilizados como fonte primária os documentos necessários para a construção histórica da liberdade religiosa nas Constituições brasileiras, tais como as

próprias constituições, decretos, emendas, entre outros documentos que tenham relação com o tema. Também serão utilizadas como fonte primária os documentos referentes às decisões judiciais que serão abordadas.

Ademais, para a parte do trabalho que se destina a estudar o debate sobre a utilização de símbolos religiosos em espaços públicos, serão utilizados dados secundários obtidos de livros, teses, artigos, revistas, publicações, etc. Assim, a pesquisa bibliográfica pertinente será utilizada para fornecer o exame do tema sob novo enfoque ou abordagem.

2. Breve Histórico da Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras

A relação entre Estado e religião sempre existiu, de forma mais ou menos intensa em cada momento histórico e sofrendo mudanças conforme o desenvolvimento da sociedade. Atualmente, a maioria dos Estados reconhece a separação entre Estado e Igreja e prega a liberdade religiosa. Dessa forma, o conceito de liberdade religiosa tem o seu entendimento ampliado para a garantia de respeito e tolerância não só às diversas religiões professadas, mas também à própria descrença. Nesse sentido, Ingo Sarlet entende que

> A despeito da afirmação de caráter laico do Estado Constitucional contemporâneo, como também se verifica no caso brasileiro desde a proclamação da República, nunca é demais relembrar que as liberdades de consciência, de crença e de culto, as duas últimas usualmente abrangidas pela expressão genérica "liberdade religiosa", constituem uma das mais antigas e fortes reivindicações do indivíduo. Levando em conta o seu caráter sensível (de vez que associado à espiritualidade humana) e mesmo a sua exploração política, foi uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos e uma das primeiras também a alcançar a condição de direito humano e fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direitos. Todavia, o modo pelo qual a liberdade de consciência e a liberdade religiosa foram reconhecidas e protegidas nos documentos internacionais e nas constituições ao longo do tempo é bastante variável, especialmente no que diz com o conteúdo e os limites de tais liberdades, o que também se verifica na esfera dos textos constitucionais.[704]

Evidentemente a liberdade religiosa é garantida de forma extensa em vários ordenamentos e também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de

[704] SARLET, Ingo Wolfgang. *Liberdade Religiosa e Dever de Neutralidade Estatal na Constituição Federal de 1988*. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/direitos-fundamentais-liberdade-religiosa-dever-neutralidade-estatal-constituicao-federal-1988>. Acesso em: 20 junho 2017.

dezembro 1948, que em seu artigo II determina que

> Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, **religião**, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.[705] (Grifo não presente no texto original).

Ao estabelecer que a religião é direito e liberdade de cada indivíduo e que não enseja motivo para distinção, a liberdade religiosa é alçada a um patamar de importância fundamental a nível mundial que impõe a todos a necessidade de respeitar a diversidade religiosa.

No Brasil, a liberdade religiosa é totalmente garantida, mas não foi sempre assim. E para que seja possível compreender melhor as discussões que se colocam nos dias atuais, é preciso fazer um breve histórico da evolução da liberdade religiosa. Nesse sentido:

> A análise da relação entre Estado e Igreja remonta à Antiguidade, onde muitas vezes se confundiam as figuras do Chefe de Estado e do líder religioso da época. Na Idade Média houve enorme influência religiosa nos Governos num período que ficou conhecido como "Era das Trevas", onde as decisões políticas jamais eram tomadas sem a aprovação da Santa Igreja. Em terras brasileiras, tal relação foi bastante acentuada desde o início já que em seus primórdios o Brasil foi chamado de "Terra de Santa Cruz" e teve como primeiro ato solene a celebração de uma missa realizada em 26 de abril de 1500 pelo Frei Henrique de Coimbra.[706]

Assim, é possível compreender que o Brasil apresenta vínculo com a religião desde o início de sua formação. A história das constituições brasileiras se inicia em 1824, com a primeira Constituição, outorgada por Dom Pedro I e elaborada a partir da proclamação da Independência do Brasil em 7 de setembro de 1822. As ideias do Liberalismo político, então em voga na Europa, foram a base para a concepção dessa Constituição Imperial.

Entretanto, "no contexto da liberdade de religião nada se alterou"[707]. Nesse sentido, a Igreja Católica era a única oficialmente reconhecida e designada como a Religião do Império, de forma que "o juramento do Chefe de Estado e de Governo, incluía, dentre outras obrigações

---

[705] ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, França: 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 19 janeiro 2017.
[706] ROESLER, Átila da Rold. *O Estado não tem o direito de ostentar símbolos religiosos*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7252>. Acesso em: 17 janeiro 2017.
[707] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 106.

a ele cometidas, manter a Religião Católica Apostólica Romana"[708].

Conforme o artigo 5º dessa Constituição[709], as demais religiões professadas não eram publicamente perseguidas, mas só poderiam ser praticadas em ambientes domésticos ou particulares de modo que "discriminadas, as demais igrejas não podiam se estabelecer e organizar oficial e livremente"[710]. Nesse sentido, o artigo 179, V[711], estabelecia que não haveriam perseguições religiosas desde que fosse respeitada a religião do Estado e que não fosse ofendida a "moral pública".

Ademais, os eleitores não católicos não poderiam ser nomeados deputados[712]; o Poder Executivo tinha a competência para nomear bispos e prover benefícios eclesiásticos, bem como para conceder ou negar os beneplácitos a atos da Santa Sé[713]; e foi instituído o juramento obrigatório de fidelidade à religião oficial pelo Imperador[714], pelo Herdeiro presuntivo[715] e pelos Conselheiros do Estado[716].

---

[708] SILVA NETO, op. cit., p. 106.

[709] Art. 5. 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.

[710] RIVEIRO, Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, p. 146, dez. 2012.

[711] Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
(...)
V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

[712] Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se
(...)
III. Os que não professarem a Religião do Estado.

[713] Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principaes attribuições
(...)
II. Nomear Bispos, e prover os Beneficios Ecclesiasticos.
(...)
XIV. Conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concilios, e Letras Apostolicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo approvação da Assembléa, se contiverem disposição geral.

[714] Art. 103. 0 Imperador antes do ser acclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Politica da Nação Brazileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.

[715] Art. 106.0 Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Politica da Nação Brazileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador.

[716] Art. 14I. Os Conselheiros de Estado, antes de tomarem posse, prestarão juramento nas mãos do Imperador de - manter a Religião Catholica Apostolica Romana; observar a Constituição, e às Leis; ser

Em 1891, a alteração de diversos fatores reais de poder (entre eles a Guerra do Paraguai 1864-1870, a abolição da escravidão com a Lei Áurea de 13 de maio de 1888 e a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889), culminaram com a instituição da segunda Constituição brasileira.

A Constituição de 1891 teve como principal característica a instituição da forma republicana de Governo e a forma federativa de Estado. Outrossim, foi estabelecida a oficial separação entre Igreja e Estado, de modo a garantir a todos os indivíduos e confissões religiosas o livre exercício dos seus cultos e ritos.

No entanto, a liberdade religiosa foi oficialmente estabelecida mesmo antes do advento da Constituição de 1891. Nesse sentido, ocorreu que

> No final do século XIX, a crise no cenário político brasileiro alcançou tal magnitude que a relação de união Estado-Igreja se tornou insustentável, suscitando a inciativa legislativa que resultou, em 07 de janeiro de 1890, na expedição do Decreto nº 119-A, da lavra de Ruy Barbosa, por meio da qual se instaurou a laicidade estatal e se assegurou aos indivíduos, além da liberdade de crença, também a liberdade de culto.[717]

Assim, o Decreto nº 119-A proibiu expressamente a intervenção das autoridades federais e dos Estados em matéria religiosa[718], consagrou a plena liberdade de cultos[719] e extinguiu o padroado[720].

Desse modo, "a primeira Constituição da República (1891), no mesmo sentido, consolidou a separação entre Estado e religião, bem como os princípios basilares da liberdade

---

fieis ao Imperador; aconselhal-o segundo suas consciencias, attendendo sómente ao bem da Nação.

[717] RIVEIRO, Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, p. 147, dez. 2012.

[718] Art. 1º 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 differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.

[719] Art. 2º 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.

[720] Art. 4º Fica extincto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas.

religiosa (artigo 72, §§ 3º a 7º, 28 e 29[721])"[722].

Essa Constituição também apresenta o reconhecimento exclusivo do matrimônio civil e a educação pública liberta "de todo e qualquer patrulhamento ou vinculação de caráter religioso"[723].

Entretanto, a separação oficial entre Estado e Igreja não significou total afastamento das práticas de discriminação com as demais religiões, uma vez que "a doutrina indica que o Estado brasileiro se mostrou arredio a qualquer forma de manifestação religiosa, muito em razão dos traumas gerados pelos constantes conflitos envolvendo Estado e Igreja vivenciados no final do Império brasileiro"[724].

Com o impulso da Revolução de 1930 e da Revolução Constitucionalista de São Paulo de 1932, a terceira Constituição brasileira foi promulgada em 1934. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil manteve a vedação para o relacionamento entre Estado e Igreja e consagrou a liberdade religiosa como direito individual.

A Constituição de 1934 aperfeiçoou alguns dispositivos já existentes na Constituição anterior, além de

> Reafirmar os princípios norteadores da liberdade religiosa no Estado

---

[721] Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:
(...)
§ 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum.
§ 4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.
§ 5º Os cemiterios terão caracter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral publica e as leis.
§ 6º Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos publicos.
§ 7º Nenhum culto ou igreja gosará de subvenção official, nem terá relações de dependencia ou alliança com o Governo da União, ou o dos Estados. A representação diplomatica do Brasil junto á Santa Sé não implica violação deste principio.
(...)
§ 28. Por motivo de crença ou de funcção de seus direitos civis e politicos, nem eximir-se do cumprimento de quelquer dever civico.
§ 29. Os que allegarem por motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos e os que acceitarem condecoração ou titulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos politicos.

[722] RIVEIRO; VENTURINE, op. cit., p. 148.

[723] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 107.

[724] RIVEIRO Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, p. 150, dez. 2012.

> brasileiro – considerando invioláveis as liberdades de consciência e de crença e livre o exercício dos cultos religiosos (artigo 113, item 5[725]) – e inovar ao conferir validade (efeitos civis) ao casamento religioso (artigo 146[726]), bem como ao permitir a assistência religiosa em expedições militares, hospitais, penitenciárias e outros estabelecimentos oficiais (artigo 113, item 6[727]).[728]

Passados três anos da instituição da Constituição de 1934, a quarta Constituição brasileira foi imposta pelo então Presidente Getúlio Vargas. A Constituição do Estado Novo, também conhecida como "A Polaca", conservou a separação entre Estado e Igreja e a liberdade religiosa como direito dos cidadãos.

Por se tratar de momento histórico em que as liberdades individuais foram reduzidas, a Constituição "só fez menção expressa ao livre exercício dos cultos religiosos (artigo 122, item 4[729]), omitindo-se em relação às liberdades de consciência e de crença"[730].

Como resultado da redemocratização do país e do afastamento de Getúlio Vargas do poder, a quinta Constituição brasileira foi promulgada em 1946. No que tange aos aspectos

---

[725] Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.

[726] Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

[727] Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
6) Sempre que solicitada, será permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos. Nas expedições militares a assistência religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos.

[728] RIVEIRO, Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, p. 150, dez. 2012.

[729] Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
4º) todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes;

[730] RIVEIRO; VENTURINE, op. cit., p. 152.

religiosos, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil passou a admitir a colaboração dos segmentos religiosos em prol da prevalência do interesse público[731] e a inviolabilidade das liberdades de consciência e de crença, bem como o livre exercício dos cultos religiosos[732]. Ademais, essa Constituição apresentou outros avanços, tais como

> i) a recusa, por convicção religiosa, quanto ao cumprimento de obrigação a todos imposta não implicaria a perda de qualquer direito, exceto se o indivíduo se eximisse também de satisfazer obrigação alternativa prevista em lei e, por outro lado, ii) direito à prestação religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva[733], como os presídios.[734]

Ainda foram novamente garantidos os efeitos civis do casamento religioso[735] e o ensino religioso de matrícula facultativa nas escolas públicas[736]. É possível dizer que essa Constituição não trouxe grandes inovações na proteção da liberdade religiosa, mas "o fato de ter recuperado e consagrado o conteúdo das liberdades anteriormente expressas na Constituição de 1934, rompendo com o autoritarismo que a precedeu, por si só, deve ser considerado de significativa importância"[737].

---

731 Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:
(...)
III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

732 Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
§ 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.

733 Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
§ 9º - Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiro (art. 129, nº s I e II) assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva.

734 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 108.

735 Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.
(...)
§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

736 Art 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:
(...)
V - 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;

737 RIVEIRO, Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade

Com o Golpe Militar e a necessidade de institucionalizar os ideais e princípios militares, em 1967, foi outorgada a sexta Constituição brasileira. Em 1969, houve a Emenda Constitucional nº 01, considerada por alguns como uma nova Constituição. Fato é que houve poucas alterações significativas no âmbito da liberdade religiosa, uma delas foi a inclusão do credo religioso como gênero, assim como sexo, raça, trabalho e convicções politicas, impedindo "a consumação de desequiparações fortuitas fundadas igualmente na opção religiosa"[738].

Desse modo, é possível afirmar que na Constituição eram assegurados os direitos à liberdade de consciência e ao livre exercício do culto[739], porém a realidade daquele momento histórico não era como a apresentada na carta constitucional, de modo que

> Verificamos na prática que qualquer culto público que manifestasse ideias ou comportamentos que mencionasse termos como justiça ou liberdade de consciência seria associado à revolta e entendido como ameaça aos princípios do Regime e, logo seria duramente reprimido.[740]

A Constituição "reafirmou o caráter laico do Estado brasileiro, anunciou a possibilidade de colaboração entre o poder público e as religiões, restringindo-a, contudo à forma e aos limites de lei federal[741]"[742].

Com o esgotamento do regime militar e o êxito das forças democráticas na eleição indireta realizada pelo Congresso Nacional para a escolha do Presidente da República, em 5

Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, p. 153, dez. 2012.

[738] SILVA NETO, op. cit., p. 109.

[739] Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
§ 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

[740] SOUSA, Aniédia Kelly Alves da Silva; BARBOZA, Gleza Bezerra; PEREIRA, Maria Liduína. *A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras*. In: Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45076/a-liberdade-religiosa-nas-constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 13 maio 2017.

[741] Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:
(...)
II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de Interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar;

[742] RIVEIRO, Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, p. 154, dez. 2012.

de outubro de 1988 foi promulgada a sétima Constituição brasileira, que continua em vigor.

A Constituição Cidadã foi assim chamada por ser amplamente voltada para a defesa dos direitos dos cidadãos. A presente Constituição prevê a valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana, a tutela de novas espécies de direitos (como os direitos difusos e coletivos), a importância dos direitos sociais e várias outras mudanças. Assim, a liberdade religiosa é apresentada no rol dos direitos fundamentais formais, de modo que se relaciona com o texto constitucional como um todo. Nesse sentido, é possível afirmar:

> A Constituição de 1988, considerada a Carta Política mais protetiva dos direitos e liberdades individuais da história do constitucionalismo brasileiro, em harmonia com seus valores supremos e objetivos fundamentais[743], consagrou o direito à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, ao livre exercício dos cultos religiosos[744], e inovou ao estabelecer imunidade tributária sobre templos de qualquer culto[745], como forma de concretização da liberdade de organização religiosa.[746]

Ademais, fica evidente que a liberdade religiosa está totalmente relacionada com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da ordem constitucional brasileira, uma vez que "*a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa*"[747]. Nesse sentido, é possível afirmar que

> A dignidade da pessoa humana, enquanto qualidade intrínseca do próprio indivíduo e princípio (e valor) fundamental que goza de caráter normativo –

---

[743] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[744] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[745] Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)
VI - instituir impostos sobre:
(...)
b) templos de qualquer culto;

[746] RIVEIRO, Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, p. 155-156, dez. 2012.

[747] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 114.

> e, portanto, vinculante –, deve embasar a busca da concretização de todos os direitos fundamentais, inclusive o pleno desenvolvimento da liberdade religiosa.[748]

Dessa forma, a liberdade religiosa na Constituição de 1988 também se relaciona diretamente com a organização do Estado brasileiro, na medida em que é apresentada a forma com que a sociedade política deve se relacionar com os segmentos religiosos[749].

O que é importante ressaltar é a consagração da liberdade religiosa plena apresentada na Constituição Federal de 1988, ao prever de forma explícita a liberdade religiosa como forma de livre manifestação de pensamento. Assim, fica evidente que o respeito às diversas crenças e religiões professadas pela população brasileira, bem como o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, são os pilares estabelecidos pela Constituição.

Além do apresentado ao longo das Constituições brasileiras, é importante abordar algumas decisões, nacionais e internacionais, que trataram do presente tema. É o caso dos julgamentos que ocorreram na Corte Europeia de Direitos Humanos, no Tribunal Constitucional Alemão, bem como no Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, é preciso falar sobre a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1995. O julgamento envolveu o uso de crucifixos nas salas de aula de escolas públicas e foi provocado pelos pais de uma aluna de 10 anos que frequentava uma escola que ostentava um crucifixo sobre o quadro negro. A demanda percorreu as diversas instâncias do Judiciário alemão até que chegasse ao Tribunal Constitucional.

A decisão final seguiu o entendimento de que os crucifixos deveriam ser retirados das escolas públicas, uma vez que a sua presença claramente violava a Lei Fundamental. O argumento utilizado sustentava que a liberdade de crença assegurada pela Lei Fundamental envolvia não somente a liberdade de seguir uma religião, mas também a de recusar qualquer tipo de convicção religiosa. Ademais, ficou evidente o entendimento de que as escolas públicas possuem um limite de orientação ideológica e religiosa e que a manutenção de crucifixos ultrapassava o limite balizado pela liberdade de crença.

---

[748] RIVEIRO; VENTURINE, op. cit., p. 158.

[749] Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - 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;

A repercussão na sociedade foi grande e culminou com a edição de uma lei estadual que permite o uso dos crucifixos nas escolas públicas, tendo em vista o seu caráter histórico e cultural. Tal lei ainda previu que se os pais de alunos se opusessem à presença do crucifixo por motivos de crença e ideologia, a escola deveria buscar alguma forma de acordo. Se não fosse possível nenhum tipo de acordo, uma instância mediadora seria a responsável pela resolução do conflito. Houveram questionamentos acerca da constitucionalidade da lei, que no fim foi declarada constitucional.

Sobre o mesmo tema, o caso tratado pela Corte Europeia de Direitos Humanos foi provocado na Itália. Uma cidadã italiana foi à Corte Europeia de Direitos Humanos por entender que o uso de crucifixos em escolas públicas

> violava não só o direito fundamental titularizado pelos pais, no sentido de educarem seus filhos de acordo com suas próprias premissas religiosas ou filosóficas, mas, por igual, o direito fundamental à liberdade de crença, a proibir quaisquer comportamentos públicos que pudessem gerar, ainda que indiretamente, indevida indução, manipulação ou ilegítimo dirigismo estatal, quando em tema a livre formação de preferências religiosas (ou areligiosas ou anti-religiosas).[750]

Novamente, o argumento utilizado para justificar a manutenção dos crucifixos foi o seu caráter histórico e cultural, bem como a existência de outras significações nos crucifixos. Outrossim, o Governo Italiano também alegou que os crucifixos estavam alinhados com a inspiração cristã de parte essencial da população e que, por isso, não violava a imparcialidade e neutralidade do Estado em matéria religiosa.

A decisão, proferida em 2009, entendeu que a liberdade e dignidade de todas as crenças deveriam prevalecer, de modo que o Estado não poderia apresentar comportamentos que fossem capazes de identificá-lo como dando preferência a determinado pensamento religioso. Ademais, a decisão determinou que os crucifixos fossem retirados das escolas públicas italianas.

Entretanto, em 2011, após apelação do Governo Italiano e grande resistência ao cumprimento da decisão, a Câmara Principal da Corte Europeia de Direitos Humanos reverteu

---

[750] PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. A Condenação da Itália pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por Ostentar Crucifixos em Escolas Públicas: uma lição ao Brasil. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, a. 3, 2009/2010.

a decisão. O entendimento adotado foi o de que cabe a cada Estado decidir sobre o uso ou não de símbolos religiosos em suas escolas públicas e isso só causaria a violação de direitos se houvesse a tentativa de doutrinar religiosamente os alunos ou se houvesse discriminação com outras crenças e religiões.

No âmbito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal foi provocado algumas vezes para tratar de temas que envolvem a liberdade religiosa. É o caso da ADI 2076[751], que determinou que a menção "sob a proteção de Deus" feita no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 não tem força normativa e, portanto, não é norma de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais.

Em outra ocasião, o Supremo decidiu no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada 389[752] que estudantes judaicos[753] não teriam direito a fazer a prova do Enem (Exame Nacional do Ensino Médio) em data alternativa e estabeleceu que as provas deveriam ser aplicadas nas datas previstas na inscrição. O argumento apresentado no voto vencedor era de que os alunos poderiam solicitar atendimento especial para garantir a participação de pessoas com limitações por motivo de convicção religiosa (como, por exemplo, ter o início da prova do sábado após o pôr do sol) e que esse instrumento seria o que melhor acomodava os interesses em questão. Ademais, a alteração das datas da prova para um grupo religioso específico violaria o princípio da isonomia e a neutralidade Estatal em relação às demais crenças religiosas.

No que diz respeito à utilização de símbolos religiosos em espaços públicos, temos a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Em 2012, o Conselho da Magistratura do TJRS determinou a retirada dos crucifixos e símbolos religiosos das dependências do Tribunal sob o argumento de que o espaço público do Judiciário deveria ostentar apenas símbolos oficiais do Estado para que a isonomia e a neutralidade da laicidade Estatal fosse garantida.

No entanto, em 2016, o Conselho Nacional de Justiça determinou que os símbolos religiosos, em especial os crucifixos, não afetavam o Estado laico, bem como não induziam

[751] STF - ADI: 2076 AC, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 15/08/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218.
[752] STF - STA: 389 MG, Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Data de Julgamento: 03/12/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-01 PP-00001.
[753] A solicitação dos alunos judaicos era que a data das provas fosse alteada pela União para que não coincidisse com o Shabat, entre o pôr do sol de sexta-feira até o pôr do sol de sábado, ou qualquer outro feriado religioso judaico.

nenhum cidadão a adotar algum tipo de crença ou religião e nem excluía ou diminuía os que possuíssem outras crenças e religiões.

Mais recentemente, a ADI 4439, que objetiva dar interpretação conforme a Constituição Federal sobre o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras, teve a data de julgamento determinada. A presente ADI, que será julgada em 23/8/2017, foi proposta em 2010 pela Procuradoria-Geral da República para que seja declarado que o ensino religiosos nas escolas públicas seja feito de forma não-confessional, para que não haja o favorecimento de certas confissões religiosas em detrimento de outras.

Em 2015, foi realizada uma audiência pública para discutir o tema. Durante a audiência pública, 31 entidades defenderam seus pontos de vista sobre o assunto e diversos posicionamentos foram apresentados, como a defesa da manutenção do ensino religioso nas escolas públicas como já é feito (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB), o argumento de que o ensino religioso deve ser feito nas igrejas, templos e ambientes religiosos e não nas escolas públicas (Convenção Nacional das Assembleias de Deus), o entendimento de que o ensino religioso nas escolas públicas deve envolver todas as religiões (Federação Nacional do Culto Afro-Brasileiro), entre outros.

Assim, é possível perceber a complexidade do tema. Claramente é um assunto que possui inúmeros posicionamentos e grande influência popular. Por abordar as crenças de várias pessoas, assim como questões que há muitos anos fazem parte da tradição de certos países, é um tema que suscita grandes polêmicas. A seguir será possível estudar alguns conceitos que fazem parte desse debate.

3. A Liberdade Religiosa e o Princípio da Laicidade

Após breve apanhado histórico do desenvolvimento da liberdade religiosa nas Constituições brasileiras e das principais decisões nacionais e internacionais, é preciso definir o conceito de liberdade religiosa. Tal concepção era antes entendida como o direito que cada indivíduo tem de crença e de culto. No entanto, hoje esse entendimento é ampliado para a garantia de respeito e tolerância não só às diversas religiões professadas, mas também à própria descrença.

Silva Neto demonstra que “é tripartite o direito individual à liberdade religiosa:

liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa"[754]. Assim, a liberdade religiosa ganha um aspecto mais amplo e abrangente, de modo que não é necessário crer em uma divindade para que se possa exercer a liberdade religiosa, mas "incorporar o direito quanto a crer naquilo que melhor atenda às necessidades espirituais do ser humano"[755].

Dentro desse entendimento de que a liberdade religiosa engloba a liberdade de consciência, de crença, de culto e de organização religiosa, é preciso que sejam feitas algumas distinções. Em primeiro lugar, a liberdade de consciência é mais abrangente e pode ser entendida como gênero da qual a liberdade de crença é espécie[756]. Nesse sentido, é possível afirmar que

> O constituinte de 1988, ao mencioná-las de forma expressa, acertadamente as tratou como liberdades distintas, como de fato são (ainda que ambas digam respeito ao foro íntimo da pessoa). A justificativa para tanto reside justamente na possibilidade de um indivíduo descrente também ter direito à liberdade de consciência e à respectiva tutela jurídica. Em outras palavras, a liberdade de consciência, por englobar tanto a prerrogativa do indivíduo crer, quanto a de não crer, apresenta-se como mais ampla que a liberdade de crença, que, por sua vez, diz respeito às prerrogativas do indivíduo escolher determinada religião, aderir a qualquer denominação religiosa ou mudar de crença e/ou religião.[757]

Assim, outra face da liberdade religiosa, a liberdade de culto, se insere nesse contexto para concretizar o exercício da liberdade de consciência e de crença, de modo que as diversas manifestações possam ser realizadas sem sofrer interferências de terceiros ou do próprio Estado. Nessa lógica,

> As manifestações religiosas, em suas mais variadas formas, podem ocorrer não somente nos espaços próprios para cultos, mas também em praças, lugares e logradouros públicos, de modo que a proteção constitucional também deve alcançá-los, indistintamente.[758]

Portanto, a partir do momento em que o Estado brasileiro adota o posicionamento de admitir e respeitar todas as espécies de crenças e denominações religiosas de forma igualitária,

---

[754] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 28.
[755] SILVA NETO, op. cit., p. 29.
[756] RIVEIRO, Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, p. 162, dez. 2012.
[757] RIVEIRO; VENTURINE, op. cit., p. 162.
[758] RIVEIRO, Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, p. 162, dez. 2012.

se torna vedado interferir ou criar dificuldades à criação, organização e manutenção das religiões.[759]

É preciso ressaltar que a liberdade de organização religiosa pode sofrer restrições, uma vez que "práticas ilícitas são inadmissíveis pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda que sob o pretexto do exercício do direito fundamental à liberdade religiosa"[760].

Assim, para que todas as crenças e religiões possam ser tratadas sem distinções, é preciso que o Estado garanta a inexistência de uma "religião oficial" e que não subvencione nenhum credo. É nesse contexto que se insere o conceito de Estado laico, de modo que:

> A liberdade religiosa se inclui entres as liberdades espirituais e sua exteriorização é forma de livre manifestação do pensamento. A Constituição previu essa liberdade de modo explícito (art. 5º, inc. VI[761]) e vedou qualquer relação que possa haver entre Igreja e Estado (art. 19, inc. I[762]) consagrando o Estado laico como modelo a ser adotado de forma definitiva.[763]

Desse modo, a laicidade estatal adotada se apresenta como um princípio que opera de duas formas. Em primeiro lugar "ela salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado nas suas questões internas"[764]. E, em segundo lugar, "protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático"[765]. A partir desse entendimento, é possível afirmar:

---

[759] RIVEIRO; VENTURINE, op. cit., p. 165.
[760] RIVEIRO; VENTURINE, op. cit., p. 166.
[761] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[762] Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - 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;
[763] ROESLER, Átila da Rold. O Estado não tem o direito de ostentar símbolos religiosos. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7252>. Acesso em: 17 janeiro 2017.

[764] SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*. s.l. maio 2007.
[765] SARMENTO, op. cit.

> A laicidade se revela como um instrumento indispensável ao tratamento igualitário de todos os indivíduos, com o mesmo respeito e consideração por parte do Estado. Do contrário, ao adotar qualquer posicionamento religioso, o poder público estaria conferindo tratamento diferenciado entre os que professam aquela fé privilegiada pelo Estado e aqueles que possuem outras convicções.[766]

Fica evidente que a separação entre Estado e Igreja abrange não só o respeito pelas diversas possibilidades de crenças e religiões, mas também o "estabelecimento de regras de condutas voltadas à imposição de um comportamento estatal essencialmente fundado em determinados parâmetros"[767], em que os parâmetros são a neutralidade axiológica em matéria religiosa e a não-ingerência institucional e dogmática em relação às Igrejas[768]. Assim,

> A garantia fundamental da separação Estado-Igreja, num contexto de atribuição de máxima efetividade aos direitos de liberdade religiosa por ela tutelados, não se confunde (é bom que se diga) com a simples não-confessionalidade do Estado, impondo, para além disso, a total neutralidade axiológica dos poderes públicos em matéria de fé e o reconhecimento, em favor das organizações religiosas, de uma esfera indevassável, no que atine à sua estruturação interna e ao conteúdo mesmo de suas doutrinas de fé (não-ingerência institucional e doutrinária, respectivamente).[769]

Desse modo, a proteção do Estado laico resulta da separação entre Estado e Igreja, no sentido que "além de ser vedado ao Estado professar uma específica doutrina religiosa (tal como ocorre nos Estados confessionais), também lhe é obstado conferir tratamento diferenciado a qualquer crença ou descrença"[770].

A postura neutra do Estado abarca tanto o tratamento que é dado aos cidadãos que se identificam com dada crença ou religião, como a proibição do Estado apresentar em seus comportamentos sinais que sejam interpretados como preferência por uma determinada crença ou religião. Isso se justifica, não só na mensagem de favoritismo que é transmitida, mas

---

[766] RIVEIRO, Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, p. 169, dez. 2012.

[767] PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. Liberdade Religiosa, Separação Estado-Igreja e o Limite da Influência dos Movimentos Religiosos na Adoção de Políticas Públicas: Aborto, contraceptivos, células-tronco e casamento homossexual. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 45, n. 180, p. 348, out./dez. 2008.

[768] PINHEIRO, op. cit., p. 348.

[769] PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Condenação da Itália pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por Ostentar Crucifixos em Escolas Públicas: uma lição ao Brasil. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, a. 3, 2009/2010.

[770] PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *Estado Plural Deve Garantir Separação da Igreja*. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-28/estado-garantir-separacao-igreja-mesmo-demanda-maioria?imprimir=1>. Acesso em: 25 julho 2017.

também na exclusão de todos os cidadãos que não se identificam com a crença preferida.

> O dever de neutralidade estatal nessa seara não poderão resultar nem em compressão desproporcional do direito fundamental de liberdade religiosa, nem em sua hipertrofia, de modo a instaurar um clima de intolerância para com outras formas de expressão e mesmo uma aniquilação de manifestações religiosas minoritárias em face daquelas adotadas pelo corpo social majoritário[771].

Ademais, o postulado de neutralidade estatal "também interfere no exercício da liberdade religiosa, pois o poder público não poderá privilegiar determinada orientação religiosa, ainda que majoritária"[772].

Assim, fica evidente que o Estado deve buscar sempre a neutralidade máxima, de modo que nenhuma crença ou religião seja preterida. É evidente que esse exercício se torna mais complexo na medida em que se observa a realidade brasileira, onde a formação cultural é caracterizada por inúmeras influências que originaram diversas crenças e manifestações religiosas.

4. Os Símbolos Religiosos

A busca pela neutralidade Estatal em matéria religiosa se mostra especialmente relevante quando casos concretos estão em análise. Atualmente, é possível identificar vários casos que estão em discussão e que envolvem a liberdade religiosa em maior ou menor medida. Entretanto, o presente trabalho será dedicado aos reflexos da utilização de símbolos religiosos em espaços públicos.

Inicialmente, é preciso compreender que as questões que envolvem crenças e religiões são tão antigas quanto a humanidade e, por isso, muitas vezes as práticas religiosas se confundem com manifestações culturais. Dessa forma

> As práticas religiosas atravessaram as gerações humanas por meio do tradicionalismo, em especial da ideia do culto familiar alicerçada na autoridade e no respeito ao chefe de família das sociedades gregas e romanas, que ao logo do tempo transcende as fronteiras da política e fortalece a noção teológico-político tão presente em algumas civilizações. Sendo desenvolvidos juntamente com as noções de religiosidade os conceitos de

[771] SARLET, Ingo Wolfgang. *Liberdade Religiosa e Dever de Neutralidade Estatal na Constituição Federal de 1988*. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/direitos-fundamentais-liberdade-religiosa-dever-neutralidade-estatal-constituicao-federal-1988>. Acesso em: 20 junho 2017.
[772] SARLET, op. cit..

> moral e Direito compreendidos em sociedade até os dias atuais.[773]

Ocorre que a confusão entre prática religiosa e manifestação cultural não pode ser corroborada, pois a possibilidade de proteger uma prática religiosa sob o pretexto de que se trata de manifestação cultural acaba por privilegiar aquela religião ou crença favorecida em detrimento das demais. E esse tipo de preferência não tem lugar nos Estados laicos, neutros e não-confessionais, em que todas as crenças e religiões devem ser igualmente protegidas e respeitadas, como visto anteriormente.

É importante ressaltar que as justificações de um tratamento privilegiado a determinadas crenças ou religiões "violam flagrantemente a cláusula de separação (apoiada numa ideia de neutralidade axiológica e não de preferências) e ofendem os princípios da igual dignidade e da igual liberdade religiosa"[774] garantidos a todos os cidadãos e movimentos religiosos.

O dever dos Estados laicos é, portanto, assegurar um mercado de ideias que seja plural e igualitário, de modo que as doutrinas religiosas minoritárias não se sintam desvalorizadas ou menos importantes do que as majoritárias. Nesse sentido:

> A concessão de privilégios ou chancelas estatais a determinadas crenças, com apoio no respectivo número de fiéis, apenas eternizaria e acentuaria uma situação de desigualdade entre doutrinas, pois, ao tratar uma religião de modo especial, o Estado, interferindo no livre mercado das ideias religiosas e rompendo com sua necessária postura de neutralidade, transmitiria uma mensagem de identificação, que, por sua vez, somente viria a fortalecer ainda mais a superioridade de uma religião em relação às demais, dando origem a um círculo vicioso de desigualação.[775]

Ademais, ao estudar o desenvolvimento histórico do Brasil, é possível compreender que a realidade brasileira aponta que

> Muitas das religiões majoritárias garantiram sua hegemonia ao longo da

---

[773] SOUSA, Aniédia Kelly Alves da Silva; BARBOZA, Gleza Bezerra; PEREIRA, Maria Liduína. *A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras*. In: Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45076/a-liberdade-religiosa-nas-constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 13 maio 2017.

[774] PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. Liberdade Religiosa, Separação Estado-Igreja e o Limite da Influência dos Movimentos Religiosos na Adoção de Políticas Públicas: Aborto, contraceptivos, células-tronco e casamento homossexual. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 45, n. 180, p. 355, out./dez. 2008.

[775] PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. Liberdade Religiosa, Separação Estado-Igreja e o Limite da Influência dos Movimentos Religiosos na Adoção de Políticas Públicas: Aborto, contraceptivos, células-tronco e casamento homossexual. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 45, n. 180, p. 355-356, out./dez. 2008.

> historia nacional às custas da própria supressão da liberdade religiosa individual e dos direitos das demais organizações religiosas, competindo ao Estado, nesse contexto, em vez de perpetuar as consequências derivadas de anos de nefasta dominação, trabalhar, com total neutralidade, para que as religiões possam igualmente disputar entre si, num contexto de ampla divulgação de ideias religiosas que apenas vem a favorecer e ampliar a liberdade de escolha dos indivíduos.[776]

Dessa forma, embora a realidade brasileira nos leve a crer que certas práticas devam ser perpetuadas em nome da manutenção da herança histórica que recebemos, é preciso fazer a separação entre manifestação religiosa e manifestação cultural, de modo que a herança cultural de nosso país seja respeitada na medida em que não ofenda os indivíduos não representados por tais práticas.

É nesse contexto que a utilização de símbolos religiosos em espaços públicos está inserida. Em especial no Brasil, em função da forte influência cristã em nossa sociedade, não é incomum encontrar símbolos religiosos em repartições públicas, principalmente cruzes e crucifixos.

Em primeiro lugar, um dos argumentos utilizados para justificar a manutenção dos símbolos religiosos é de que as cruzes e crucifixos são símbolos da cultura brasileira e não carregam significação religiosa, pois apenas homenageiam princípios éticos e representam a paz. O contraponto é o seguinte:

> Ainda que a exposição de cruzes e crucifixos faça realmente parte da cultura brasileira, tal circunstância não possui o condão de afastar o cunho religioso desses símbolos, mesmo que deles também possam ser extraídas outras significações. A conotação religiosa não se esvai.
> Cogitar-se que se tratam de meros objetos decorativos, com o único e exclusivo fim de enfeitar os ambientes públicos, por outro lado, é negar a própria origem desses símbolos. De fato, sempre foram e ainda são portadores de uma forte significação religiosa. Justamente por isso, quem se insurge contra a manutenção desses signos em espaços públicos, o faz por entender que, num Estado Democrático de Direito, o poder público não deve identificar-se com qualquer credo religioso, mas, sim, manter-se neutro em matéria religiosa e, dessa forma, promover a igualdade entre os administrados.[777]

Outro argumento apresentado a favor da manutenção das cruzes e crucifixos se baseia no fato de que a retirada desses símbolos poderia levar a alteração de uma situação já

---

[776] PINHEIRO. op. cit., p. 357.
[777] RIVEIRO, Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, p. 173, dez. 2012.

consolidada em um país composto por uma grande maioria de adeptos da fé cristã.

O problema encontrado nessa argumentação é justamente a impossibilidade de se justificar um tratamento especial para determinado segmento da população pelo simples fato de ser pertencente a uma maioria, em especial porque um dos objetivos dos Governos atuais é, ou deveria ser, propriamente a escuta e a inclusão de todas as parcelas da sociedade sem distinção, sejam grupos majoritários ou minoritários[778]. Assim,

> Mesmo que os cidadãos de determinado país filiem-se, em sua grande maioria, a uma específica religião, isso não autoriza que o Estado, enquanto entidade, venha também a adotar como sua as doutrinas pregadas pela religião da maioria de seus cidadãos, em detrimento de todos os demais indivíduos, pois o fato é que foi precisamente a união entre Estado e grupos religiosos majoritários (com as consequentes perseguições e imposições unilaterais daí resultantes) o elemento subjacente às reivindicações pela consagração, em sede constitucional, da liberdade religiosa e da separação Estado-Igreja.[779]

Ainda, é preciso distinguir as manifestações de fé feitas por particulares e pelo Estado. O que se entende como indevido é a manifestação de fé em repartições públicas feita pelo Estado, pois a ele recai a obrigação constitucional de neutralidade no âmbito religioso. Mas, aos particulares é dada a garantia de liberdade de professar a sua fé, de modo que "o espaço público não é incompatível com manifestações de fé, e estas serão legitimadas desde que feitas ou externadas pelos próprios cidadãos, e não pelo Estado"[780].

É evidente que essa obrigação de neutralidade estatal não é absoluta e certas medidas de suporte estatal à religião são legítimas, desde que justificáveis pela proteção de bens jurídicos constitucionalmente garantidos por razões não religiosas. Nesse sentido:

> É o caso da conservação de igrejas barrocas ou de monumentos turísticos com conotação religiosa, em que a ação do Estado decorre da sua missão de proteção do patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico. É, também, creio eu, a hipótese de pelo menos alguns feriados religiosos, como

---

[778] ROESLER, Átila da Rold. *O Estado não tem o direito de ostentar símbolos religiosos*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 73, fev. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7252>. Acesso em: 17 janeiro 2017.

[779] PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. Liberdade Religiosa, Separação Estado-Igreja e o Limite da Influência dos Movimentos Religiosos na Adoção de Políticas Públicas: Aborto, contraceptivos, células-tronco e casamento homossexual. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 45, n. 180, p. 357, out./dez. 2008.

[780] PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *Estado Plural Deve Garantir Separação da Igreja*. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-28/estado-garantir-separacao-igreja-mesmo-demanda-maioria?imprimir=1>. Acesso em: 25 julho 2017.

> o Natal e a Páscoa, em que a proteção da liberdade de religião da maioria pode justificar que se lhe conceda a possibilidade de celebração da data, que poderia ficar comprometida caso houvesse a obrigação de trabalhar naquele dia.[781]

Por tudo que foi dito, é possível concluir que

> A fixação ou manutenção, pelo Estado ou por seus Poderes, de símbolos distintivos de específicas crenças religiosas representa uma inaceitável identificação do ente estatal com determinada convicção de fé, em clara violação à exigência de neutralidade axiológica, em nítida exclusão e diminuição das demais religiões que não foram contempladas com o gesto de apoio estatal e também com patente transgressão à obrigatoriedade imposta aos poderes públicos de adotarem uma conduta de não-ingerência dogmática, esta última a assentar a total incompetência estatal em matéria de fé e a impossibilidade, portanto, do exercício de qualquer juízo de valor (ou de desvalor) a respeito de pensamentos religiosos.[782]

Por isso, o entendimento que se tira é que a postura do Estado brasileiro deve ser pautada na busca pela neutralidade no que se tratar das questões religiosas, conforme estabelecido pela Constituição e de modo a não ofender as demais crenças e religiões que não se sintam representadas pelos símbolos religiosos que atualmente estão presentes nas repartições públicas.

5. Conclusão

O presente trabalho teve como principais objetivos apresentar um estudo sobre o direito fundamental à liberdade religiosa e apresentar a discussão existente acerca do uso de símbolos religiosos em espaços públicos.

Primeiramente, foi feito um breve apanhado histórico da liberdade religiosa nas constituições brasileiras para que fosse possível compreender como se deu o desenvolvimento de tal tema. Com isso, foi possível observar que o Brasil apresenta relações com a Igreja desde o início de sua formação, uma vez que o primeiro ato solene da então denominada "Terra de Santa Cruz" foi a celebração de uma missa.

Dessa forma, primeira Constituição brasileira (1824) apresentava a Igreja Católica

---

781 SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*. s.l. maio 2007.

782 PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Condenação da Itália pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por Ostentar Crucifixos em Escolas Públicas: uma lição ao Brasil. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, a. 3, 2009/2010.

como a única oficialmente reconhecida e designada como a religião do Império. Entretanto, em 1890, foi expedido o Decreto 119-A, que instaurou a laicidade estatal e a liberdade de crença e de culto.

A seguinte Constituição (1981) consolidou o entendimento apresentado no Decreto 119-A e, desde então, as Constituições brasileiras mantiveram, de forma mais ou menos abrangente, a liberdade religiosa e o Estado laico.

A atual Constituição brasileira (1988) é amplamente voltada para a defesa dos direitos dos cidadãos e traz a liberdade religiosa no rol dos direitos fundamentais formais, de modo que consagrou a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença e o livre exercício dos cultos religiosos.

Também foi feita uma breve análise a respeito de algumas decisões nacionais e internacionais que tratam da liberdade religiosa. Foram abordados julgamentos que ocorreram na Corte Europeia de Direitos Humanos, no Tribunal Constitucional Alemão e no Supremo Tribunal Federal que demonstraram a complexidade do tema, que possui inúmeros posicionamentos e grande influência popular.

Em seguida, foi feito um estudo a respeito do conceito de liberdade religiosa e do princípio da laicidade. Inicialmente, entende-se que a liberdade religiosa pode ser definida como a garantia de respeito e tolerância não só às diversas crenças e religiões professadas, mas também à própria descrença.

Ademais, o direito à liberdade religiosa abrange a liberdade de consciência, de crença, de culto e de organização religiosa, de modo que passa a apresentar um significado mais amplo e abrangente. Por sua vez, o princípio da laicidade apresenta a vedação ao Estado professar uma específica doutrina religiosa, bem como a conferir tratamento diferenciado a qualquer crença ou descrença.

Enfim, foi abordada a questão da utilização dos símbolos religiosos em espaços públicos. Inicialmente foi feita a distinção entre práticas religiosas e manifestações culturais, partindo do entendimento de que mesmo que as práticas religiosas sejam tão antigas quanto as manifestações culturais, elas não podem se confundir. Isso se dá, pois a possibilidade de proteger uma prática religiosa sob o pretexto de que se trata de manifestação cultural acaba por privilegiar aquela religião ou crença favorecida em detrimento das demais.

Dessa forma, o dever dos Estados laicos é manter o respeito e a neutralidade diante de todas as religiões e crenças para que as doutrinas religiosas minoritárias não sejam preteridas em função das majoritárias.

Nesse sentido, a realidade brasileira aponta para a forte influência cristã, de modo que é comum a presença de símbolos religiosos, em especial cruzes e crucifixos, em espaços públicos.

A partir do estudo apresentado, foi possível concluir que o cunho religioso das cruzes e crucifixos não pode ser afastado pelo argumento de que tais símbolos fazem parte da cultura brasileira e nem de que a sua retirada levaria a alteração de uma situação já consolidada em um país em que a maioria de seus cidadãos se diz cristãos.

Ademais, não é possível justificar um tratamento privilegiado para parte da população apenas por ser pertencente a uma maioria, uma vez que um dos objetivos do Estado é a busca pela inclusão de todas as parcelas da sociedade, maioritárias ou minoritárias.

Dessa forma, a fixação ou manutenção de símbolos religiosos em espaços públicos representa a identificação do Estado com determinada convicção de fé, em clara violação à laicidade estatal e em forma de exclusão e diminuição das demais crenças e religiões que não se sentem representadas nas repartições públicas. Assim, o Estado brasileiro deve buscar a neutralidade nas questões referentes aos direitos religiosos, para que nenhuma crença ou religião se sinta preterida.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Proíbe a intervenção de 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 Provisório, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm> Acesso em: 17 janeiro 2017.

BRITO, Jahye Jesus. *A Laicização na Reforma da ONU*: a teoria da soberania no século XXI. São Paulo: Max Limonad, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALDINO, Elza. *Estado sem Deus*: a obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARSHALL, Paul [et al.]. *Liberdade religiosa em questão*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, França: 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/> Acesso em: 19 janeiro 2017.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. Liberdade Religiosa, Separação Estado-Igreja e o Limite da Influência dos Movimentos Religiosos na Adoção de Políticas Públicas: Aborto, contraceptivos, células-tronco e casamento homossexual. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 45, n. 180, p. 347-373, out./dez. 2008.

_____. *Estado Plural Deve Garantir Separação da Igreja*. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-28/estado-garantir-separacao-igreja-mesmo-demanda-maioria?imprimir=1>. Acesso em: 25 julho 2017.

_____. A Condenação da Itália pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por Ostentar Crucifixos em Escolas Públicas: uma lição ao Brasil. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, a. 3, 2009/2010.

RIMOLI, Francesco. Os Direitos Fundamentais em Matéria Religiosa. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, a. 26, n. 75, p. 297-324, set. 1999.

RIVEIRO, Carolina Cislaghi; VENTURINE, Daniel Manrique. O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras e a Problemática dos Símbolos Religiosos em Espaços Públicos. *Cadernos Jurídicos: curso de Direito UNISAL*, Campinas, v. 3, n. 5, dez. 2012.

ROESLER, Átila da Rold. *O Estado não tem o direito de ostentar símbolos religiosos*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 73, fev. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7252>. Acesso em: 17 janeiro 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. *Liberdade Religiosa e Dever de Neutralidade Estatal na Constituição Federal de 1988*. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/direitos-fundamentais-liberdade-religiosa-dever-neutralidade-estatal-constituicao-federal-1988>. Acesso em: 20 junho 2017.

SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*. s.l. maio 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUSA, Aniédia Kelly Alves da Silva; BARBOZA, Gleza Bezerra; PEREIRA, Maria Liduína. *A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras*. In: Jus Navigandi. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/45076/a-liberdade-religiosa-nas-constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 13 maio 2017.

PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRESUMPTION OF JOINT LIABILITY IN ADMINISTRATIVE IMPROBIT ACTIONS IN THE FRAMEWORK OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Rafaella Bahia Spach[783]

RESUMO

O artigo objetiva a apresentação de conclusões obtidas a partir de pesquisa jurisprudencial e doutrinária acerca da responsabilização de particulares pelo Superior Tribunal de Justiça em ações de improbidade administrativa. Pretende-se demonstrar a incidência da responsabilidade solidária e a possibilidade de proporcionar a desconsideração do grau de responsabilidade de cada réu por parte do judiciário. Buscar-se-á delimitar as consequências de tais decisões para os particulares, bem como se a atuação do judiciário tem sido de acordo com os princípios constitucionais que regem o direito administrativo sancionador. Assim, a proposta é a de localizar o limite entre a atuação protetiva ao erário e a violação de garantias e direitos dos réus.

PALAVRAS-CHAVE: improbidade administrativa- responsabilidade solidária- garantias - Superior Tribunal de Justiça- ressarcimento ao erário

ABSTRACT

This article aims to present the conclusions drawn from doctrine and jurisprudence research regarding the liability of private agents in administrative improbity actions in the Superior Court of Justice. The objective is to demonstrate the incidence of joint liability and the possibility to disregard a degree of liability each defendant by the Judiciary Branch. It aims to delimitate the consequences of these decisions for the private agents, and also to analyze if the actuation of Judiciary is being in accordance with constitutional principles regarding punitive administrative law. In this sense, the purpose of this article is to identify the boundaries between the protective action to public money and the breach of guarantees and rights of the defendants.

KEYWORDS: administrative improbity - joint and several liability - guarantees - Superior Court of Justice - Reimbursement to the treasury

1- Introdução

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8,429, de 2 de junho de 1992) dispõe sobre o rol dos legitimados passivos das ações de improbidade administrativa de maneira bem ampla, uma vez que dilata o conceito de agente público, conforme disposto no art. 1º,

[783] Bacharel em Direito pela Universidade Brasília- UnB. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP. Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/DF. Membro da Comissão de Advocacia nos Órgãos de Controle da OAB/DF. Advogada.

caput e parágrafo único da citada Lei:

> Art. 1° Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.
>
> Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Além do disposto no artigo 1º, a Lei de Improbidade Administrativa amplia o referido rol ao prever, em seu artigo 3º, que: "[a]s disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."

Ou seja, as diretrizes da Lei de Improbidade Administrativa também são aplicadas aos particulares que concorrerem para a prática do ato de improbidade ou se beneficiarem dele, uma vez que o particular pode atuar conjuntamente com os representantes do Poder Público de modo concorrente.

O conceito se estende ainda para abarcar agentes políticos, agentes de fato, delegatários de serventias do registro público, sucessores, advogados e árbitros, por exemplo.

Por consequência da aludida extensão, muitas são as ações de improbidade administrativa que terminam por apurar a responsabilidade de particulares e por condená-los às penas da Lei nº 8.429/1992.

Em um cenário em que a sociedade cobra um posicionamento mais enérgico do Judiciário acerca de desvios de conduta com potencial lesivo à Administração Pública e ao erário, faz-se necessário determinar os limites que devem cercar eventuais condenações, para que não haja o atropelamento dos direitos dos investigados e da penalidade justa em prol do desejo de condenação.

A ideia de condenação justa vem embalada nos ditames da necessidade de

individualização das condutas dos réus da ação de improbidade. Assim, as condutas que concorrem para a promoção do dano devem ser proporcionalmente punidas, na exata medida em que concorreram para o prejuízo.

Entendimento esse que decorre tanto do princípio geral da proporcionalidade, a partir do disposto no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, ao exigir que as penas aplicadas respeitem a extensão do ato ímprobo praticado, quanto da incidência dos princípios da pessoalidade e da individualização da sanção, bem como da necessidade de individualização das condutas nas ações de improbidade administrativa.

No que tange aos princípios da pessoalidade e da individualização da sanção, há necessidade de demonstrar sua aplicabilidade no âmbito no direito administrativo, uma vez que não há discussão sobre sua aplicabilidade no âmbito do direito penal.

Assim, destaca-se que tais princípios são desdobramentos do princípio da culpabilidade[784] que, na visão majoritária da doutrina, não pode se limitar ao Direito Penal.

É a posição de Fábio Medina Osório quando afirma que:

> A indagação evidente, no cenário constitucional que condiciona o Direito Punitivo, a esta altura já amadurecida, é a seguinte: ficaria o princípio da culpabilidade adstrito, na produção de seus efeitos e reflexos, ao campo penal, diante da fundamentação preliminar que ostenta? Parece-nos evidente que não. E isso porque tal princípio não tem natureza essencialmente penal, mas sim constitucional. Os dispositivos dos quais deflui a culpabilidade são constitucionais e limitam o Direto Punitivo como um todo. Trata-se, nesse passo, de consagrar garantias individuais contra o arbítrio, garantias que se corporificam em direitos fundamentais da pessoa humana, os quais somente resultam protegidos se houver a segurança de que as pessoas não sejam atingidas por um poder sancionador autoritário, que despreze a subjetividade da conduta e a valoração em torno à exigibilidade de comportamento diverso, o que inclui o exame das clássicas excludentes penais, todas ligadas ao ideário de liberdade e dignidade humanas.[785]

Logo, a posição majoritária da doutrina, da qual é exemplo o jurista Fábio Medida Osório, defende que a natureza constitucional do princípio da culpabilidade[786] estende sua aplicação ao direito administrativo sancionador, bem como de seus desdobramentos, como é

---

[784] OSÓRIO, Fábio Medina; **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed rev. atual. ampl. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 382.
[785] Ibidem, p. 357.
[786] Diz Fábio Medina Osório, que se fala em culpabilidade em três acepções distintas, porém ligadas entre si, vale dizer: "*culpabilidade como fundamento da pena; culpabilidade como medição da pena; e culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva."* Ibidem, p. 364.

o caso dos princípios da pessoalidade da pena e de sua individualização (artigo 5, XLV, CF).

Ocorre que, atualmente, existem diversas condenações determinando a responsabilidade solidária entre os réus no que se refere ao ressarcimento dos cofres públicos, ignorando assim a individualização da conduta de cada réu e sua real responsabilidade. Basta ver que a responsabilidade solidária determina que todos os condenados sejam responsáveis pela integralidade do dano e possam ser cobrados por ele.

Ou seja, a existência de condenações de particulares, por parte do Superior Tribunal de Justiça, ao ressarcimento ao erário em ações de improbidade, como responsáveis solidários, ou mesmo a manutenção de cautelares de indisponibilidade de bens de maneira integral para cada réu, revelam a preponderância da proteção ao patrimônio público em desfavor da condenação adequada.

A proposta deste estudo é justamente levantar como se tem dado a desconsideração, pelo Judiciário, do grau de responsabilidade advindo de cada conduta para a origem do dano, o que pode evidenciar um predomínio desproporcional do objetivo de proteção do patrimônio público com a promoção de condenações inadequadas quando comparadas às condutas praticadas.

Assim, passa-se a verificar como o Superior Tribunal de Justiça tem agido em face de condenações ocorridas em ações de improbidade administrativa em que se evidencia a presunção de uma responsabilidade solidária entre os réus, tanto em sede de decisão definitiva, quanto no caso de provimentos cautelares.

Para tanto, o posicionamento indicado será apresentado por intermédio de julgados proferidos no âmbito do STJ em ações de improbidade. Também se cotejará esses julgados com as opiniões de estudiosos do assunto, como também em face dos quesitos necessários para a legalidade e legitimidade da ação de improbidade administrativa, desde a petição inicial até eventual condenação. Tudo isso com o intuito de testar e verificar a compatibilidade da posição jurisprudencial do STJ com a interpretação constitucionalmente mais adequada da Lei de Improbidade.

A partir do que foi exposto, percebe-se qual o problema da pesquisa que aqui se põe: como tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça em relação à responsabilidade solidária dos particulares nas ações de improbidade administrativa? Esse posicionamento é

compatível com a leitura majoritária da doutrina especializada? Além disso, é essa postura consentânea com os princípios constitucionais que regem a matéria?

Nossa hipótese é de resposta negativa às duas últimas questões. Essa hipótese, a partir da pesquisa empreendida, restou confirmada, a partir dos levantamentos feitos, utilizando-se o método da pesquisa jurisprudencial e doutrinária.

2- A responsabilização de particulares nas ações de improbidade administrativa

O rol de legitimados passivos das ações de improbidade administrativa atinge tanto pessoas físicas, quanto jurídicas, nos casos em que atuarem ativamente na prática do ato de improbidade. Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira os definem da seguinte maneira:

> O sujeito ativo da improbidade administrativa é a pessoa física ou jurídica que comete atos de improbidade administrativa tipificados no ordenamento jurídico. O ímprobo, sujeito ativo na relação de direito material, será réu na ação de improbidade administrativa.
>
> De acordo com a Lei. 8.429/1992, o sujeito ativo pode ser dividido em duas espécies: a) agentes públicos (art. 2º); e b) terceiros (art. 3º).[787]

Assim, o sujeito ativo do ato de improbidade será sujeito passivo da ação de improbidade administrativa, haja vista que a primeira situação corresponde à atuação para a prática do ato e a segunda corresponde à responsabilização pelo respectivo ato atribuída pelo judiciário.

No presente artigo, o foco recairá sobre a categoria dos terceiros, em virtude do objetivo de se demonstrar os reflexos da responsabilidade solidária nos particulares que atuam em conjunto com a Administração.

O termo particular aparece como indicativo tanto de pessoa física, quanto de pessoa jurídica, uma vez que o artigo 3º da Lei não faz qualquer diferenciação entre elas, sendo esse o entendimento de vários doutrinadores Juarez Freitas, José Antônio Lisboa Neiva e Wallace Paiva Martins Junior.”[788]

---

[787]NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; **Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual. 3. ed rev. atual**. São Paulo- SP: Método, 2015.p. 42

[788]Citados por: NEVES, Ibidem., p. 73.

Ademais, de acordo com o que se depreende da obra "Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual":

> [...] a interpretação mais adequada do art. 3º da Lei 8.429/1992 é aquela que admite a inserção da pessoa jurídica na qualificação de terceiro e sujeito ativo da improbidade administrativa, especialmente pelos seguintes argumentos: a) norma não faz distinção expressa entre pessoas físicas e jurídicas, não justificando restrição na sua interpretação; b) ainda que os verbos induzir e concorrer tenham relação com condutas de pessoas físicas, a norma considera terceiro aquele que se beneficie da improbidade sob qualquer forma direta ou indireta, o que é perfeitamente aplicável às pessoas jurídicas; c) as sanções de improbidade são aplicáveis, 'no que couber', aos terceiros, havendo compatibilidade entre várias sanções e as pessoas jurídicas, como ocorre, por exemplo, no ressarcimento ao erário; d) a pessoa jurídica, enquanto sujeito de direito possui personalidade jurídica própria e não se confunde com os seus sócios, razão pela qual pode se beneficiar do ato de improbidade independentemente do benefício de todos os seus sócios; e) as pessoas jurídicas respondem civilmente pelos danos causados por seus prepostos e dirigentes, não havendo motivo para se afastar a responsabilidade no caso de improbidade administrativa.[789]

Então, serão vistos como sujeitos ativos da improbidade, segundo o art. 3º da LIA, todos os particulares que, de alguma forma, colaboram para a prática do ato de improbidade, sendo considerados terceiros todos aqueles que não são abarcados pelo conceito de agente público em sentido estrito.

Ressalta-se que a jurisprudência pátria já pacificou o entendimento de que pessoas jurídicas são englobadas pelo conceito de terceiros, podendo, por consequência, responder aos atos de improbidade administrativa sem que seja necessário recorrer à desconsideração de sua personalidade, como forma de atingir aos sócios -mesmo que seja possível ao se deparar com o desvio dos objetivos contidos em seus atos constitutivos- a exemplo do acórdão proferido no Recurso Especial 1.122.177/MT, de relatoria do Ministro Herman Benjamin:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. IMPROBIDADE. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. SEQÜESTRO CAUTELAR DOS BENS. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. SÚMULA 83/STJ.
> 1. A recorrente insurge-se contra acórdão do Tribunal Regional Federal, que manteve recebimento da petição inicial de Ação Civil Pública por improbidade administrativa relacionada a suposto esquema de corrupção constatado na Procuradoria do INSS de Mato Grosso, envolvendo o favorecimento de advogados e empresas devedoras da referida autarquia com

[789] NEVES, loc. cit.

> a emissão indevida de certidões negativas de débito, ou positivas com efeitos negativos.
> 2. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.
> 3. Descabe analisar a alegada violação do princípio constitucional do juiz natural, em virtude de composição de Turma julgadora majoritariamente formada por juízes convocados, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedente do STJ.
> 4. As pessoas jurídicas que participem ou se beneficiem dos atos de improbidade sujeitam-se à Lei 8.429/1992.
> 5. A Lei da Improbidade Administrativa exige que a petição inicial seja instruída com, alternativamente, "documentos" ou "justificação" que "contenham indícios suficientes do ato de improbidade" (art. 17, § 6°). Trata-se, como o próprio dispositivo legal expressamente afirma, de prova indiciária, isto é, indicação pelo autor de elementos genéricos de vinculação do réu aos fatos tidos por caracterizadores de improbidade.
> 6. O objetivo do contraditório prévio (art. 17, § 7º) é tão-só evitar o trâmite de ações, clara e inequivocamente, temerárias, não se prestando para, em definitivo, resolver - no preâmbulo do processo e sem observância ao princípio in dubio pro societate - tudo o que haveria de ser apurado na instrução. Precedentes do STJ.
> 7. Se não se convencer da inexistência do ato de improbidade administrativa, da flagrante improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, o magistrado deve receber a petição inicial (art. 17, § 8º).
> 8. Inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em inquérito policial, as quais deverão ser submetidas ao contraditório durante a fase instrutória.
> 9. Embora a determinação judicial de interceptação telefônica somente caiba no âmbito de inquérito ou instrução criminal (Lei 9.296/1996), isso não impede que, a partir da sua realização, haja pertinente utilização como prova emprestada em Ações de Improbidade que envolvem os mesmos fatos, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.
> 10. Entendimento que segue a mesma lógica da jurisprudência do STJ e do STF, que admitem o aproveitamento da interceptação telefônica em processos administrativos disciplinares.
> 11. A decisão do Juízo de 1º grau especificou a determinação de seqüestro de bens apenas do Procurador do INSS que figura como réu, faltando interesse recursal pela empresa recorrente nesse ponto.
> 12. Em obiter dictum, tal medida insere-se no poder geral de cautela do magistrado e está expressamente prevista no art. 16 da Lei 8.429/1992, podendo ser determinada incidentalmente e antes mesmo do recebimento da petição inicial, se verificada a presença dos seus requisitos. Precedentes do STJ.
> 13. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).
> 14. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.[790]

Logo, o entendimento pela impossibilidade de pessoas jurídicas responderem por atos

[790] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1122177/MT**. Relator: Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011.

de improbidade se encontra defasado, até porque não há quem discorde de que pessoas jurídicas são pessoas de direito com individualidade única, separada e diferente da personalidade das pessoas físicas que as originaram e, por consequência, têm personalidade jurídica própria.

De toda forma, por óbvio, as sanções deverão ser compatíveis, não sendo aplicáveis aquelas que se limitam a pessoas naturais.

Além do mais, não se verifica, nas disposições do art. 3º da LIA, qualquer distinção que proporciona tratamento diferenciado entre os particulares em virtude de a personalidade ser física ou jurídica.

De toda forma, a responsabilização da pessoa jurídica deve ser apurada detalhadamente no momento destinado ao contexto probatório, de modo que necessita, para sua responsabilização nas ações de improbidade, da existência de nexo entre os atos perpetrados por pessoa física na condição de preposto ou empregado de acordo com os poderes que possui.

Afinal, caso a pessoa física referida atue fora dos poderes que lhe são outorgados, a responsabilidade pela improbidade decairá pessoalmente sobre ela, sem atingir, assim, a pessoa jurídica.

Especificamente, a atuação do particular poderá ser vista em três momentos:

> [...] anterior à prática da infração (ato de induzimento), o concomitante a sua prática (coajuvação concorrencial) e, por fim, o posterior à sua consumação (beneficiando-se com as vantagens morais ou materiais da improbidade.[791]

Em outras palavras, quando atuar antes da prática do ato, o terceiro deverá induzir o agente público a praticar o ato de improbidade, o que exige apenas que coloque na mente do agente o intuito de praticá-lo. Inserir na mente do agente a ideia é essencial para o enquadramento de sua conduta no art. 3º da Lei 8.429/92, haja vista que instigar o agente, quando esse já possui pensamentos e intenção de praticar o ato, não se subsumi ao referido artigo.[792]

---

[791] DA COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 21

[792] GARCIA, Emerson. **Sujeito dos Atos de Improbidade: Reflexões**. Fórum Administrativo FA. BH, ANO 4,

Com efeito, caso fosse necessário o enquadramento, haveria a previsão da instigação, como é o caso, por exemplo, do art. 122 do Código Penal, que prevê como crime: "Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça".

Já no caso em que o terceiro atuar concomitantemente, ou seja, em conjunto, concorrendo com o agente público para a prática do ato, poderá significar prestação de auxílio material ou até divisão de tarefas.

Por fim, quando a atuação do terceiro se der posteriormente à prática do ato pelo agente, significará apenas que o terceiro se beneficiou do referido ato, mas não influenciou para que ele ocorresse.

De toda forma, destaca-se ainda que a referida atuação pode ser ininterrupta, o que indicaria a existência de participação do terceiro, antes, durante e depois da prática do ato.

Portanto, a legitimidade passiva nas ações de improbidade não exige a evidência de efetiva participação do particular no ato ímprobo, bastando a comprovação de que tenha usufruído dos resultados para que seja responsabilizado.

Após a definição dos sujeitos que podem praticar os atos de improbidade administrativa e, por consequência, tornarem-se réus nas respectivas ações, faz-se necessário delimitar os elementos que indicam a responsabilidade dos particulares e eventuais sanções.

3- Especificação de condutas e individualização da sanção

As ações de improbidade administrativa são ações de natureza civil e exigem a identificação da conduta de cada réu, como forma de demonstrar a configuração do ato ímprobo, bem como a especificação de cada uma delas para que se delimite o grau de atuação e o nível de participação – e, por conseguinte, a sanção aplicável.

Sendo assim, pode-se entender que a tipificação da conduta de cada réu com o seu devido enquadramento nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade Administrativa é fundamento jurídico do pedido, sendo indispensável para a Ação.

Ou seja, a tipificação das condutas é condição essencial da peça acusatória, conforme

explicam Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira: "A formulação da petição inicial na qual não se tipifica a conduta do réu é inepta e deve ser indeferida, quando muito permitir-se a emenda para que o autor saneie o vício e evite a extinção terminativa."[793]

Veja-se, então, que é importante a petição inicial expor com clareza os fundamentos jurídicos não só da ação em si, como também da pretensão punitiva ou indenizatória referente a cada um dos réus e, no caso de dano ao erário, demonstrando o nexo causal entre a conduta e o efetivo prejuízo da Administração.

A necessidade de especificação das condutas está diretamente relacionada com a individualização da sanção, haja vista que a sanção deve ser proporcional à gravidade da conduta adotada e, por consequência, de sua intensidade na concorrência para gerar o dano.

Tal entendimento aparece positivado no parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa nos seguintes termos: "Na fixação das penas previstas nesta Lei, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente".

Esse dispositivo, por sua vez, nada mais é do que a especificação do mandamento constitucional (CF, art. 37, § 4º), segundo o qual as penas serão aplicadas aos agentes ímprobos "na forma e na gradação previstas em lei".

Nas palavras de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

> *In casu*, o parágrafo único, do art. 12, estipula ao Juiz a obrigatoriedade de fixar a pena levando em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.
>
> Pela proporcionalidade ou razoabilidade, o Magistrado graduará as penas cominadas pela Lei nº 8.429/92, mergulhando-se no caso concreto e seu reflexo perante o órgão público para extrair o critério lesividade e intenção de fraudar.[794]

---

[793] NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; **Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual**. 3. ed rev. atual. São Paulo- SP: Método, 2015, p. 191.

[794] DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes; **O limite da improbidade administrativa. O direito dos administrados da Lei nº 8.429/92.** 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro- RJ: América Jurídica, 2006, p. 572-

Além do mais, a aplicação das sanções de improbidade ao particular pressupõe a prática de improbidade administrativa pelos agentes públicos, sendo que a exigência da presença de agente público no polo passivo se limita às ações de improbidade administrativa, haja vista que a propositura de ação em face apenas do particular com intuito de ressarcimento ao erário é legítima.

As sanções referentes aos atos de improbidade administrativa estão elencadas no artigo 12 da LIA e são relacionadas, especificamente, aos atos taxados nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da referida lei.

O artigo. 12 dispõe que:

> 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. 9°, 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;
>
> II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano 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 cinco anos;
>
> III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente 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 três anos.
>
> IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

573.

> Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

No entanto, a simples leitura do dispositivo legal demonstra que nem todas as penas podem ser aplicadas aos particulares. Por exemplo, não faz sentido aplicar ao particular a pena de perda da função pública em virtude da incompatibilidade evidente.

Tais sanções de improbidade administrativa podem se consubstanciar em atos reparatórios ou desconstitutivos e restritivos de direito, sendo cumuláveis e podendo variar de acordo com a gravidade do ato, conforme dispõe Wallace Paiva Martins Júnior:

> As sanções típicas da improbidade administrativa previstas na Lei Federal n. 8.429/92 configuram reparações por danos materiais e morais traduzidos, consubstanciadas em provimentos condenatórios (ressarcimento do dano, pagamento de multa civil, perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos), desconstitutivos (perda de função pública) e restritivos de direitos (proibição de contratar com o Poder Público, de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e suspensão dos direitos políticos.[795]

A aplicação das referidas sanções depende ainda da comprovação do dolo ou da culpa, uma vez que "a responsabilidade do servidor público (agente) ou do terceiro é subjetiva (ação ou omissão, dolosa ou culposa) de reparar a lesão que causou ao Poder Público (patrimônio)"[796]

A necessidade de comprovação do dolo, ou seja, da vontade do sujeito para induzir, concorrer ou se beneficiar do ato ímprobo se dá em virtude de duas razões:

> 1) a responsabilidade objetiva somente é admitida nos casos especificados em lei ou em relação às atividades de risco (art. 927, parágrafo único, do CC); e 2) a improbidade culposa somente é possível na hipótese do art. 10 da Lei 8.429/1992, incompatível com as condutas exigidas no art. 3º da mesma Lei.[797]

De toda forma, no caso das pessoas jurídicas, como não há vontade ou consciência,

---

[795] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva**, Probidade Administrativa**. 4 ed., São Paulo-SP: Saraiva, 2009, p. 329.
[796] DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes; **O limite da improbidade administrativa. O direito dos administrados da Lei nº 8.429/92.** 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro- RJ: América Jurídica, 2006, p. 96.
[797] NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; **Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual**. 3. ed rev. atual. São Paulo- SP: Método, 2015, p. 70.

deve haver uma adaptação da ideia de culpabilidade. Nas palavras de Fábio Medida Osório:

> Não se trata de exigência que alcance também pessoas jurídicas, com o mesmo alcance. Pode-se sinalizar que a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à evitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação casual. É por aí que passa a culpabilidade.
>
> Poder-se-ia dizer, quem sabe, como ponderamos anteriormente, que haveria uma "culpabilidade" distinta para as pessoas jurídicas. Pensamos que o mais correto seria dizer que as decisões das pessoas jurídicas podem ser valoradas a luz de critérios objetivos próprios da análise das condutas culposas
>
> [...]
>
> Parece-nos razoável supor eu um ato, ainda que praticado por pessoa jurídica, submeta-se a pautas valorativas.[798]

Verifica-se, portanto, que, como forma de ampliar a proteção aos entes da Administração Pública, aqui considerados todas as entidades elencadas no art. 1º da LIA, estendeu-se aos particulares a responsabilidade por atos ímprobos desde que submetidos à analise do critério subjetivo, sendo as sanções aplicadas aos particulares apenas no que forem compatíveis com sua natureza e específica posição diante da Administração Pública.

4- Responsabilidade solidária. Definição e incidência nas condenações por improbidade administrativa no STJ

A Lei de Improbidade Administrativa, embora datada de 1992, ainda conta com imprecisões e lacunas jurídicas que abrem margem para uma atuação mais arbitrária do judiciário.

Em época de operações de combate à corrupção e manifestações populares que clamam pela condenação (mesmo que com o desrespeito à Constituição e ao ordenamento jurídico), o Poder Judiciário é cobrado pela sociedade para que tenha uma postura mais rígida.

Dessa maneira, a referida margem para a arbitrariedade acaba se tornando cada vez mais atrativa, de forma a possibilitar a relativização de garantias jurídicas em nome de uma suposta defesa ao erário.

---

[798] OSÓRIO, Fábio Medina; **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed rev. atual. ampl. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 389.

No âmbito da responsabilidade dos réus nas ações de improbidade administrativa, vê-se uma lacuna muito perigosa diretamente relacionada com a responsabilidade solidária.

A responsabilidade solidária é um instituto privado previsto no art. 264 do Código Civil da seguinte maneira: "Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda".

O Código Civil prevê ainda, no artigo 265, que a responsabilidade solidária não pode ser presumida, devendo ser um acordo entre as partes ou ser instituída por lei.

Ou seja, se a responsabilidade solidária não pode ser presumida, significa que, na ausência de acordo ou instituição por lei, eventuais suspeitos de serem responsáveis pela prática de determinado ato, só podem ser vistos como tais, caso haja identificação da conduta relacionada ao ato em si (nexo causal individual), bem como demonstração do nível de colaboração para a persecução do referido ato.

A Lei de Improbidade Administrativa não prevê a hipótese de responsabilização solidária dos réus, o que, logicamente, tornaria impossível a condenação de tal natureza nas ações de improbidade administrativa (volta-se ao art. 265 supramencionado que demonstra a necessidade de previsão legal). Na esfera penal e disciplinar, também não é comum encontrar casos de responsabilização solidária, exceção feita ao art. 71 da CF, que prevê a responsabilidade solidária dos agentes do controle interno que não comunicarem ao controle externo a existência de dano ao erário.

Mesmo assim, vê-se, hoje em dia, uma tendência dos tribunais em aplicar sanções condicionadas à responsabilidade solidária para permitir que o dano seja cobrado integralmente de apenas um dos réus, independente de seu grau de participação na concretização do mesmo. Até porque, inúmeras são as ações civis de responsabilidade administrativa movidas pelo Ministério Público Federal sem quantificação do dano, bem como demonstração do quantum abrangido pela responsabilidade de cada réu.

Ocorre que o princípio da individualização da sanção, bem como o da pessoalidade da pena, deveriam reger as ações de improbidade administrativa, o que, caso respeitado, torna a condenação por responsabilidade solidária em algo totalmente incoerente.

Tais princípios são assim apresentados por Fábio Medina Osório:

> (i) Princípio da pessoalidade da sanção:
>
> A pena somente pode ser imposta ao autor da infração penal. A norma deve acompanhar o fato. Igual exigência acompanha o Direito Administrativo Sancionatório. Incabível responsabilidade objetiva, eis uma das consequências do princípio da pessoalidade da sanção administrativa.
>
> Repele-se, fundamentalmente, a responsabilidade pelo fato de outrem e a responsabilidade objetiva. [799]

Destaca-se que o referido doutrinador também afasta a presunção da responsabilidade solidária em virtude da pessoalidade da sanção nos seguintes termos: "Pessoalidade da Sanção Administrativa veda, por certo, a chamada responsabilidade solidária, ainda que estabelecida por lei, porque a lei não pode violentar um principio constitucional regente do Direito Administrativo Sancionador."[800]

Embora seja mencionada a sanção administrativa, verifica-se que o princípio em si deve abarcar as sanções do direito administrativo como um todo, haja vista sua natureza constitucional, ou seja, aplica-se às ações de improbidade administrativa.

Ao lado do princípio da pessoalidade da pena, tem-se o princípio da individualização da sanção, como complementador das suas disposições. Esse princípio reforça a necessidade de cada um responder na medida de sua atuação, em proporcionalidade com sua participação. Fábio Medina Osório o conceitua da seguinte maneira:

> (ii) Princípio da individualização da sanção:
>
> A individualização da pena confere aos sentenciados direito subjetivo público perante o Estado-Juiz, analogamente transferido às autoridades administrativas competentes, traduzindo-se em exigência de fundamentação adequada e proporcional nos moldes exemplificativos e referenciais dos vetores do art. 59 do Código Penal, dispositivo que não consagra poderes discricionários e sim conceitos jurídicos indeterminados, ao mesmo teoricamente..[801]

Assim sendo, se essa modalidade de responsabilidade não pode ser presumida, não deveria ser aplicada em casos de improbidade administrativa em que se é, ou pelo menos deveria ser, obrigatória a individualização da conduta para que haja a aplicação da

[799] OSÓRIO, 2011, p. 382.
[800] Ibidem, p. 383.
[801] OSÓRIO, 2011, p. 384.

sanção justa e adequada.

Destaca-se aqui que os referidos princípios, muito aplicados no direito penal em decorrência do artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, tem sua aplicação no direito administrativo defendida por Fábio Medina Osório em virtude de constituírem desdobramentos do princípio da culpabilidade, de natureza constitucional, conforme já apresentado no capítulo introdutório.

Especificamente, acerca da aplicabilidade do princípio da pessoalidade da sanção, verifica-se que sua aplicação no direito administrativo é sustentada pelo aludido jurista nos seguintes termos:

> O princípio da pessoalidade da pena, de natureza constitucional, se estende, em tese, ao Direito Administrativo Sancionatório e é um desdobramento do princípio da culpabilidade. Trata-se de direito fundamental inerente ao devido processo legal punitivo.
>
> A pena criminal somente pode atingir o sentenciado (art. 5ª, XLV, CF), exigência que nos parece incidente no campo do Direito Administrativo Sancionador. A pena administrativa somente pode tingir a pessoa sancionada, o agente efetivamente unido, não podendo ultrapassar de sua pessoa.[802]

Há também, como representante dessa corrente, Edilson Pereira Nobre Júnior, que explica a necessidade de aplicação de princípios oriundos da constituição, inicialmente restritos ao direito penal, como é o caso do princípio da pessoalidade da pena – desdobramento do princípio da culpabilidade- na esfera administrativa, da seguinte maneira:

> Ademais, não é despiciendo suster que as garantias constitucionais implícitas, inerentes ao Estado Democrático de Direito (art. 5º, §2º, CF), conduzem à aplicação, o quanto possível, dos postulados penais às faltas administrativas.
>
> Fincado esse remate, resta-nos mencionar, neste tópico, quais os balizamentos, emergentes do Direito Penal, capazes de nortear o desempenho das atribuições punitivas da Administração Para análise mais didática, podem, grosso modo, ser agrupados sob os planos substancial e formal. Eis alguns deles:) legalidade; b) tipicidade; c) culpabilidade; d) proporcionalidade; e) retroatividade da norma favorável; f)*non bis in idem; g) non reformatio in pejus.*[803]

Por fim, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça já determinou a necessidade

---

[802] Ibidem, p. 383.
[803] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jan/mar.2000; p. 130. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47499/45245. Acesso em 30/07/2017.

de individualização das condutas nos casos de ações de improbidade, como forma de impedir que o autor do fato responda além da sua cota de participação a exemplo do acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 875.425/RJ:

> ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATOS IRREGULARES. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE NÃO RECONHECIDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 12 DA LEI 8.429/92. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE INOBSERVADOS. READEQUAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.
> 1. No caso dos autos, o Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra o ex-Presidente e o ex-Diretor de Administração da Casa da Moeda, com fundamento no art. 11, I, da Lei 8.429/92, em face de supostas irregularidades em contratos firmados sem a realização de processo licitatório. Por ocasião da sentença, o magistrado em primeiro grau de jurisdição julgou procedente o pedido da referida ação para reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e condenar os requeridos, com base no art. 12, III, da Lei 8.429/92.
> (...)
> 5. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto**, "a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente" (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa.**
> 6. Na hipótese examinada, os recorrentes foram condenados na sentença ao pagamento de multa civil "correspondente a cinco vezes o valor da remuneração recebida pelos Réus à época em que atuavam na Casa da Moeda do Brasil (CMB) no período da contratação irregular, devidamente atualizado até o efetivo pagamento, bem como decretar a perda da função pública que eventualmente exerçam na atualidade, a suspensão dos direitos políticos por três anos e a proibição dos Réus de contratarem com o Poder Público pelo prazo de três anos" (fls. 371/378), o que foi mantido integralmente pela Corte a quo. Assim, não obstante a prática de ato de improbidade administrativa pelos recorrentes, **a imposição cumulativa de todas as sanções previstas na referida legislação não observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Tal consideração impõe a redução do valor da multa civil de cinco para três vezes o valor da remuneração, bem como autoriza o afastamento da sanção de suspensão dos direitos políticos dos recorrentes.
> 7. Provimento parcial dos recursos especiais, tão-somente para readequar as sanções impostas aos recorrentes.[804]

[804] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 875.425/RJ**, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA

(grifo da autora)

De toda forma, cumpre destacar que houve o tempo em que a jurisprudência indicava a restrição da aplicação do princípio da individualização da sanção ao direito penal, mesmo que, na atualidade, o próprio STJ venha entendendo que não é privilégio do direito penal, conforme se verifica nos julgados: (i) AgRg no MS 21.553/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 02/02/2017 e (ii) MS 21.138/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 13/10/2015

Nesse sentido, o acórdão proferido em sede do RMS 20.665, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, é bastante esclarecedor ao permitir a aplicação de princípios antes vistos apenas na esfera penal, também na esfera administrativa, da seguinte maneira:

> A aplicação de penalidades, ainda que na esfera administrativa, deve observar os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, isto é, a fixação da punição deve ater-se às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir à Administração), e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais). A sanção não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato.[805]

Conforme já apresentado no capítulo introdutório, hoje, a tendência do Superior Tribunal de Justiça é a de manter condenações com a natureza de responsabilidade solidária, como se vê nas explicações do professor Thiago Luís Sombra, da Universidade de Brasília, em breve artigo intitulado "Responsabilidade Solidária Presumida na Lei de Improbidade Administrativa".[806]

E, embora o STJ indique a possibilidade de alterar a modalidade da responsabilidade em sede de liquidação, de toda forma, o que se verifica é a aplicação da responsabilidade solidária nas ações de improbidade administrativa da seguinte maneira:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO DE IMPROBIDADE QUE CAUSE LESÃO AO

TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 11/02/2009.

[805] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 20.665/SC**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 30/11/2009.

[806] SOMBRA, Thiago Luís "**Responsabilidade Solidária Presumida na Lei de Improbidade Administrativa"**. 2016. Disponível em: http://jota.info/artigos/responsabilidade-solidaria-presumida-na-lei-de-improbidade-administrativa-23092016. Acesso em: 27/06/2017.

> ERÁRIO. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS.PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.
>
> 1. A orientação fixada neste Tribunal Superior é no sentido de que, nos atos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário, a responsabilidade entre os agentes ímprobos é solidária, o que poderá ser reavaliado por ocasião da instrução final do feito ou ainda em fase de liquidação, inexistindo violação ao princípio da individualização da pena.
>
> 2. Nesse sentido: REsp 1261057/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15/05/2015; REsp 1407862/RO, 2ª Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 19/12/2014; REsp 1.119.458/RO, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 29.4.2010.
>
> 3. No que concerne à apontada violação ao art. 12, parágrafo único, da Lei 8429/92, a análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
>
> 4. Os recorrentes não cumpriram os requisitos recursais que comprovassem o dissídio jurisprudencial nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, pois há a necessidade do cotejo analítico entre os acórdãos considerados paradigmas e a decisão impugnada, sendo imprescindível a exposição das similitudes fáticas entre os julgados.
>
> 5. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no REsp 1521595/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015)

O professor Sombra, em exposição breve, demonstra o equívoco da Corte Superior no que tange à manutenção das aludidas condenações ao dispor:

> [...] o STJ tem entendido que 'a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento'. Trata-se, à evidência, de uma clara confusão entre os efeitos da responsabilidade solidária e os do pedido de indisponibilidade de bens formulado quando da propositura da ação, em que o principal objetivo é bloquear um montante capaz de assegurar o ressarcimento integral do dano, independentemente da conduta dolosa ou culposa de cada réu.[807]

Exemplo da postura do STJ pode ser visto também no julgado prolatado em sede de AgRg no AREsp 698.259/CE:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM

[807] SOMBRA, op. cit.

> RECURSO ESPECIAL.AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA ANTES DO RECEBIMENTO DA INICIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ATÉ A INSTRUÇÃO FINAL DO FEITO. INCIDÊNCIA TAMBÉM SOBRE BENS ADQUIRIDOS ANTES DA CONDUTA ÍMPROBA.
> 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a decretação da indisponibilidade e do sequestro de bens em ação de improbidade administrativa é possível antes do recebimento da ação. Precedentes: AgRg no AREsp 671281/BA, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 15/09/2015; AgRg no REsp 1317653/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/03/2013; AgRg no AREsp 20853 / SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 29/06/2012.
> **2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, "nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento. Precedentes: MC 15.207/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/02/2012;**
> 3. A jurisprudência do STJ conclui pela possibilidade de a indisponibilidade recair sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial. Precedentes: REsp 1301695/RS, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 13/10/2015; EDcl no AgRg no REsp 1351825/BA, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/10/2015.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 698.259/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 04/12/2015) [808]

Revela-se aqui a responsabilidade solidária também no momento de concessão das medidas cautelares.

No que diz respeito aos particulares, a medida cautelar cabível corresponde às medidas patrimoniais (indisponibilidade de bens e sequestro), que objetivam assegurar o ressarcimento ao erário público, sendo limitada pelo art. 7, parágrafo único da Lei nº 8.429/92 ao consignar que "recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Explica o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, sobre o parágrafo único supramencionado, em artigo intitulado "Comentários acerca da Indisponibilidade Liminar de Bens prevista na Lei 8.429, de 1992", colacionado na obra "Improbidade Administrativa Questões Polêmicas e atuais"[809]:

---

[808] Grifo da autora.
[809] BUENO, Cassio Scarpinella, coord.; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R., coord. **Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas.** 2 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo-SP: Malheiros Editores, 2003, p. 185.

> Isso significa que se, de um lado, o legislador pretendeu garantir que a constrição fosse a mais abrangente possível para melhor atingir os fins colimados no diploma legal sob exame, de outro, buscou evitar que a medida extrema abrangesse mais bens do que aqueles estritamente necessários à recomposição do erário lesado.

Ou seja, até no âmbito das medidas cautelares, deveria prevalecer a preocupação de que o réu responda proporcionalmente, no limite do dano que causou, o que deveria afastar a presunção da responsabilidade solidária, que permite a indisponibilidade de bens na totalidade do dano para cada um dos réus, o que é muito superior ao que realmente é necessário.

Percebe-se, dessa maneira, uma atuação constitucionalmente inadequada do Judiciário, em que uma presunção ilegítima de responsabilidade sobrepõe-se aos princípios e garantias dos réus e é justificada pela consequência, mesmo que injusta, de proteção ao erário.

Mesmo que com essa postura do Judiciário haja eventual recuperação de danos causados ao erário, torna-se evidente uma impotência do Estado de Direito e uma ineficiência do Direito Sancionador em aplicar sanções correspondentes às condutas praticadas e até em apurá-las corretamente.

Nas palavras de Thiago Luís Sombra:

> A consequência imediata deste entendimento não é propriamente a recuperação dos danos causados ao patrimônio público ou a promoção de valores típicos de um Estado de Direito, mas o descrédito de um modelo de Direito Administrativo Sancionador ineficiente, incapaz de individuar condutas ímprobas e mensurar sanções de acordo com a participação dos envolvidos. Enquanto os órgãos de investigação e persecução não se derem conta da relevância da separação de condutas e da definição da dimensão do dolo ou culpa de cada agente, a Lei de Improbidade continuará a ser um instrumento moroso e aquém das suas possiblidades de proteger o patrimônio público.[810]

Observou-se, portanto, que tal atuação do STJ tem se dado como consequência de uma extensão de seu entendimento acerca da responsabilidade solidária no âmbito de tutelas cautelares na ação de improbidade como se verifica dos julgados proferidos nos autos dos

[810] SOMBRA, op. cit.

Recursos Especiais nº 1.119 458[811] e 1.407.862[812], ambos de Rondônia.

No entanto, embora a cautelar possa ser revertida, enquanto vigorar a necessidade de se respeitar o devido processo legal e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que caminham lado a lado com a necessidade de individualização da pena, nada justifica que se deixe, desde o início, indisponíveis os bens de todos os réus, particulares e servidores na totalidade do dano discutido, como explica Lúcia Valle Figueiredo em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Público RBDP, intitulado "*Ação Civil Pública: gizamento constitucional"*:

> Não estou, evidentemente, tentando enfraquecer a Ação Civil Pública, porém se esta tem peculiaridades exatamente por ser ação constitucional, e, de suma importância, também não se poderá dar tal generalização a seu uso de forma a permitir constrição de direitos e garantias individuais, sem a devida e necessária proporcionalidade à garantia da implementação do interesse público em jogo.
>
> [...]
>
> Gostaria de lembrar que o respeito aos princípios constitucionais são o baluarte da democracia, e o devido processo legal, em seu viés substantivo, garante-a.
>
> Portanto, a Ação Civil Pública, ação constitucional para defesa de valores priorizados pelo texto constitucional, é instrumento de ouro, que não deverá ser desgastado por haver, em certos casos, extrapolação do Ministério Público, que, em sua ânsia de defesa dos interesses da coletividade, pode ultrapassar o gizamento constitucional.[813]

Deveria ocorrer, na verdade, uma delimitação de eventuais cautelares, bem como das condenações finais, para que não haja o atropelamento de garantias e direitos, pois as condutas

---

[811] "*1. No ato de improbidade administrativa do qual resulta prejuízo, a responsabilidade dos agentes em concurso é solidaria. 2. É defeso a indisponibilidade de bens alcançar o débito total em relação a cada um dos co-obrigados, ante a proibição legal do excesso na cautela. 3. Os patrimônios existentes são franqueados à cautelar, tanto quanto for possível determinar, até a medida da responsabilidade de seus titulares obrigados à reparação do dano, seus acréscimos legais e à multa, não havendo, como não há, incompatibilidade qualquer entre a solidariedade passiva e as obrigações divisíveis.*". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1119458/RO**, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010.

[812] "*[...] 4.3. A orientação deste Tribunal Superior é no sentido de que, nos atos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário, a responsabilidade entre ímprobos é solidária, o que poderá ser reavaliado por ocasião da instrução final do feito ou somente em fase de liquidação, inexistindo violação ao princípio da individualização da pena. Nesse sentido: REsp 1.119.458/RO, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 29.4.2010; AgRg na MC 15.207/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 18.9.2009.*". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1407862/RO**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014.

[813] FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Ação Civil Pública: gizamento constitucional**. Revista Brasileira de Direito Público- RBDP, ano 4, n º 15, Belo Horizonte- MG, 2006, passim.

que concorrem para a promoção do dano deveriam ser proporcionalmente consideradas.

5- O risco da pena injusta e de ressarcimento exorbitante e prioridade de defesa ao erário em detrimento das garantias dos réus

O contexto histórico e jurídico brasileiro conta com diversos exemplos em que se extrapolam as competências do Judiciário, atropelam-se garantias e direitos dos investigados, apenas para que se possa condenar.

Contexto semelhante poderá ser visto no caso das ações de improbidade administrativa, tema da presente pesquisa, mas no caso, observa-se o intuito de ressarcimento ao erário superando qualquer segurança, direito, ou garantia do particular investigado.

As ações de improbidade administrativa estão sob a égide do principio do devido processo legal em sua forma substantiva (CF, art. 5º, LIV), o que determina que devem obedecer também ao que dispõem os princípios da igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e possibilidade de ampla e efetiva defesa, não só durante o início da fase procedimental, como até o final de eventual condenação.

O sentido da pena injusta, bem como do risco de condenação ao ressarcimento acima do montante realmente devido, é atingido após análise de compatibilidade entre a referida penalidade/valor delimitado para o ressarcimento e a conduta praticada pelos réus.

A análise comparativa é necessária uma vez que as ações de improbidade administrativa exigem não só a individualização, como também a especificação da conduta ímproba.

Assim, uma vez que se faz necessária a referida identificação, torna-se evidente a possibilidade de se realizar a relação adequada entre o dano e a conduta, de forma a possibilitar que o responsável responda pelo que realmente tenha realizado.

No entanto, a presunção da responsabilidade solidária promove um tratamento ampliativo para a responsabilidade de cada acusado, de forma a torná-lo responsável pela integralidade do dano, em detrimento da obrigação do *Parquet* de indicar exatamente a extensão do dano causado por cada um.

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade solidária esvazia os preceitos

normativos e a construção jurisprudencial acerca dos requisitos necessários para a condenação em uma ação de improbidade administrativa, até dos requisitos para seu recebimento.

Pior é o cenário no caso da presunção dessa responsabilidade solidária, pois não vai de encontro apenas às obrigações de identificação e individualização das condutas e penas, como também aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ao submeter os réus a um grau de responsabilidade muito maior do que sua atuação possa realmente corresponder.

Dessa maneira, começa a parecer normal que o judiciário possa aplicar penas injustas, por intermédio de uma condenação solidária que aumenta o âmbito de responsabilidade do réu para além de sua cota de participação.

Assim, sem medo de se tornar repetitiva, reforça-se o fato de que a penalidade nada mais é do que injusta, uma vez que o particular passa a responder por muito mais do que fez, de modo que a dosimetria ocorre sem critérios.

Tem-se então que a presunção de responsabilidade solidária nas ações de improbidade administrativa evidencia a aplicação de penalidades indevidas, sendo que a aceitação pelo Superior Tribunal de Justiça revela e ratifica uma atuação ilegítima e ilegal do judiciário, com violação direta aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, individualização da conduta e pessoalidade da pena, para que se busque a proteção ao erário.

Ou seja, presencia-se, frequentemente, ações de improbidade Administrativa formuladas sem a especificação do nexo causal necessário, com pedidos que extrapolam as condutas indicadas pelo próprio *Parquet*, o que deveria levar à inépcia, mas acabam sendo aceitas pelos magistrados em prol da proteção ao erário.

Tal proteção se mostra cada vez mais recorrente, uma vez que é notável que as empresas com maior capacidade financeira são os principais alvos da execução como afirma o professor Thiago Luís Sombra: *"A consequência imediata de tal fato é que, em geral, as empresas com maior capacidade financeira são aquelas mais são visadas no momento da execução das sentenças das ações de improbidade."*[814]

De toda forma, o entendimento que indica que proteção ao erário não deve se

[814] SOMBRA, op. cit.

sobrepor às garantias processuais e materiais dos investigados, haja vista que a garantia do devido processo legal, bem como de todas as demais garantias cuja violação foi demonstrada, é o que permite a veracidade do artigo primeiro da constituição federal que fala em constituição do Estado democrático de Direito.

6- Conclusão

A presunção da responsabilidade solidária nas ações de improbidade administrativa, embora não prevista na LIA – o que deveria afastar sua aplicabilidade-, tem por consequência a violação das garantias processuais e da própria segurança jurídica dos particulares.

Tal violação se deve ao fato de que a presunção da responsabilidade solidária desconsidera a necessidade de individualização da conduta, da especificação e individualização das penas, bem como desrespeita os princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao promover condenações excessivas.

Quer dizer que, a construção jurisprudencial e a construção doutrinária acerca das ações de improbidade administrativa determinaram a necessidade de especificação da conduta de cada réu da ação de improbidade administrativa para tornar possível a identificação da cota de participação de cada um deles.

Dessa forma, buscou permitir que eventual condenação fosse compatível com o grau de participação de cada réu, respeitando assim, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que cada um seria penalizado (de acordo com o princípio da pessoalidade da pena) pelo que realmente proporcionou.

Tal compatibilidade não ocorre no caso da responsabilidade solidária que, quando presumida, aplica a todos os réus a penalidade condizente com a provocação do dano por completo, sem considerar o nível de participação de cada um deles e, até, sem conhecê-la.

Assim, promove-se o atropelo das garantias processuais e a crescente insegurança jurídica por parte dos particulares, de modo que a atuação conjunta entre particulares e a Administração Pública fique cada vez mais complicada e burocrática.

Aqui, vale destacar a ilegitimidade e ilegalidade de tal presunção nas ações de

improbidade administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio dispõe, expressamente, sobre a impossibilidade de presunção de tal responsabilidade, fazendo com que a mesma tenha que ser prevista em lei ou ser acordada entre as partes, o que não ocorre na Lei de Improbidade Administrativa.

Portanto, pode-se afirmar que há grande prejuízo para relação entre particulares e a Administração Pública, em virtude do aumento sistemático dos riscos de o particular poder ser cobrado, como consequência de uma condenação de improbidade, pela integralidade de danos causados ao erário ou à Administração, mesmo que grande parte tenha sido proporcionada pelo agente público propriamente dito.

Verificou-se, portanto, que, no caso de ações de improbidade administrativa, há a necessidade de delimitação da participação dos réus para a promoção do dano para que não haja o atropelamento de garantias e direitos legalmente consubstanciados, pois as condutas que concorrem para a promoção do dano devem ser proporcionalmente consideradas para que não lhes seja aplicada penalidade injusta, nem seja cobrado da parte ressarcimento de montante maior do que realmente deve.

Afinal, é de bom senso entender que a penalidade justa deve corresponder à exata medida do ato repreensível e ilegal e não à extensão completa de um dano causado por diversas personalidades com graus de participação distintos.

Ou seja, aos identificar as condutas, é possível verificar a cota de participação de cada réu e, assim, torna-se possível identificar por quanto do dano cada um é responsável, mesmo que com uma valoração do juízo de razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, se o réu é responsável por 30% do dano, sua penalidade deveria ser coerente com a respectiva porcentagem, inclusive nos casos de cautelares de indisponibilidade de bens, pois sendo responsável por 30% de dano ao erário, a indisponibilidade de seus bens deveria abranger apenas os 30% devidos.

7- Referências Bibliográficas

BUENO, Cassio Scarpinella, coord.; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R., coord., *Improbidade Administrativa*. *Questões Polêmicas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DA COSTA, José Armando. *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes, *O limite da improbidade administrativa. O direito dos administrados da Lei nº 8.429/92*. 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

GARCIA, Emerson, *Sujeito dos Atos de Improbidade*: *Reflexões*. In: Fórum Administrativo FA. BH, ano 4, nº 46, DEZ. 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco; *Improbidade Administrativa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva, *Probidade Administrativa*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo Princípios Constitucionais e a Lei 9.784*. 4. ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; *Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jan/mar.2000; p. 130. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47499/45245. Acesso em 30/07/2017

OSÓRIO, Fábio Medina; *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa. Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOMBRA, Thiago Luís "Responsabilidade Solidária Presumida na Lei de Improbidade Administrativa" 2016.
Disponível em: http://jota.info/artigos/responsabilidade-solidaria-presumida-na-lei-de-improbidade-administrativa-23092016
Acesso em: 27/06/2017

VELOSO, Waldir de Pinho, *Direito Processual Administrativo*. *De acordo com a Lei 12.349/2010*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

Julgados:
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1122177/MT*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 875.425/RJ*, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 11/02/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1119458/RO*, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1407862/RO*, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1521595/SP*, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 20.665/SC*, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 30/11/2009

A ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DE PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS E OS DA ARBITRAGEM

RAYANI CARVALHO GONÇALVES

RESUMO

A presente dissertação cuida da utilização da arbitragem na Administração Pública e da possibilidade da aplicação do critério da ponderação para uma maior flexibilização entre os princípios constitucionais administrativos e os princípios da arbitragem.

Ademais, todos os envolvidos nesse processo têm a liberdade outorgada pela lei da arbitragem para atuar diante das regras de forma mais maleável, a fim de buscar a resolução para seus litígios com maior eficiência, celeridade e melhor custo-benefício.

Com essa pratica, a arbitragem tornou-se um meio mais adequado para o Poder Público dirimir seus conflitos com particulares ou outros entes públicos, observando os princípios e regras ínsitos ao procedimento e não impedindo um maior alargamento de possibilidades para alcançarem o melhor direito para as partes envolvidas, não deixando de ser um grande desafio a todos.

ABSTRACT

This dissertation deals with the use of arbitration in Public Administration and the possibility of applying the checks and balances to a greater flexibility between administrative constitutional principles and the principles of arbitration.

In addition, all those involved in this process have the freedom granted by the law of arbitration to act before the rules in a more malleable way, in order to seek resolution for their litigation more efficiently, faster and better cost-effective.

With this practice, arbitration has become a more appropriate means for the Public Power to settle its conflicts with individuals or other public entities, observing the principles and rules inherent to the procedure and not preventing a greater extension of possibilities to achieve the best right for the Involved, while remaining a great challenge to all.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto uma análise crítica da utilização da arbitragem no âmbito público, como um meio adequado de resolução de conflitos entre a Administração Pública e os particulares, bem como as nuanças encontradas no procedimento.

Ao decorrer do tempo, o Estado moderno possibilitou uma maior inserção da arbitragem na Administração Pública, trazendo uma sucessão de inovações legislativas, a fim de viabilizar uma alternativa de solução de conflitos na esfera pública, especificamente, nas concessões e execuções de serviços públicos por particulares.

Essa forma de resolver os conflitos possibilitou à Administração Pública uma maior celeridade e eficiência na execução de seus contratos, cada vez menos buscando o Poder Judiciário para dirimir suas desavenças jurídicas. Em contrapartida, os particulares tiveram maior êxito na participação de licitações e concessões públicas.

Como resultado natural dessa prática, surgiram algumas divergências no entendimento quanto à observância dos Princípios constitucionais administrativos, em consonância com os princípios ínsitos do procedimento arbitral.

É importante ressaltar que a viabilidade do procedimento arbitral na esfera pública deve, sim, observar as limitações trazidas por estes princípios, como a legalidade, publicidade, eficiência, motivação, etc.; contudo, esses devem ser sopesados e flexibilizados, a fim de garantir maior êxito à resolução dos conflitos, possibilitando uma visão de horizontalidade, e não de verticalidade entre os particulares e a Administração pública, conforme será demonstrado a seguir.

Várias instituições, como o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas da União já se manifestaram a favor da utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública, alguns com ressalvas; mas todos concordando com a possibilidade da utilização do procedimento arbitral e flexibilização dos seus princípios.

Nessa esteira, o grau de efetivação e aplicabilidade da arbitragem na Administração Pública torna a matéria interessante para reflexão e análise crítica, ampliando o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

O tema, portanto, possui relevância política, social e acadêmica. Isto porque alguns doutrinadores entendem que a arbitragem sofre limitações na esfera pública, porquanto os princípios estariam sendo mitigados e inobservados pela Administração Pública. Todavia, persiste o entendimento de que esses princípios devem ser sopesados e flexibilizados, a fim de viabilizar a aplicabilidade da arbitragem na Administração Pública.

Nesse contexto, a pesquisa visa a contribuir com o arcabouço acadêmico e doutrinário acerca do assunto, possibilitando uma análise mais aprofundada sobre o tema. Além disso, é possível perceber uma visão predominantemente positiva no decorrer da leitura, para que ocorra um aumento considerável da utilização de métodos adequados na resolução de conflitos que surjam na execução dos contratos administrativos-público, em especial o objeto de estudo deste trabalho, a arbitragem.

Posto isso, cabe ressaltar que a pretensão aqui é traduzir uma análise crítica sobre a utilização da arbitragem como instrumento de aprimoramento de resolução de conflitos que surgem entre o Estado e os particulares, no âmbito da Administração Pública, bem como a possibilidade de uma maior flexibilização entre os princípios constitucionais administrativos e os princípios do procedimento arbitral, atenuando as supostas limitações destes na utilização do método.

1. DO CONCEITO E DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Inicialmente, cabe pontuar no que consiste a arbitragem e suas principais características para que possa ser analisada a inserção desse procedimento na resolução dos litígios da Administração Pública, bem como suas implicações.

Carlos Alberto Carmona apresentou arbitragem como sendo um meio "mais adequado" de resolução de conflitos, *in verbis:*

> **A Arbitragem - meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor**.
>
> Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes[815].

815 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009, p.31;

Por sua vez, Francesco Carnelutti preferiu consignar a arbitragem como um "equivalente jurisdicional", sendo que "a jurisdição somente poderia ser exercida pelo Estado, reconhecendo ao juízo arbitral apenas semelhança com o método estatal de composição de lides" [816].

Vale consignar ainda que Dinamarco[817] prelecionou ser a arbitragem como um "meio parajurisdicional" de solução de controvérsias, pois este meio adequado e eficiente seria utilizado paralelamente, "junto" e "ao lado" do Estado.

A arbitragem é um dos meios adequados para resolução de conflitos, como também a conciliação e a mediação. Estes procedimentos são tratados como "meios adequados" e não como "meios alternativos" de resolução de litígios pela doutrina moderna, pois estes meios fazem parte de um sistema multiportas de resolução de disputas, capaz de oferecer às partes diversos métodos, podendo escolher o mais adequado ao caso concreto[818].

Concernentemente à evolução histórica da utilização da arbitragem, traz-se à baila que a admissibilidade da cláusula arbitral nos contratos administrativos vem desde a época imperial no Brasil. Nesse sentido, observa-se uma "relação estreita entre a arbitragem e a economia dos contratos administrativos", salientou Selma Ferreira Lemes em sua obra[819].

No âmbito internacional, narra Cláudio Vianna de Lima, que a burguesia alemã do século XII ao expandir seu comércio marítimo para outras cidades ao longo dos grandes rios (Reno, Danúbio, Meno e Ródano), desenvolvia-se também sua "organização consular", a fim de dirimir os conflitos que surgiam entre os comerciantes e associações. O cônsul era designado como um verdadeiro juiz (árbitro) mercantil, além de ser um "simples bom pai de família", conforme, *in verbis*:

> (...) os burgueses sacodem as suseranias, estabelecem a sua administração nas cidades, ampliando mais e mais, geograficamente, o seu espaço, formando as comunas, instituições urbanas que representam a abolição dos laços feudais. **O comércio marítimo se amplia, a partir do século XII, e a ele se estende a "organização consular" terrestre, pois cônsul é o magistrado (arbitral) mercantil, que já não detinha o primitivo e simples perfil do bom pai de**

[816] CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Processo Civil*, tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1989. V. I;
[817] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 724p;
[818] CARMONA, op. cit., p.32/33;
[819] LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 319;

> **família. Profissionalizados, assumem a figura de bom comerciante (bonus mercator), que o Código Civil, o BGB alemão veio a consagrar como a preciosa oferta do século passado ao século XX.** O espírito associativo não se limitou à política, e os comerciantes agruparam-se também para a defesa dos seus interesses, para a liberdade dos negócios, formando associações que denominaram Hansa, na Alemanha igualmente conhecidas como Ghildes. Tais eram corporações de classe de todos os artistas ou comerciantes que exerciam a mesma profissão ou mesmo comércio. No século XIII, a partir da segunda metade, as cidades junto dos grandes rios (Reno, Danúbio, Meno, Ródano) ou nas costas do Mar do Norte e do Báltico, em alta prosperidade pelo comércio e pela indústria, fundam poderosas sociedades por ações, bancos, expulsam os representantes dos senhores feudais, arvoram-se em cidades livres, com instituições próprias, organizam-se em novas ligas e confederações com abrangência territorial mais ampla (...).
>
> **É muito compreensível que a esta vitoriosa e próspera prática mercantil repugnasse a morosa Justiça Pública, formal, formalista, complicada, alheia ao pragmatismo e à celeridade do comércio, da indústria e da empresa. Os tribunais consulares eram, em razão disso, objetivos, práticos, rápidos, fortes no emprego de fórmulas não-contenciosas de solução dos conflitos, no emprego da arbitragem.** As questões nascidas nas feiras deviam estar solvidas no tempo de sua duração, três semanas, um mês, seis meses, não mais. Antes que o eventual devedor, cujo patrimônio (a garantia comum dos credores) era formado das mercadorias, se retirasse e as levasse para outras paragens, longínquas e muitas vezes desconhecidas. Não se podiam esperar as delongas da justiça oficial. Em se tratando do comércio marítimo, também não se podiam tolerar formalismos. "Navegar é preciso, proclamou o poeta Fernando Pessoa. O navio parado no cais, pagando "estia", sem receber fretes, é prejuízo inadmissível. Não podia esperar, apostando com a eternidade, as delongas da Justiça do Estado. **Consolidou-se a reativação da arbitragem, prática já antiga, de eficiência exemplar[820].**

Foi na Revolução Francesa, de 1789, que a arbitragem alcançou o seu auge em várias áreas da vida sócio-jurídica. A Lei de 16 e 24 de agosto de 1790, na França, trouxe à tona diversos temas da justiça privada, em busca da consolidação da fraternidade entre os homens.

---

820 LIMA, Cláudio Vianna de. **A Arbitragem na era da Globalização**. Coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros. Coordenador por JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 5/7;

"O legislador revolucionário viu na arbitragem o meio mais razoável de eliminar os conflitos entre os cidadãos"[821]. O art. 1º da citada lei dispunha que, *in verbis:*

> A arbitragem é o meio mais razoável de terminar com as divergências entre os cidadãos; os legisladores não poderão fazer quaisquer disposições tendentes a diminuir seja o seu emprego, seja a eficácia do compromisso.

Nesse sentido, Roger Perrot[822] observou que esta lei trouxe um certo entusiasmo ao tornar obrigatória a utilização da arbitragem para resolver os conflitos entre os membros de uma mesma família. Segundo Jean Robert[823], a arbitragem compulsória surgiu de um edito de Francisco II, de agosto de 1560, na França, e foi confirmado pela *Ordonnance de Moulins*, o qual impunha a arbitragem como meio de resolução de conflitos familiares, como as divergências de partilha entre parentes próximos, prestações de conta de tutela e administração de bens, denominado Direito Patrimonial de Família.

Por sua vez, o *Códe de Procèdure Civile*, de 1806, de Napoleão, suprimiu a obrigatoriedade da arbitragem, tornando-a facultativa e regulando-a minuciosamente. Com o advento do Direito europeu-continental ou *civil-law*, a arbitragem persistiu como "técnica de composição puramente estatal dos conflitos". Sálvio de Figueiredo Teixeira salientou, *in verbis:*

> (...) **subsistiu como técnica em razoável uso, paralelamente à negociação e à mediação, no âmbito do common law, o direito anglo-americano – marcado por profunda influência liberal, fincada no empirismo de Francis Bacon e de juristas do porte de Blackstone, Madison, Marshall, Holmes e Cardozo, aos quais jamais seria infensa a utilização de válida forma de solução de litígios, como o arbitramento -, até chegar aos tempos contemporâneos, em que retoma força e passa a ser verdadeiro respiradouro da jurisdição estatal**, como observou com a acuidade de sempre Sidnei Agostinho Beneti, para quem " a arbitragem vem sendo largamente utilizada no âmbito do comércio internacional, que dela atualmente não poderia prescindir 'em sua modalidade contratual, à vista da inexistência de jurisdição estatal que sobrepaire sobre as relações internacionais', experimentando-se desenvolvimento extraordinário do

[821] Idem. p. 9;
[822] PERROT, Roger. **Institutions Judiciaires**. Monchrestein, Paris: 6ª ed., 1994, nº 58, p. 61;
[823] ROBERT, Jean. *Traité de L'Arbitrage Civil et Commercial em Droit Interne*. Paris. Sirey, 1955, nº 2, p.8;

instituto no âmbito interno de cada país"[824].

Cabe pontuar que a arbitragem tornou-se um meio de resolução de conflitos desde os tempos da colonização portuguesa, tornando-se obrigatória desde o princípio no ordenamento jurídico brasileiro, com o Código Comercial de 1850[825]. No entanto, a Lei 1.350 de 14.9.1866 revogou tal obrigatoriedade. "*O Decreto 3.900/1867, por sua vez, estabeleceu que a cláusula compromissória teria natureza de promessa de contratar, não sendo permitida a execução específica desta"*[826].

Ainda vale citar que no período republicano, os conflitos territoriais entre o Brasil e outros países fronteiriços foram solucionados mediante a arbitragem, como com a Argentina (1900), Guiana Britânica (1904) e Bolívia (1909)[827].

Posteriormente, o Brasil tornou-se signatário do "Protocolo de Genebra" (1923), e da "Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional" (Panamá, 1975), sendo um dos contratantes do "Código de Bustamante". Dessa forma, os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 adotaram a arbitragem como um método facultativo de "juízo arbitral".

Inobstante, havia manifestações e decisões isoladas em desfavor da arbitragem à época, considerando que o ambiente era predominantemente formado por juízes que não almejavam perder seu poderio, ante o surgimento dos árbitros.

Ademais, Marcio Pestana[828] observou que a arbitragem foi utilizada nas relações jurídicas internas para dirimir diversas controvérsias envolvendo Estados federados, como o Rio de Janeiro, Espírito Santo, Acre e Rondônia. Em litígios pontuais também foi utilizada para fixar um valor indenizatório a ser pago aos herdeiros de Henrique Lage[829], relativamente aos bens incorporados ao patrimônio nacional, anteriormente de propriedade da Organização Lage e também do espólio de Henrique Lage.

Contudo, a utilização da arbitragem não foi realizada de maneira sistemática,

---

824 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema Jurídico Brasileiro. **A arbitragem na era da globalização.** Coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros. Coordenador por JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 25/26;

825 Idem, p. 27;

826 WALD, Arnoldo. **Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro.** In: Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc. Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p.242;

827 _____ **Administração Pública e a arbitragem.** Artigo de Márcio Pestana, publicado no site da CAESP em. Disponível em http:// http://www.caesp.org.br/administracao-publica-e-a-arbitragem/; Acesso em 27/07/2016;

828 Ibid.;

829 Henrique Lage foi um industrial brasileiro. Foi o principal idealizador do Porto de Imbituba, o segundo maior do estado de Santa Catarina. Fundou a Companhia Docas de Imbituba em 1922. (...) _____. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Henrique_Lage. Acesso em 27/07/2016;

tampouco, constante, sendo inserida gradativamente nas Constituições federais brasileiras, como, por exemplo, a Constituição Imperial do Brasil de 1824, artigo 160: *"Nas cíveis e nas penas civilmente intentadas poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes."*.

A Constituição Federal de 1988 prestigiou a arbitragem ao dar maior importância ao princípio da solução pacífica de conflitos, possibilitando sua utilização nas relações internacionais (art. 4º, inciso VII[830]), bem como nas relações de trabalho (art. 114, §§ 1º e 2º[831]).

No âmbito infraconstitucional, tanto o Código Civil quanto o Código de Processo Civil de 1973 deram ênfase à utilização de "métodos alternativos" para solução de litígios, como a arbitragem; entretanto, a real consagração desse instituto se deu com o advento da Lei 9.307 de 1996 (conhecida como Lei Marco Maciel). Posteriormente, a lei sofreu alterações pela Lei 13.129 de 2015, ratificadas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015.

A lei da arbitragem veio a lume em uma época de reforma do aparelhamento e gestão estatal, em que eficiência, custo Brasil, competitividade e outros eram palavras constantes nos estudos realizados pelos Poderes Executivo e Legislativo, em âmbito federal. Foram trazidas importantes modificações no âmbito da arbitragem pela lei, em especial a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória e a equiparação do laudo arbitral a uma sentença judicial, dispensando-se a homologação pela autoridade judiciária.

Ressalta-se que, antes mesmo da introdução da lei de arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei de Portos (Lei 8.630, de 26/02/1993) trazia em seu bojo a possibilidade de utilização da arbitragem para solucionar litígios especificados na própria norma[832].

Ainda nesse sentido, a lei da arbitragem substituiu um modelo precário de "juízo arbitral" por um modelo mais atualizado, disciplinando a convenção de arbitragem, bem como trazendo maior prestígio à manifestação de vontade das partes.

As normas da arbitragem editadas pela lei observam literalmente os consagrados

---

[830] **CF/1988** - Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VII - solução pacífica dos conflitos;

[831] **CF/1988** - Art. 114. § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente;

[832] **Lei 8.630/93**. Art. 23. Art. 23. Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão-de-obra, Comissão Paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação das normas a que se referem os arts. 18, 19 e 21 desta lei.

§ 1° Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais.

§ 2° Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes.

§ 3° Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes e o laudo arbitral proferido para solução da pendência possui força normativa, independentemente de homologação judicial;

princípios ínsitos aos processos judiciais e administrativos, como o devido processo legal, o contraditório e o direito à ampla defesa, a imparcialidade dos julgadores, o necessário convencimento por parte do árbitro ou do terceiro escolhido pelas partes. Além desses, são observados os princípios da legalidade, motivação, isonomia entre as partes, dentre outros.

Um marco para ascensão da arbitragem no Brasil, em especial como instrumento de resolução de litígios pela Administração Pública, foi a declaração de constitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.307/1996, dada, incidentalmente, no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206[833] pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Ocorre que tal decisão só foi publicada em 30/04/2004, quase 10 anos após o advento da lei de arbitragem, causando insegurança jurídica no país. Salientou o Ministro Marco Aurélio de Mello em seu voto, *in verbis:*

> *É desejável que se tenha o entendimento que pode estar voltado à submissão de conflitos de interesses não ao Judiciário, mas à arbitragem, mesmo que esta não esteja profundamente arraigada na cultura brasileira, em face de uma desconfiança maior. O brasileiro reclama do Judiciário - isto é, aqueles que não apostam na morosidade do Judiciário, porque há os que nesta se fiam -, mas praticamente só acredita nessa forma de solução.* ***A Lei nº 9.307/96, um diploma moderno, a abranger dispositivos que acautelam certos direitos das partes, viabiliza - e isso interessa muito àqueles que investem, principalmente os estrangeiros, em espaço de tempo razoável, curto - o afastamento de situações ambíguas do cenário jurídico. Alguém está obrigado a simplesmente adotar, sempre e sempre, a arbitragem? Não.***

Com a formalização do resultado do julgamento ainda em 12/12/2001, foi-se dissipando a insegurança jurídica, trazendo "novos ventos" para a arbitragem brasileira.

O estímulo para a utilização da arbitragem pareceu natural e adequado para o desenvolvimento das atividades administrativas-públicas, na medida em que esse método de solução de controvérsias tendeu a dar maior importância à solução especializada a um corpo de julgadores (escolhido pelos próprios litigantes) com a habilidade e conhecimento técnico necessários para mais bem decidir o caso concreto.

Nessa linha, observa-se que a realidade social atual clama por métodos de solução de

---

[833] BRASIL. STF – SE 5206 AgR, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958;

conflitos mais céleres, especializados no caso a caso, que suplementem a atividade estatal; construindo assim um novo perfil de julgamento dos litígios, prevalecendo o interesse social sobre o individual, garantindo um resultado útil às partes envolvidas. Nesse sentido, salientou Jorge Amaury Maia Nunes[834], *in verbis:*

> (...)
>
> Em situações como as vivenciadas pela nossa sociedade, **é natural a tentativa de ruptura da assinalada condição *coeteris paribus*, por meio da inclusão ou movimentação de alguma variável que possa representar um *novum*. Essa é a razão primordial que leva a doutrina a pensar fora da caixinha, digo, fora do Judiciário. Quanto mais sufocado de tarefas o Poder Julgador estatal, mais a sociedade busca outras soluções.**
>
> **(...) somos entusiastas da arbitragem e cremos que ela, a mediação e a conciliação são, até agora, as soluções mais viáveis para o aflitivo problema da ineficácia jurisdicional.**
>
> Nesse sentido, no Direito inglês, as chamadas ADR (Alternative Dispute Resolution) têm sido recebidas com justificável entusiasmo. O CPR (Courts Procedure-Rules) procura conceituar ADR como "a descrição coletiva de métodos de resolução de litígios de outra forma que não através do processo de julgamento normal." (tradução livre).
>
> **TERENCE INGMAN, ilustre e antigo professor da NEWCASTLE LAW SCHOOL, busca ilustrar a vantagem inicial da ADR (incluída, por óbvio, a arbitragem), centrando-se no argumento de que se elimina parte da disputa por meio da utilização de um processo que é menos adversarial do que aquele empregado no processo judicial. Adita outros argumentos de igual valor: (i) a desescalada das disputas, mesmo quando elas não são resolvidas; (ii) o alívio da pressão sobre os órgãos jurisdicionais, pela redução dos litígios que lhes são submetidos; (iii) maior confidencialidade para as partes; (iv) a disponibilidade ou flexibilidade de soluções (nem sempre ao alcance dos órgãos do Judiciário, que somente podem decidir por equidade quando autorizados pela lei); (v) economia de custos; (vi) menos stress dado o menor grau de intensidade do conflito.**
>
> Ainda dentro, do tema, há de ser mencionado o **papel da Corte Internacional**

---

834 _____. **Por que arbitragem?** Disponível em http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI250506,101048-Por+que+arbitragem. Acesso em: dezembro de 2016;

> **de Arbitragem (instituída em 1923) da Câmara de Comércio Internacional - uma das maiores e mais respeitadas instituições de arbitragem comercial do mundo, que atua em todos os continentes, inclusive na América Latina e no Brasil.**
>
> De outra banda, somente a prática da arbitragem, a sua vivência, a sua experimentação, serão capazes de sedimentar os conceitos e o espaço de aplicação. Não é desprezível o entendimento de que a arbitragem, muito rapidamente, poderá passar a ser conduzida por meio de processamento eletrônico, tal qual ocorre com a mediação extrajudicial, que já dá os primeiros e vigorosos passos nesse sentido. (...)

Como bem ilustrado acima, somente com o tempo a arbitragem será amplamente utilizada, claro que dentro de suas limitações, consolidando as melhores práticas tanto no âmbito privado-privado quanto no âmbito privado-público.

1.1 Da evolução histórica da arbitragem na Administração Pública

A revisão da Lei de arbitragem trazida pela Lei 13.129 de 2015 introduziu expressamente a possibilidade da inserção da arbitragem na Administração Pública, apesar de, mesmo antes, não haver qualquer impedimento para sua utilização. Observa-se os §§§1º ao 3º do art. 1º da lei:

> § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
>
> § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.
>
> § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Em especial, vale a pena consignar que o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC) editou a Resolução Administrativa 09/2014[835], apresentando algumas peculiaridades referentes à arbitragem na Administração

[835] _____. **Resolução Administrativa 09/2014 do CAM/CCBC**. Disponível em: http://www.ccbc.org.br/Materia/1487/resolucao-administrativa-n-092014. Acesso em: dezembro/2016;

Pública, quais sejam:

> • Respeito ao regulamento da instituição, sem prejuízo da legislação específica sobre a arbitragem ou sobre a relação jurídica a ser discutida.
> • Respeito ao princípio constitucional da publicidade, salvo as informações sigilosas nos termos da legislação aplicável.
> • A sede deverá ser sempre no Brasil e a língua portuguesa o idioma oficial.
> • Possibilidade de estipular o particular como o responsável pelo pagamento inicial das custas e encargos da arbitragem, inclusive os relacionados aos honorários dos árbitros.
> • Permissão, desde que autorizado pelo Tribunal Arbitral, da participação de amicus curiae para prestar assistência aos árbitros para melhor solução da questão discutida na arbitragem.
> • O Tribunal Arbitral deve ter atenção redobrada ao disciplinar o procedimento arbitral, sempre atento às especificidades de um litígio envolvendo a Administração Pública.

Ressalta-se que a arbitragem deve e merece ser contemplada por casos mais complexos, que exijam maior especialidade, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis[836]; especialização que realmente falta no juízo estatal.

Assim, a crescente inserção da arbitragem nos negócios estratégicos, de investimentos vultosos em infraestrutura, bem como em outras áreas da Administração, possibilita uma determinada redução no abarrotamento das demandas judiciais. Nesse sentido, salientou o presidente do CAM/CCBC, Carlos S. Forbes[837]:

> Veja, por exemplo, um investidor internacional que deseje contratar com o Poder Púbico a construção e a exploração de uma usina hidrelétrica. **O fato de se usar a arbitragem para dirimir eventual conflito, significará para tal investidor uma enorme redução no componente do preço que diz**

[836] Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o entendimento de "disponível" como bens que podem ser objeto de negociação pelo poder público, por meio de institutos regidos pelo Direito Privado, como compra e venda, locação, permuta, doação. Isto porque, enquanto não têm destinação pública, são passíveis de valoração econômica. (Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2. Acesso em janeiro de 2017);

[837] _____. **Administração Pública tende a buscar arbitragem para questões complexas**. Disponível em http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI224127,51045-Administracao+Publica+tende+a+buscar+arbitragem+para+questoes. Acesso em: dezembro de 2016;

> **respeito ao risco de litígio, pois saberá, de antemão, existir um menor tempo e uma maior especialização para solução final da problemática. A possibilidade de usar árbitros especializados, que conhecem as questões de construção e de engenharia e as regras aplicáveis à questão, sempre influenciará positivamente.**

É sabido que o Estado é a parte que mais demanda o aparelho judicial. Dessa forma, a previsão de cláusula arbitral nos editais licitatórios, bem como em contratos administrativos[838] causaria grande impacto no desafogamento de demandas judiciais, até mesmo porque o grande foco das arbitragens público-privadas são os conflitos sobre regulação e infraestrutura, os quais exigem especialização e atuação específica do Estado para dirimir. Nesse sentido, *in verbis:*

> (...) os setores regulados mostram-se muito propícios à arbitragem, tendo em vista alguns fatores como **modelagens financeiras complexas, investimentos de elevada monta, alta especialidade dos contratos administrativos presentes nas áreas de rodovias, ferrovias, aeroportos, energia elétrica, etc., de modo que, geralmente, esses conflitos são polarizados pelos particulares e o poder concedente.**
>
> Um bom exemplo disso é o decreto 8.465/2015, que **regulamenta a arbitragem para dirimir conflitos no setor portuário e cujas peculiaridades dão conta de como poderá, no futuro, se desenhar a arbitragem perante outros setores regulados**. Desse modo, a reforma da lei de arbitragem pode ser vista como um ponto de confluência para consolidar a arbitragem público-privada, em que normalmente figuram como partes entes da Administração Pública direta e indireta e o particular relacionado ao contrato administrativo[839].

Importante salientar que a arbitragem será utilizada em maior escala no decorrer do tempo e com as experiências adquiridas pelos atores nesse processo de evolução, pois este meio adequado de resolução de conflitos apresentará novas peculiaridades a cada caso

---

[838] Idem. Maria Sylvia recomenda que: "é importante que os instrumentos convocatórios de licitação e os contratos contenham cláusula prevendo a arbitragem e delimitando as matérias sobre as quais ela é possível. O fato de ser inserida a cláusula de arbitragem nos contratos administrativos não significa que ela possa referir-se a todas matérias de que trata o contrato, porque algumas podem se referir a direitos patrimoniais indisponíveis. p. 3;

[839] Ibidem;

específico que surgir, podendo variar nos mais diversos resultados dentro da Administração Pública.

1.2 Das principais características e vantagens da arbitragem como meio adequado na solução de conflitos

A arbitragem é uma forma heterocompositiva de solução de conflitos, na qual as partes definem, de comum acordo, as regras e dão poderes a um terceiro (árbitro) para atuar sem intervenção do Estado, a fim de tomar uma decisão, cuja eficácia será de uma sentença arbitral com natureza jurídica de título executivo judicial, de acordo com os artigos 31 da Lei 9.307/1996[840] c/c o 515, VII, do CPC/2015[841].

Dentro disso, as principais características da arbitragem confundem-se com as grandes vantagens do procedimento, frente à realidade atual dos Tribunais do país, abarrotados de processos, gerando uma morosidade muito criticada e que não trazem, na sua maioria, um resultado útil às partes.

Como observado, uma das maiores características e uma grande vantagem é a escolha do árbitro para julgar o caso litigioso, pois este detém conhecimento técnico para avaliar as peculiaridades do caso específico, trazendo maior segurança e confiança às partes. Geralmente, um árbitro ou um grupo de árbitros escolhidos conhecem melhor a matéria discutida, podendo ser pouco comum nos tribunais, por exemplo.

Outra importante característica é a celeridade do processo que tem prazo legal para seu término, geralmente em seis meses, podendo ser prorrogado ante à complexidade do caso ou do número de incidentes e diligências a serem realizadas. "Estimativas feitas entre as instituições de arbitragem demonstram que, na média, mesmo para arbitragens com certa dificuldade, o prazo de solução gira em torno de um ano"[842]. Assim, é imprescindível que as partes determinem um termo final da arbitragem, a fim de garantir a rapidez do procedimento.

Ademais, a irrecorribilidade das decisões ou sentenças arbitrais é um ponto de garantia da celeridade na resolução destes litígios. Dessa forma, qualidade e agilidade para solucionar litígios são fatores que podem intensificar a participação dos particulares em licitações e

---

[840] **Lei 9.307/96**. Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo;

[841] **CPC/2015**. Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

[842] CAHALI, op. cit., p. 116;

concessões, uma das vantagens da utilização deste procedimento para a Administração Pública.

Além disso, a arbitragem tem outro benefício, qual seja um foco maior na solução da matéria trazendo uma maior flexibilidade na atuação das partes, com menor rigor, frente à atuação jurisdicional. Tal fato não suprime o direito de transigir das partes.

Quando particulares contratam com a Administração Pública, o ente público costuma atuar, predominantemente, sob as regras do Direito Público. Porém, dentro dessas circunstâncias, em uma relação público-privada são estabelecidos os denominados "Contratos da Administração" sob a égide do direito privado, os quais permitem uma maior liberdade/flexibilidade de contratar entre as partes, como também de resolverem seus conflitos.

O cumprimento espontâneo das decisões é outra característica fundamental, pois, em decorrência da confiança e segurança que o árbitro escolhido transmite às partes envolvidas, sua decisão é respeitada voluntariamente e gera um compromisso entre os envolvidos.

Em tempo, a confidencialidade e a economicidade da arbitragem são vantagens poderosas à solução adequada dos conflitos; pois, em primeiro, o sigilo/reserva de publicidade definido pela convenção arbitral ou nos regulamentos das principais câmaras de arbitragem, salvo nos procedimentos que envolver a Administração Pública, possibilita a não-intervenção de terceiros ou do Estado; em segundo, o custo-benefício do procedimento comparado à justiça estatal gera um satisfatório resultado final para as partes, evitando despesas/custas excessivas da morosidade do jurisdicionado.

Por fim, importante salientar que a arbitragem tem um limite de atuação, podendo somente ser utilizada quando houver discussão sobre direitos ou bens disponíveis (art. 1º[843] da Lei 9.307/96). Carmona explicita bem o conceito de direito disponível. Veja-se:

> Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim disponere, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto[844].

Nesse sentido, são passíveis de arbitragem as causas que versem acerca de matérias

[843] **Lei 9.307/96.** Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis;
[844] CARMONA, op.cit., p. 38;

em relação às quais o Estado não crie uma reserva específica, em razão da proteção de interesses fundamentais da coletividade; e desde que as partes envolvidas na lide possam dispor sobre o bem em questão, ou seja, transigir sobre a matéria.

1.3 DA NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Quanto à natureza jurídica da arbitragem, cabe pontuar as teorias existentes, a fim de adentrar, enfim, no tema a ser abordado. Francisco José Cahali (2015, p. 123-130) aborda as quatro principais teorias acerca da natureza jurídica da arbitragem, quais sejam:

1. **Teoria privatista** – também denominada como **contratualista**, em razão de a arbitragem ser um negócio jurídico, como um "acordo firmado entre as partes". O autor asseverou que esta teoria perdeu forças com o advento da Lei 9.307/1996, pois a sentença arbitral passou a ter natureza jurídica de título executivo judicial, dispensando-se a prévia homologação que, anteriormente, era exigida. Ele ainda acrescentou, *in verbis:*

> **A atribuição ao árbitro para decidir nada mais seria do que o cumprimento do contratado, ou seja, a outorga ao terceiro da autoridade de escolha da forma como um contrato será adimplido, ou a autoridade para solucionar o impasse pela contratação das partes neste sentido. Por lhe serem excluídos os poderes de execução e imposição do decidido, sua investidura se limita à solução por indicação ou delegação das partes, mas sem natureza jurisdicional, privativa do Estado em sua plenitude.** O vínculo criado entre o árbitro e a parte é meramente contratual.
>
> No passado, quando a sentença arbitral só se aperfeiçoava com a chancela do Estado através da homologação do laudo, muito fácil era sustentar a natureza contratual da arbitragem. Porém, com o advento da Lei. 9.307/1996, a sentença arbitral passou a ser título executivo judicial (art. 31 da Lei 9.307/1996 e art. 475-N, do CPC1973) dispensando a prévia homologação como antes exigia. E mais, nos arts. 18 e 13, §6º, da referida Lei conferem ao árbitro o status e atributos de um juiz.
>
> Assim, os principais argumentos da teoria contratualista perderam espaço para os fundamentos da teoria jurisdicional da arbitragem, adotada aparentemente pela Lei 9.307/1996.
>
> Mas ainda hoje sustentam que a autonomia da vontade envolve toda a arbitragem, na fase antecedente pelo contrato, e na fase consequente, no limite

> do que foi contratado, por meio da solução de eventual conflito emergente do negócio pelo árbitro eleito pelos contratantes. A causa é o contrato, e a arbitragem é efeito. E o laudo arbitral se impõe as partes em virtude da obrigatoriedade característica dos contratos[845].

Contudo, a teoria contratualista foi bastante criticada ao longo do tempo e, até o presente momento, a discussão acerca da jurisdição da arbitragem permanece dividindo a doutrina brasileira, pois se este argumento tivesse algum valor, o §1º do art. 3º[846] do NCPC seria uma norma verdadeiramente absurda;

2. **Teoria publicista/jurisdicionalista** – adotada por Cahali, traz o entendimento de que a arbitragem tem natureza jurisdicional, tornando o árbitro um verdadeiro juiz. Assim, afirmou Cahali (2015, p. 125), *in verbis:*

> (...) **assim se entende por considerar que o Estado, por meio de disposições legais, outorga poderes ao juiz e ao árbitro para resolver conflitos de interesses. Os árbitros, assim, são verdadeiros juízes, pois lhe é atribuída a autoridade para resolver o litígio**: "Aos árbitros, os juízes dos casos, seria reconhecida uma jurisdição extraordinária e de caráter público".

3. **Teoria intermediária/mista** – também chamada de mista, o citado autor asseverou que essa teoria congrega os fundamentos das teorias anteriores e conclui que mesmo que a arbitragem realize um negócio jurídico entre as partes, esse negócio não poderia se desenvolver fora de uma jurisdição, porquanto a arbitragem submeter-se-ia a uma ordem legal existente, não controlada inteiramente por esta jurisdição;

4. **Teoria autônoma** – Cahali (2015, p. 126) pontificou que o entendimento desta teoria é de que a arbitragem está totalmente desvinculada de qualquer sistema jurídico existente. Nesse sentido:

> (...) esta teoria tem importância nos procedimentos de arbitragem internacionais, nos quais há certa **independência a ordem local de uma ou**

[845] CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 125-126;
[846] CPC/2015. Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei;

> **outra parte**. Verifica-se aqui o **extremo do princípio da autonomia da vontade**, na medida em que diante da liberdade de contratar, as partes subtraem a arbitragem de outros ordenamentos, tratando-a como soberana. Cria-se por esta teoria, uma jurisdição própria, independente e diversa da jurisdição que integra um sistema jurídico;

DIANTE DO EXPOSTO, A PRESENTE ANÁLISE É ADEPTA AO ENTENDIMENTO DE UMA ARBITRAGEM MAIS AUTÔNOMA, COM UM SISTEMA PRÓPRIO DE REGRAS DEFINIDAS EM LEI, PERMITINDO UMA MAIOR FLEXIBILIDADE DAS REGRAS NO CASO CONCRETO, NÃO SENDO UM PROCEDIMENTO JURISDICIONAL E SIM "PARAJURISDICIONAL", COMO LECIONOU DINAMARCO, CITADO ALHURES.

2. DOS PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS

NO QUE TANGE AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ARBITRAGEM, COMO O MÉTODO MAIS ADEQUADO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS, EM ESPECIAL DAQUELES QUE ENVOLVAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, É IMPRESCINDÍVEL CONFRONTAR ESTES PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

CONTUDO, INICIALMENTE, O INSTITUTO SUBMETE-SE A PRINCÍPIOS PRÓPRIOS COMO OS QUE SE SEGUEM:

- PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA (AUTONOMIA DA VONTADE) - SIGNIFICA DIZER QUE AS PARTES TÊM A LIBERDADE DE ESCOLHER ESTE MÉTODO PARA MELHOR RESOLVEREM SEUS LITÍGIOS, OU SEJA, ESTE MÉTODO TEM UM CARÁTER VOLUNTÁRIO. ATRAVÉS DA ARBITRAGEM, AS PESSOAS PODEM ESTABELECER COM MAIOR FLEXIBILIDADE AS REGRAS DO ACORDO FIRMADO ENTRE ELAS, RESPEITANDO O SISTEMA NORMATIVO.

A FLEXIBILIDADE DAS REGRAS NA ARBITRAGEM PERMITE ÀS PARTES A ESCOLHA DO ÁRBITRO/DOS ÁRBITROS, AS REGRAS DO DESENVOLVIMENTO DO PROCEDIMENTO NO CASO, OS PRAZOS, LOCAL PARA A PRÁTICA DOS ATOS, RESTRIÇÕES, MEDIDAS DE URGÊNCIA OU TUTELAS ANTECIPADAS, ETC..

INDUBITÁVEL É QUE ESTE PRINCÍPIO SE TORNOU UMA DAS MAIORES VANTAGENS DO PROCEDIMENTO, POIS AS PARTES NÃO FICAM PRESAS AOS FORMALISMOS OU REGRAS QUE PREJUDICAM A CELERIDADE DOS ATOS PRATICADOS. NESSE SENTIDO, SELMA LEMES[847] ASSEVEROU, *IN VERBIS:*

> PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE É A MOLA PROPULSORA DA ARBITRAGEM EM TODOS OS SEUS QUADRANTES, DESDE A FACULDADE DE AS PARTES EM UM NEGÓCIO ENVOLVENDO DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS DISPOREM QUANTO A ESTA VIA OPCIONAL DE CONFLITOS (ART. 1º), ATÉ COMO SERÁ DESENVOLVIDO O PROCEDIMENTO ARBITRAL, NO QUE PERTINE À FORMA DE INDICAÇÃO DOS ÁRBITROS (ART. 13), SEJA MATERIAL OU FORMAL, DESDE QUE NÃO VIOLE OS BONS COSTUMES E A ORDEM PÚBLICA (ART. 2º, §§ 1º E 2º); SE A DECISÃO SERÁ DE DIREITO OU POR EQUIDADE (ART. 2º); ELEGER A ARBITRAGEM INSTITUCIONAL (ART. 5º), PRAZO PARA O ÁRBITRO PROFERIR A SENTENÇA ARBITRAL (ARTS. 11, III, E 23) (...).

- <u>PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA</u> - PRECONIZADO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 8º[848] DA LEI 9.307/1996 QUE SALIENTA QUE O ÁRBITRO TEM O PODER DE DECIDIR ACERCA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM, BEM COMO DO CONTRATO QUE TENHA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. NESSE SENTIDO, CAHALI (2015, P. 139):

> (...) SIGNIFICA DIZER QUE, COM PRIMAZIA, **<u>ATRIBUI-SE AO ÁRBITRO A CAPACIDADE PARA ANALISAR SUA PRÓPRIA COMPETÊNCIA, OU SEJA, APRECIAR, POR PRIMEIRO, A VIABILIDADE DE SER POR ELE JULGADO O CONFLITO, PELA INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NA CONVENÇÃO OU NO CONTRATO.</u>**

[847] LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. AASP/Revista do Advogado nº 51, p. 32;

[848] Lei 9.307/1996. Art. 8º. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória;

> ESTA REGRA É FUNDAMENTAL IMPORTÂNCIA AO INSTITUTO DA ARBITRAGEM, NA MEDIDA EM QUE, SE AO JUDICIÁRIO COUBESSE DECIDIR, EM PRIMEIRO LUGAR, SOBRE A VALIDADE DA CLÁUSULA, A INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL RESTARIA POSTERGADA POR LONGO PERÍODO, E, POR VEZES, APENAS COM O INTUITO PROTELATÓRIO DE UMA DAS PARTES EM ESQUIVAR-SE DO CUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO. O PRINCÍPIO, DESTA MANEIRA, FORTALECE O INSTITUTO, E PRESTIGIA A OPÇÃO DAS PARTES POR ESTA FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, E AFASTA, EM CERTA MEDIDA, O RISCO DE DESESTÍMULO À CONTRATAÇÃO DA ARBITRAGEM, EM RAZÃO DE POTENCIAL OBSTÁCULO PRÉVIO A SURGIR NO JUDICIÁRIO DIANTE DA CONVENÇÃO, POR MALICIOSA MANOBRA DE UMA DAS PARTES.

ADEMAIS, VALE ACRESCENTAR QUE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PREVÊ A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO "QUANDO O JUÍZO ARBITRAL RECONHECER A SUA COMPETÊNCIA", COM FULCRO NO ARTIGO 485, INCISO VII.

- PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – SEGUNDO O ENTENDIMENTO DADO POR CAHALI (2015, P. 233), O DEVIDO PROCESSO LEGAL DISPOSTO NO ART. 5º, LV[849], CF/1988 DEVE SER ESTENDIDO À ARBITRAGEM COMO "JURISDIÇÃO" PARA A SOLUÇÃO JUSTA DE UM CONFLITO, BEM COMO O CONTRADITÓRIO E IGUALDADE DAS PARTES PARA A APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO. ACRESCENTOU CAHALI, *IN VERBIS:*

> DESTA FORMA, **SE POR DESCONHECIMENTO, DESCUIDO OU MESMO SUBMISSÃO DE UM À IMPOSIÇÃO DO OUTRO**, ESTAS GARANTIAS DE UM DEVIDO PROCESSO LEGAL VIEREM A SER VULNERADAS, ATÉ MESMO NA CONVENÇÃO ARBITRAL, OU POSTERIORMENTE, CABE A QUALQUER MOMENTO A

[849] CF/1988 – Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

> CORREÇÃO DO RUMO DA ARBITRAGEM, PELO PRÓPRIO ÁRBITRO, TORNANDO SEM EFEITO O QUANTO ESTABELECIDO EM CONTRÁRIO A LEI.

- PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO – POSSIBILITA ÀS PARTES INFORMAREM OU REAGIREM A DETERMINADOS ATOS OU ASSUNTOS DO PROCEDIMENTO ARBITRAL, A FIM DE GARANTIR MAIOR SEGURANÇA AOS ENVOLVIDOS. TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES DO CONFLITO *IN CASU* DEVEM SER EXAUSTIVAMENTE DEBATIDAS E ESTIMULADAS PELO ÁRBITRO À DISCUSSÃO. NESSE SENTIDO, AINDA PONTUOU CAHALI (2015, P. 234):

> INTEGRA ASSIM, O DIREITO AO CONTRADITÓRIO, A PRESERVAÇÃO ÀS PARTES DA OPORTUNIDADE DE LEVAR AO JUÍZO AS SUAS RAZÕES, BEM COMO A MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA ÀS RAZÕES APRESENTADAS PELO ADVERSÁRIO. DAÍ A **NECESSIDADE DE SE GARANTIR O ACESSO AOS LITIGANTES, POR MEIO DE INTIMAÇÃO, A TUDO QUANTO FOR TRAZIDO AO PROCEDIMENTO, COM O CUIDADO DE SE OFERECER PRAZO RAZOÁVEL À MANIFESTAÇÃO.**

NESSE MESMO NORTE, PONTIFICOU CANDIDO RANGEL DINAMARCO[850], *IN VERBIS*:

> (...) SABIDO QUE ESSA GARANTIA SE RESOLVE NA OFERTA DE OPORTUNIDADES PARA PARTICIPAR TUDO QUANTO FOR FEITO COM VISTA A FLEXIBILIZAR O PROCEDIMENTO ARBITRAL, TORNANDO-O ADERENTE ÀS PECULIARIDADES DO CASO E PROMOVENDO A CELERIDADE, DEVE SER FEITO DE MODO A NÃO TOLHER ÀS PARTES A EFETIVA OPORTUNIDADE PARA PARTICIPAR DO PROCESSO – **PARTICIPAR PEDINDO, PARTICIPAR PROVANDO, PARTICIPAR ALEGANDO. SERÁ MACULADO DE INCONSTITUCIONALIDADE O QUE FOR FEITO**

[850] DINAMARCO, Cândido Rangel. A Arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 26;

> **COM PREJUÍZO DESSA TRÍPLICE PARTICIPAÇÃO E DA EFETIVIDADE DA CIÊNCIA DOS ATOS DOS OUTROS SUJEITOS PROCESSUAIS** (...).

POR SUA VEZ, CARMONA (2009, P. 295) PONTIFICOU, *IN VERBIS:*

> CABERÁ ENTÃO ÀS PARTES OU AO ÁRBITRO ESTABELECER (OU ADOTAR) UM PROCEDIMENTO QUE POSSA GARANTIR PLENAMENTE A RECÍPROCA MANIFESTAÇÃO DOS CONTENDENTES A RESPEITO DAS PROVAS E DAS RAZÕES DO ADVERSÁRIO, O QUE SIGNIFICA, TAMBÉM, CONTEMPLAR FORMAS EFETIVAS DE COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E CONCESSÃO DE TEMPO RAZOÁVEL PARA AS RESPECTIVAS MANIFESTAÇÕES. MAS NÃO É SÓ ISSO: A FEIÇÃO MODERNA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO EXIGE QUE O JULGADOR – SEJA ELE JUIZ TOGADO, SEJA ELE ÁRBITRO – NÃO TOME DECISÕES ACERCA DE PONTOS FUNDAMENTAIS DO LITÍGIO SEM PROVOCAR DEBATE A RESPEITO, POIS SOMENTE ASSIM SERÁ ASSEGURADA ÀS PARTES A EFETIVA POSSIBILIDADE DE INFLUIR NO RESULTADO DO JULGAMENTO ("OS ELEMENTOS OBJETIVOS DA DEMANDA EXAMINADOS À LUZ DO CONTRADITÓRIO", *IN CAUSA DE PEDIR E PEDIDO NO PROCESSO CIVIL:* QUESTÕES POLÊMICAS, COORD. DE JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI E JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, SÃO PAULO, ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2002, P. 13-52).

- PRINCÍPIO DA IGUALDADE DAS PARTES – O ÁRBITRO DEVE TRATAR AS PARTES ENVOLVIDAS DE FORMA IDÊNTICA, CONCEDENDO-LHES AS MESMAS OPORTUNIDADES, AFASTANDO QUAISQUER PRIVILÉGIOS OU DESIGUALDADES. EM CONTRAPARTIDA, CARMONA (2009, P. 296) FAZ ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA, *IN VERBIS:*

> NO PROCESSO ESTATAL O EQUILÍBRIO DAS PARTES NÃO É A REGRA, E A PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO NÃO É VOLUNTÁRIA,

> MAS SIM OBRIGATÓRIA. SE NO PROCESSO JUDICIAL A INTERVENÇÃO ESTATAL É NECESSÁRIA PARA EQUILIBRAR PARTES ONTOLOGICAMENTE DESIGUAIS, NO PROCESSO ARBITRAL ESTA INTERVENÇÃO PODE SER CONFORTAVELMENTE DISPENSADA. ASSIM, ENQUANTO A PARIDADE DE ARMAS É UMA INQUIETAÇÃO PARA O JUIZ TOGADO – A PONTO DE A LEI 9.9099/1995 TER DETERMINADO QUE, COMPARECENDO UMA DAS PARTES ACOMPANHADA DE SEU ADVOGADO, CABERÁ AO ESTADO PROPORCIONAR REPRESENTAÇÃO TÉCNICA PARA O ADVERSÁRIO -, O ÁRBITRO NÃO DEVERÁ PREOCUPAR-SE COM O TEMA, ESTANDO NA ESFERA DE DISPONIBILIDADE DAS PARTES NOMEAR OU NÃO ADVOGADOS, POIS PRESSUPÕE-SE QUE OS LITIGANTES, AO ESCOLHEREM A VIA ARBITRAL, ESTEJAM BEM INFORMADOS SOBRE SUAS POSSIBILIDADES E DIFICULDADES, ATÉ PORQUE ELEGERAM LIVREMENTE O PROCEDIMENTO QUE PRETENDIAM VER APLICADO À SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. DA MESMA FORMA, NÃO HAVERÁ PREOCUPAÇÃO COM AMPLIAÇÃO DE PRAZO PARA UM DOS LITIGANTES (COMO TÉCNICA DE NIVELAMENTO ENTRE PARTES DESIGUAIS), DISPENSA DE CAUÇÕES, REDUÇÃO DE VERBA HONORÁRIA PARA ESTE OU AQUELE LITIGANTE, **O QUE REVELA DESDE LOGO QUE, FIGURANDO O ESTADO (EM SUA FORMA AUTÁRQUICA OU NAS VESTES DE EMPRESA PÚBLICA, PARA FICAR NOS EXEMPLOS MAIS FACTÍVEIS) COMO PARTE EM JUÍZO ARBITRAL, NÃO PODERÁ INVOCAR QUALQUER DAS PRERROGATIVAS DE QUE GOZA NO PROCESSO ESTATAL.**

- PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE – É EXTREMAMENTE IMPORTANTE ESTE PRINCÍPIO CARACTERÍSTICO DA PRÓPRIA ATUAÇÃO DO ÁRBITRO, PORQUANTO ESTE DEVE SER IMPARCIAL NÃO SÓ NA ANÁLISE DO CASO CONCRETO, COMO TAMBÉM NA CONDUÇÃO DOS ATOS DO PROCEDIMENTO. DAÍ SURGE A PREOCUPAÇÃO DO LEGISLADOR DETERMINAR QUE "*SEJAM AFASTADOS DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO AQUELES QUE POSSAM*

ESTAR COMPROMETIDOS COM INTERESSE DE PARTE"[851].

- PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO – REPRESENTA A LIBERDADE DO ÁRBITRO PARA JULGAR O LITÍGIO POSTO A ELE PELAS PARTES, ATRAVÉS DA APRESENTAÇÃO DE SUAS RAZÕES E PROVAS. DEVE SER MOTIVADO, COM FULCRO NO ART. 26, II[852], DA LEI 9.307/1996. NESSE SENTIDO, CAHALI (2015, P. 236), *IN VERBIS:*

> O LIVRE CONVENCIMENTO REPRESENTA A LIBERDADE DO JULGADOR EM AVALIAR E VALORAR A PROVA PARA A CONCLUSÃO FINAL DE SEU JULGAMENTO QUANTO À SOLUÇÃO A SER DADA AO CONFLITO. MAS TAMBÉM CONTÉM O JUÍZO DE ESCOLHA NO DEFERIMENTO, DETERMINAÇÃO E OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE TAIS OU QUAIS PROVAS NECESSÁRIAS ÀQUELE PROCEDIMENTO.
>
> (...) O LIVRE CONVENCIMENTO É DINÂMICO, E SE FAZ PRESENTE EM TODA A GESTÃO DO PROCEDIMENTO, E NÃO APENAS QUANDO DA SENTENÇA FINAL.
>
> O CONVENCIMENTO É SUBJETIVO, REPRESENTA A CONVICÇÃO ÍNTIMA SOBRE A VERDADE DE UM FATO APRESENTADO ATRAVÉS DAS PROVAS PRODUZIDAS. E ESTA É UMA PRERROGATIVA DO ÁRBITRO: JULGAR SEGUNDO A SUA CONVICÇÃO.

VALE A PENA DESTACAR OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS NAS ARBITRAGENS PÚBLICO-PRIVADAS, COM FULCRO NO ART. 37[853] DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BEM COMO NA LEI DE ARBITRAGEM. DÁ-SE DESTAQUE À LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E PUBLICIDADE.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE É BASILAR E VINCULA TODA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SURGINDO COM O ESTADO DE DIREITO. A

---

[851] Carmona, 2009, p. 297;

[852] Lei 9.307/1996. Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

[853] CF/1988. 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 (...);

LEGALIDADE TEM COMO FITO A PROTEÇÃO DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS, LIMITANDO TODA A ATUAÇÃO ESTATAL. NESSE SENTIDO, QUALQUER PROCESSO OU PROCEDIMENTO DEVERÁ SEGUIR OS DITAMES DA LEI, SENDO PERMITIDO FAZER APENAS O QUE A LEI PERMITE[854]. NO PROCEDIMENTO DA ARBITRAGEM ESTÁ É A REGRA. AS PARTES PODEM CONVENCIONAR AS DIRETRIZES DENTRO DO QUE A LEI DA ARBITRAGEM PERMITE, PRINCIPALMENTE, SE UMA DAS PARTES FOR UM ENTE ESTATAL.

QUANTO À PUBLICIDADE, RICARDO ALEXANDRE E JOÃO DE DEUS MOREIRA[855] RESSALTARAM A IMPORTÂNCIA DA TRANSPARÊNCIA OU VISIBILIDADE DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E AINDA PONTIFICARAM, *IN VERBIS:*

> O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DECORRE DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO, POIS, SE TODO PODER EMANA DO POVO, NÃO SERIA POSSÍVEL IMAGINAR QUE A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO OCORRESSE SEM O CONHECIMENTO DO POVO, O QUE TERIA COMO CONSEQUÊNCIA A IMPOSSIBILIDADE DE O TITULAR DO PODER CONTROLAR O RESPECTIVO EXERCÍCIO POR PARTE DAS AUTORIDADES CONSTITUÍDAS.

NESSA LINHA, OBSERVA-SE QUE O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE TEM COMO FITO GARANTIR O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS ADMINISTRADOS E PELOS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS EM REALIZAR ESTE CONTROLE. DESSA FORMA, ENTENDE-SE QUE O SIGILO É EXCEPCIONAL, PODENDO SER APLICADO QUANDO HOUVER OFENSA À SEGURANÇA DA SOCIEDADE E DO ESTADO[856].

IMPRESCINDÍVEL PONTUAR QUE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NÃO SÃO ABSOLUTOS, PODENDO CONVIVEREM HARMONIOSAMENTE SE PONDERADOS DE FORMA DEVIDA, COMO SERÁ OBSERVADO A SEGUIR.

---

[854] MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro, 36. Ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 89;

[855] ALEXANDRE, Ricardo. Direito administrativo esquematizado/Ricardo Alexandre, João de Deus. – 2. Ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 164;

[856] CF/88. Art. 5º XXXIII. XXXIII - 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;

NÃO MENOS IMPORTANTE, O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE, CONFORME DITO ANTERIORMENTE NO ÂMBITO DA ARBITRAGEM PRIVADA OU PÚBLICA, É FUNDAMENTAL NA ATUAÇÃO DO ÁRBITRO EM UM PROCEDIMENTO QUE ENVOLVA UM PARTICULAR E UM ENTE PÚBLICO. A OBSERVÂNCIA DESTE PRINCÍPIO VISA A GARANTIR A ISONOMIA DAS PARTES E A FINALIDADE PÚBLICA, POSSIBILIDADE IGUALDADE ENTRE AS PARTES. NESSE SENTIDO, PONTIFICOU RICARDO ALEXANDRE (2016, P. 158):

> SE EVENTUALMENTE O AGENTE PÚBLICO PRATICA O ATO ADMINISTRATIVO SEM INTERESSE PÚBLICO, VISANDO UNICAMENTE SATISFAZER A INTERESSE PRIVADO, O ATO SOFRERÁ **DESVIO DE FINALIDADE**, PODENDO POR ISSO VIR A SER **INVALIDADO**. A SEGUNDA FACETA DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE TRAZ O FOCO DA ANÁLISE PARA O ADMINISTRADO. **NÃO IMPORTA A PESSOA QUE ESTÁ SE RELACIONANDO COM A ADMINISTRAÇÃO, O TRATAMENTO DEVE SEMPRE SER ISONÔMICO**. NÃO PODE SER APLICADA A ODIOSA FRASE: "AOS AMIGOS TUDO, AOS INIMIGOS A LEI". A LEI É PARA TODOS, NÃO CONSISTINDO EM UM MEIO À DISPOSIÇÃO DA AUTORIDADE PARA A CONCESSÃO DE PRIVILÉGIOS OU REALIZAÇÃO DE PERSEGUIÇÕES.

OBSERVA-SE QUE TANTO OS PRINCÍPIOS ARBITRAIS QUANTO OS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS HARMONIZAM-SE, A FIM DE POSSIBILITAR AMPLAMENTE A INSERÇÃO DA ARBITRAGEM NOS LITÍGIOS PÚBLICO-PRIVADOS. A SEGUIR, AS POSSÍVEIS LIMITAÇÕES OU CONFLITOS ENTRE ESTES PRINCÍPIOS SERÃO ABORDADOS COM O ÚNICO OBJETIVO DE ESCLARECER QUE A ARBITRAGEM PODE SER FLEXIBILIZADA NOS MAIS VARIADOS CASOS PARA QUE HAJA A POSSIBILIDADE DE UMA SOLUÇÃO EFICAZ E ADEQUADA.

3. DA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E AS APARENTES

LIMITAÇÕES ENCONTRADAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DA POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM CONSOLIDADO CADA VEZ MAIS O ENTENDIMENTO DE QUE É NECESSÁRIO EVADIR-SE DO JUDICIÁRIO PARA GARANTIR A RESOLUÇÃO DE SEUS CONFLITOS, DE FORMA MAIS EFICIENTE, ECONÔMICA E CÉLERE. PARA QUE ISSO REALMENTE ACONTEÇA, A ADMINISTRAÇÃO TEM BUSCADO MEIOS MAIS ADEQUADOS, COMO A ARBITRAGEM, A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO.

CERTO É QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POSSUI UM ARCABOUÇO DE NORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO QUE A AUTORIZA A UTILIZAR A ARBITRAGEM NO SEU ÂMBITO INTERNO, COMO EXPRESSA A PRÓPRIA LEI DA ARBITRAGEM, ART. 1º, BEM COMO OUTRAS LEIS ESPECIAIS: A LEI DE CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, A LEI DE TELECOMUNICAÇÕES, A LEI DOS TRANSPORTES, A LEI DE PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS, A LEI DA PARTILHA, A LEI DOS PORTOS ETC..

DE CERTA MANEIRA, A EXPRESSA AUTORIZAÇÃO LEGAL ENCERRA UMA FASE DE DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, E INICIA UM NOVO PERÍODO DE ANÁLISE DE QUESTÕES MAIS PRÁTICAS E DE PECULIARIDADES APRESENTADAS EM CADA CASO CONCRETO.

NESSE SENTIDO, CARLOS SUPLICY DE FIGUEIREDO FORBES[857], PRESIDENTE DO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM/CCBC), E PATRÍCIA SHIGUEMI KOBAYASHI, SECRETÁRIA GERAL ADJUNTA DO CAM/CCBC, SALIENTARAM *IN VERBIS*:

> É FATO QUE MUITAS DESCOBERTAS AINDA ESTÃO POR VIR. CABERÁ ÀS PARTES, AOS ADVOGADOS, AOS ÁRBITROS E ÀS INSTITUIÇÕES ARBITRAIS CONSOLIDAR A INTERPRETAÇÃO DE REGULAMENTOS, ESTABELECER PRÁTICAS E ADAPTAR-SE ÀS

[857] Correio Brasiliense. Coluna Direito & Justiça. *Os desafios da arbitragem com a Administração Pública*. Reportagem em Brasília, segunda-feira, 28 de novembro de 2016;

CUSTAS DE UM PROCEDIMENTO ADMINISTRADO EM SEDE PRIVADA.

Ressalta-se que — apesar de a arbitragem ser um processo eminentemente privado, no qual as partes buscam a intervenção de um terceiro ou de um grupo de pessoas imparciais para resolução do conflito configurado, com o fito de obter uma decisão/sentença arbitral favorável às partes — tal procedimento no âmbito da Administração Pública possui características peculiares que devem ser observadas de acordo com os princípios da publicidade/transparência em consonância com o sigilo do procedimento arbitral, da legalidade administrativa, da eficiência, da economicidade e da celeridade.

A observância desses princípios pode enfrentar possíveis limitações em determinadas circunstâncias, razão por que devem ser considerados com altruísmo e largueza pelas partes, incluído o ente jurídico de direito público, bem como o árbitro designado, a fim de se obter maior êxito na solução do conflito.

Daí surge a noção de flexibilização do procedimento arbitral, a qual objetiva conciliar princípios administrativos constitucionais, eminentemente públicos com os princípios intrínsecos à arbitragem, como eficiência, celeridade, impessoalidade, economicidade e razoabilidade diante do caso concreto.

Nesse momento, surgem alguns questionamentos acerca da observância dos Princípios constitucionais administrativos e se estes sofreriam algum tipo de limitação, como por exemplo a Publicidade/Transparência (§3º[858] do art. 2º, da Lei de arbitragem) em detrimento do sigilo do procedimento arbitral.

Ocorre que não há limitação específica quanto à observância da publicidade nas negociações, como a principal característica do regime de direito público; contudo, as regras definidas pelo regime de direito privado serão igualmente postas pelas partes envolvidas, sendo necessária uma maior flexibilização e ponderação no caso concreto. Tais questionamentos serão abordados com maior profundidade logo a seguir.

Ademais, cumpre ressaltar que a arbitragem deve ser utilizada pela Administração Pública apenas para questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis[859]. Além disso,

858 Lei 9.307/96. Art. 2º. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade;

859 Lei 9.307/96. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis;

posteriormente à vigência da lei de arbitragem, ocorreu uma sucessão de alterações legislativas do ordenamento jurídico brasileiro, em favor da utilização de meios alternativos para solução de controvérsias presentes nas relações jurídicas entre particulares e entes da Administração Pública. Especialmente, cita-se o Decreto 8.465/2015 (regulamenta os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário) e a Medida Provisória 752/2016 (possibilita a utilização da arbitragem nas prorrogações e relicitações dos contratos de parceria firmados para a gestão dos aeroportos, ferrovias e rodoviárias).

Geralmente, as atividades de concessão e execução de serviços públicos são as atividades próprias do Estado submetidas à arbitragem. Dentro disso, o rigor do Princípio da indisponibilidade do interesse público merece ser flexibilizado, igualmente os outros princípios, a fim de que haja efetivo êxito nas negociações realizadas no âmbito da arbitragem pelos envolvidos. Rompe-se então o estreito entendimento da relação de verticalidade entre a Administração pública e os particulares, possibilitando uma maior visão de horizontalidade entre estas partes.

O próprio Tribunal de Contas da União já se manifestou quanto à viabilidade de utilização da convenção de arbitragem nos contratos firmados com a Administração Pública, conforme, *in verbis:*

> 40. Quanto à manutenção ou não da cláusula arbitral nos contratos de concessão alinhamos o nosso entendimento como exarado na decisão n. 188/95-TCU/Plenário, **considerando válida a possibilidade da utilização do juízo arbitral desde que não se inclua na parte de arbitragem situações (cláusulas) que não observem estritamente o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.** Embora essa decisão do Tribunal de Contas seja anterior à publicação da Lei da Arbitragem, revestiu-se de sabedoria ao não anular definitivamente a possibilidade do juízo arbitral, quando porventura existirem nos contratos de concessões situações em que seja possível utilizar-se da arbitragem – notadamente quando a Administração se iguala ao particular, ou no caso de haver uma futura previsão legal nesse sentido[860].

O V. ACÓRDÃO *STANDARD* ACERCA DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, APONTOU RESSALVAS

[860] Tribunal de Contas da União – Acórdão 391/2008 – Plenário. Publicado em 14.3.2008;

QUANTO ÀS SUPOSTAS LIMITAÇÕES ENCONTRADAS NOS PRINCÍPIOS DA ESTRITA LEGALIDADE E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO PARA DIRIMIR DETERMINADOS LITÍGIOS. OCORRE QUE, O REFERIDO ENTENDIMENTO TEM SIDO CADA VEZ MAIS FLEXIBILIZADO NA PRÁTICA, TRAZENDO A PRESENÇA DE UMA "CLÁUSULA MÓVEL" COMBINADA COM O CRITÉRIO DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS, COMO SERÁ ABORDADO A SEGUIR.

OBSERVA-SE QUE, NA PRÁTICA, AS REGRAS TÊM SIDO DEFINIDAS NA CONVENÇÃO DA ARBITRAGEM PELAS PARTES ENVOLVIDAS NO INÍCIO DO PROCEDIMENTO. OS LIMITES DE PUBLICIDADE *VERSUS* SIGILO DAS INFORMAÇÕES NOS PROCESSOS QUE ENVOLVAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SÃO DEFINIDOS NO CASO A CASO, CONFORME CADA ÓRGÃO PÚBLICO, COM A LIBERDADE QUE A ARBITRAGEM LHES PERMITE.

A PUBLICIDADE DAS INFORMAÇÕES TEM SIDO LIMITADA NA DIVULGAÇÃO DE DADOS CADASTRAIS DO PROCEDIMENTO, COMO OS NOMES DAS PARTES, VALORES PRINCIPAIS, NÚMERO DE PROCESSO, DATA DE AUDIÊNCIA E DECISÃO FINAL. OS TERMOS DEFINIDOS DURANTE A AUDIÊNCIA - A DISCUSSÃO EM SI - TÊM SIDO PRESERVADOS, A FIM DE GARANTIR UMA MAIOR SEGURANÇA E EFICIÊNCIA DO PROCEDIMENTO. NESSE SENTIDO, APONTARAM CARLOS SUPLICY DE FIGUEIREDO FORBES E PATRÍCIA SHIGUEMI KOBAYASHI (CORREIO BRASILIENSE, 2016):

> **A DISCUSSÃO QUE SE IMPÕE NÃO ESTÁ RELACIONADA À DICOTOMIA CONFIDENCIALIDADE-PUBLICIDADE, MAS SIM, COMO E EM QUE MEDIDA AS INFORMAÇÕES SOBRE AS ARBITRAGENS SERÃO PUBLICADAS.**
>
> PERGUNTA-SE SE OS AUTOS SERÃO FRANQUEADOS AO GRANDE PÚBLICO, SE AUDIÊNCIAS SERÃO ABERTAS PARA QUEM TIVER INTERESSE EM ACOMPANHA-LAS E MESMO SE SERÃO PUBLICADAS NOTAS EM VEÍCULOS DE GRANDE CIRCULAÇÃO COM O OBJETIVO DE DAR A NOTÍCIA SOBRE O ANDAMENTO DAS ARBITRAGENS. **CONTUDO, NÃO PARECE FACTÍVEL OU MESMO RAZOÁVEL QUE TAIS REGRAS SEJAM IMPOSTAS DE PLANO.**
>
> É VERDADE QUE AS ARBITRAGENS QUE CONTAM HOJE COM A PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS EXIGEM DE

> TODOS OS ATORES UMA ATENÇÃO ESPECIAL, JÁ QUE A ELAS A PUBLICIDADE DEVE SE DAR DE ALGUMA FORMA DESDE O SEU INÍCIO, AINDA QUE EM FASE ADMINISTRATIVA. A REGRA DE PUBLICIDADE É CLARA E A SUA APLICAÇÃO NÃO PODE SER IGNORADA.
>
> EM RESPEITO A ESSE PRINCÍPIO, O CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ DEFINIU OS CRITÉRIOS PARA DIVULGAÇÃO DE ARBITRAGENS ENVOLVENDO ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA.

NESSE ASPECTO, O CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ EDITOU RECENTEMENTE TRÊS NOVAS RESOLUÇÕES ADMINISTRATIVAS (20, 21 E 22 DE 2016)[861], A FIM DE NORMATIZAR OS HONORÁRIOS ARBITRAIS E COBRANÇA DAS TAXAS DE ADMINISTRAÇÃO NOS CASOS DE ENCERRAMENTO ANTECIPADO DA ARBITRAGEM; BEM COMO NORMAS ACERCA DOS HONORÁRIOS ARBITRAIS NAS HIPÓTESES DE SUBSTITUIÇÃO DO ÁRBITRO NO CURSO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL. TAIS NORMAS ADMINISTRATIVAS POSSIBILITARAM MAIOR TRANSPARÊNCIA NOS PROCESSOS DE ARBITRAGEM QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

COM RELAÇÃO À ECONOMICIDADE E CELERIDADE DO PROCEDIMENTO É FATO QUE AS PARTES, TANTO A EMPRESA PRIVADA QUANTO A PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, RECONHECEM QUE O CUSTO-BENEFÍCIO DA ARBITRAGEM É SUPERIOR, INDUBITAVELMENTE. MESMO AS CÂMARAS ARBITRAIS EXIGINDO TAXAS TABELADAS, PARA ALGUMAS PESSOAS, ESSAS TAXAS SÃO CONSIDERADAS ELEVADAS; CONTUDO, O CUSTO TOTAL DO PROCEDIMENTO É AINDA MUITO INFERIOR FRENTE AO CUSTO QUE AS PARTES ARCAM DURANTE TODO O PROCESSO NO JUDICIÁRIO.

É certo dizer que quando a Administração Pública concorda em submeter-se à resolução de seus litígios por meio da arbitragem, ela está permitindo que seus processos se

---

[861] _____. **CAM-CCBC edita três novas resoluções administrativas**. Disponível em 16 dezembro de 2016. http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI250710,51045-CAMCCBC+edita+tres+novas+resolucoes+administrativas. Acesso em janeiro de 2017;

resolvam de forma mais eficaz e eficiente, gerando maior custo-benefício ao seu respectivo ente federado, beneficiando a coletividade como um todo**.**

3.1 DO CRITÉRIO DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NOS CASOS DE APARENTE CONFLITO

A REVISÃO DA LEI DA ARBITRAGEM DADA PELA LEI 13.129 DE 23 DE MAIO DE 2015, BEM COMO O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DERAM MAIOR ÊNFASE AOS PRINCÍPIOS EXPRESSOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COLOCANDO EM EVIDÊNCIA A MATRIZ CONSTITUCIONAL DAS NORMAS PROCESSUAIS CIVIS, AINDA QUE O MESMO NÃO POSSA SER DITO EM RELAÇÃO AO PROCEDIMENTO DA ARBITRAGEM.

É IMPRESCINDÍVEL TRAZER À TONA O ENTENDIMENTO CONSTITUCIONAL ACERCA DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS (*CHECKS AND BALANCES)* PARA ADENTRAR NA POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E OS DA ARBITRAGEM.

CUMPRE SALIENTAR QUE O PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO TEM O OBJETIVO DE COMPATIBILIZAR NORMAS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS, A FIM DE QUE UM NÃO SE SOBREPONHA AO OUTRO, POSSIBILITANDO UMA ATENUAÇÃO ENTRE ESTAS NORMAS OU ESTES DIREITOS (SARLET, 1996[862]).

COM EFEITO, PODERÁ HAVER UM JUÍZO DE PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUCIONAIS E OS DA ARBITRAGEM, SE ESTES FOREM SOPESADOS NO CASO CONCRETO ATRAVÉS DO CRITÉRIO DE HARMONIZAÇÃO DAS NORMAS.

NESTA MESMA LINHA, PONTIFICOU JORGE AMAURY MAIA NUNES[863], *IN VERBIS:*

---

[862] SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição**. Revista da Ajuris 66, 1996;

[863] Nunes, Jorge Amaury Maia. Princípios Constitucionais: Interpretação Visando à Efetividade dos Direitos Fundamentais. Nunes, Jorge Amaury Maia et al. Revista Jurídica de Direito Público. V. 1., n. 1 (jul./set. 2003). Porto Alegre: Síntese Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005, p. 95 e 109-111;

> (...) A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, INDEPENDENTEMENTE DE SEU ALARGAMENTO EM TERMOS DE POSITIVAÇÃO, RESULTA UM **"EFEITO DE IRRADIAÇÃO", UMA FORÇA CONFORMADORA DE UMA PLURALIDADE, CADA VEZ MAIS EXUBERANTE, DE NORMAS JURÍDICAS, QUE ACABA POR SUGERIR A MULTIPLICAÇÃO DAS CHAMADAS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.** (...)
>
> CRITÉRIO DE PONDERAÇÃO, PORTANTO, SERÁ CONSIDERADO SOMENTE COMO AQUELE DESTINADO À SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DOIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. (...)
>
> O QUE A PONDERAÇÃO DE BENS VISA É, JUSTAMENTE, A EVITAR O ESVAZIAMENTO DE UM OU DE ALGUNS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. COM EFEITO, A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (..., O RECONHECIMENTO DE QUE NÃO EXISTEM DIREITOS ABSOLUTOS), AO INVÉS DE ENFRAQUECÊ-LOS, PERMITE-LHES A CONVIVÊNCIA, O QUE SERIA IMPOSSÍVEL SEM ESSA RELATIVIZAÇÃO. (...)
>
> **O QUE SE SUGERE, NA ESTEIRA DO RACIOCÍNIO DE CELSO LAFER[864], É A HIERARQUIA MÓVEL OU RELAÇÃO DE PRECEDÊNCIA CONDICIONADA. A PONDERAÇÃO SEMPRE REALIZADA NO CASO CONCRETO SUPÕE QUE OS PRINCÍPIOS NÃO SEJAM SEMPRE SOPESADOS DA MESMA MANEIRA. O SEU PESO É VARIÁVEL, CONFORME SE APRESENTEM OS FATOS NO CASO CONCRETO.**

POSTO ISSO, PARECE POSSÍVEL ACOLHER A APLICABILIDADE DO CRITÉRIO DE PONDERAÇÃO E HARMONIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS (PUBLICIDADE, LEGALIDADE, EFICIÊNCIA) E OS PRINCÍPIOS DA LEI DE ARBITRAGEM (SIGILO DAS INFORMAÇÕES, CELERIDADE, ECONOMICIDADE) DIANTE DA ANÁLISE DE CADA CASO CONCRETO. ISSO POSSIBILITARIA UMA MAIOR UTILIZAÇÃO DO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM MAIOR ESCALA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

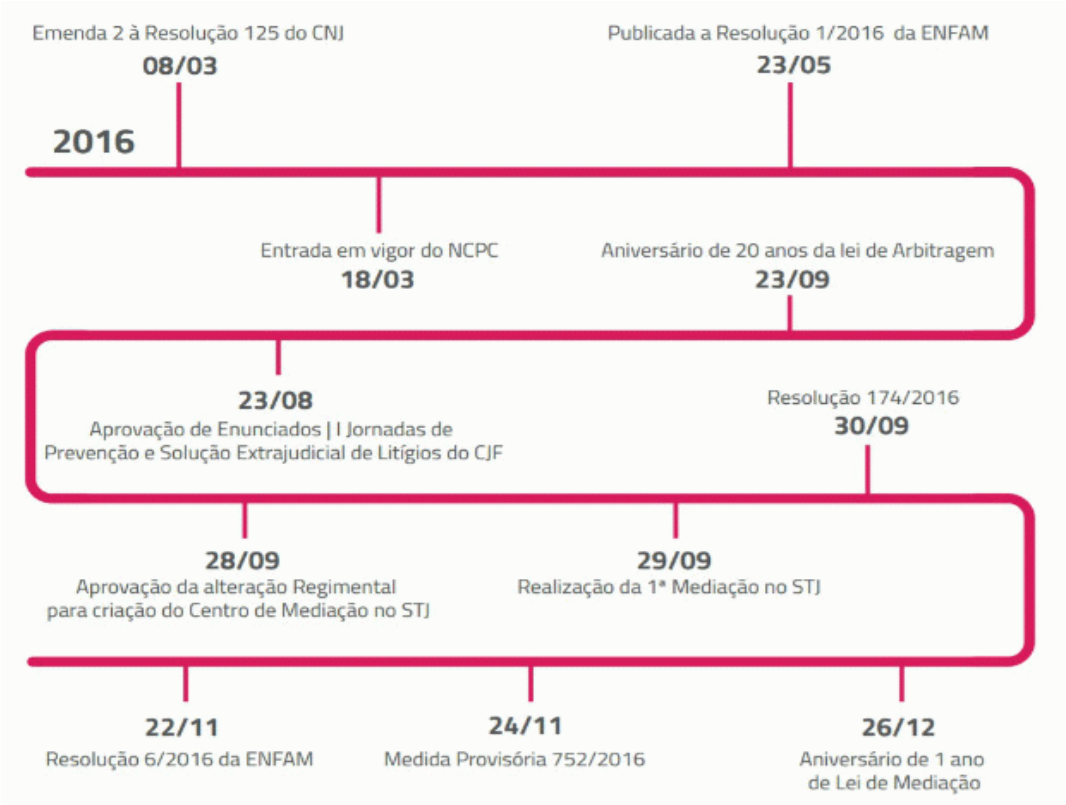
---

[864] LAFER, Celso. **Filosofia do direitos e princípios gerais: considerações sobre a pergunta "o que é filosofia do direito".** In: LAFER, Celso et al. O que é a filosofia do Direito? Barueri: Manole, 2004, p. 62;

3.2 VANTAGENS DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS NEGÓCIOS PÚBLICOS

VALE CONSIGNAR QUE A ARBITRAGEM TEM CRESCIDO GRADATIVAMENTE NO ÂMBITO PÚBLICO, EM RAZÃO DE SUAS DIVERSAS VANTAGENS, COMO A CELERIDADE, ECONOMICIDADE, A POSSIBILIDADE DAS PARTES REALIZAREM SUA AUTOCOMPOSIÇÃO COM REGRAS, DINAMISMO E PROCEDIMENTOS PRÓPRIOS; ESCOLHA DO ÁRBITRO JULGADOR ESPECIALIZADO EM CASOS ESPECÍFICOS, BEM COMO OUTRAS QUESTÕES IMPORTANTES E PECULIARES QUE SURGEM NA REALIDADE.

NO ÂMBITO LEGAL, 2016 FOI UM MARCO PARA OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS, ESPECIALMENTE PARA A ARBITRAGEM, COMO OBSERVA-SE A SEGUIR[865]:



865 _____. Imagem disponível em http://adambrasil.com/categorias/arbitragem. Acesso em janeiro de 2017;

TODO ESTE ARCABOUÇO JURÍDICO TORNOU AINDA MAIS INDUBITÁVEL A VANTAGEM DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ACERCA DE DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS PRESENTES NO ÂMBITO PÚBLICO.

IMPORTANTE SALIENTAR QUE HOUVE MACIÇA ATUAÇÃO TANTO DA SECCIONAL DO DF DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB) QUANTO DO CONSELHO FEDERAL DA OAB NA ELABORAÇÃO DA LEI DA ARBITRAGEM, COMO BEM RESSALTOU, EM ENTREVISTA PESSOAL (ANEXO I – ÁUDIO), DR. ASDRUBAL JÚNIOR, ADVOGADO E PRESIDENTE DA COMISSÃO DE ARBITRAGEM DA OAB/DF, BEM COMO DIRETOR DA CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ACDF/CBMAE (ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DO DISTRITO FEDERAL – CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM).

COMO ATUANTE NESTA ÁREA, DR. ASDRUBAL JÚNIOR ASSENTOU A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, APESAR DA LENTIDÃO DESTE PROCESSO DE CRESCIMENTO, DESDE O ADVENTO DA LEI DA ARBITRAGEM. NO ENTANTO, ELE AFIRMOU QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM PROCURADO UTILIZAR A ARBITRAGEM NO SEU ÂMBITO CADA VEZ MAIS, ANTE À CELERIDADE ÍNSITA AO PROCEDIMENTO E O CUSTO-BENEFÍCIO VISADO PELAS PARTES ENVOLVIDAS.

ADEMAIS, DR. ASDRUBAL TAMBÉM ENTENDE QUE A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS SUPRACITADOS NA PRÁTICA É A REALIDADE APLICADA ATUALMENTE NOS PROCEDIMENTOS DA ARBITRAGEM UTILIZADA PARA RESOLVER OS CONFLITOS ENTRE OS PARTICULARES E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ALÉM DE QUE ESTA LIBERDADE DE ATUAÇÃO DOS ENVOLVIDOS É INATA AO PROCEDIMENTO, POIS POSSIBILITA REGRAS PRÓPRIAS E USO DOS CRITÉRIOS CONSIDERADOS MAIS ADEQUADOS PELAS PARTES E PELO ÁRBITRO. ACERCA DESSA POSSIBILIDADE, SALIENTOU MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, *IN VERBIS:*

> OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CONTÊM CLÁUSULAS REGULAMENTARES E CLÁUSULAS FINANCEIRAS. AS PRIMEIRAS REFEREM-SE AO PRÓPRIO OBJETO DO CONTRATO, À FORMA DE SUA EXECUÇÃO; ELAS DECORREM DO PODER REGULADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; SÃO FIXADAS E ALTERADAS UNILATERALMENTE PELO PODER PÚBLICO. MAS **AS CLÁUSULAS**

> **FINANCEIRAS, QUEM DIZEM RESPEITO À REMUNERAÇÃO DO CONTRATADO E AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO TÊM NATUREZA TIPICAMENTE CONTRATUAL. POR ISSO MESMO, NÃO PODEM SER ALTERADAS UNILATERALMENTE PELO PODER PÚBLICO, MAS PODEM SER OBJETO DE ACORDO ENTRE AS PARTES.**
>
> TAMBÉM NÃO TERIA SENTIDO A INSTALAÇÃO DE UM PROCEDIMENTO DE ARBITRAGEM PARA DECISÃO DE CONFLITO QUE ENVOLVA PRERROGATIVAS DE AUTORIDADE QUE SÓ O PODER PÚBLICO PODE EXERCER. NÃO PODE UM TRIBUNAL DECIDIR SOBRE AS PRERROGATIVAS DO ARTIGO 58 DA LEI 8.666 (ALTERAÇÃO UNILATERAL, RESCISÃO UNILATERAL, APLICAÇÃO DE PENALIDADE ETC.). MAS PODE DECIDIR SOBRE OS EFEITOS PATRIMONIAIS DECORRENTES DO USO DE PRERROGATIVAS PRÓPRIAS DO PODER PÚBLICO, COMO AS DE ALTERAR E RESCINDIR UNILATERALMENTE OS CONTRATOS, QUE PODEM PROVOCAR O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. **SÃO ASPECTOS QUE SE INCLUEM NO CONCEITO DE DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS, NÃO PORQUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POSSA ABRIR MÃOS DE SEUS DIREITOS, MAS PORQUE SE TRATA DE DIREITOS PASSÍVEIS DE VALORAÇÃO ECONÔMICA.**

ANTE O EXPOSTO, É INDUBITÁVEL QUE A ARBITRAGEM TEM ALCANÇADO NOTÓRIO ESPAÇO NO ORDENAMENTO JURÍDICO E ENTRE OS OPERADORES DO DIREITO, QUE BUSCAM ATUAR DE FORMA MAIS INDEPENDENTE DO JUDICIÁRIO. DESSA FORMA, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM BUSCADO RESOLVER SEUS CONFLITOS SE BENEFICIANDO DA UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS, EM VISANDO UMA MAIOR CELERIDADE NOS SEUS PROCESSOS E VIABILIZANDO DE FORMA MAIS EFICAZ A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ESTABELECIDOS COM PARTICULARES OU OUTROS ENTES FEDERADOS.

CONCLUSÃO

CONFORME DEMONSTRADO, A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA PODER PÚBLICO, A FIM DE RESOLVER SEUS CONFLITOS COM PARTICULARES COMO OS LITÍGIOS DECORRENTES DE CONTRATOS DE CONCESSÃO OU PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS, TEM SIDO UM PROCESSO DE INSERÇÃO LENTO, MAS CADA VEZ MAIS POSITIVO E VANTAJOSO.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM CONSOLIDADO O ENTENDIMENTO DE QUE HÁ INÚMEROS BENEFÍCIOS NA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM, ALÉM DE POSSUIR UM ARCABOUÇO JURÍDICO AMPLO AUTORIZANDO-A E DISCIPLINANDO AS REGRAS POSSÍVEIS A SEREM APLICADAS NO PROCEDIMENTO.

APONTOU-SE TAMBÉM QUE A ARBITRAGEM É UM MÉTODO ADEQUADO E EXTRAJUDICIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS, BEM COMO POSSIBILITA UMA MAIOR LIBERDADE DE ATUAÇÃO DAS PARTES ENVOLVIDAS E DO ÁRBITRO-JULGADOR. POR ISSO, A ADMINISTRAÇÃO TEM PROCURADO SE DISTANCIAR CADA VEZ MAIS DO JUDICIÁRIO PARA RESOLVER SEUS LITÍGIOS, ANTE A MOROSIDADE, CUSTOS E AUSÊNCIA DE ESPECIALIDADE PARA CASOS MAIS COMPLEXOS E DIFERENCIADOS.

ALÉM DISSO, APESAR DE APARENTEMENTE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS COLIDIREM COM OS PRINCÍPIOS ARBITRÁRIOS, OBSERVOU-SE QUE É TOTALMENTE POSSÍVEL COMPATIBILIZÁ-LOS, BUSCANDO-SE UMA MAIOR FLEXIBILIZAÇÃO E ALARGAMENTO DAS REGRAS PELO CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO.

É IMPORTANTE SALIENTAR QUE NENHUM PRINCÍPIO É ABSOLUTO, DEVENDO SEMPRE O OPERADOR DO DIREITO ANSIAR POR SOLUÇÕES MAIS FLEXÍVEIS, A FIM DE RESOLVER SUPOSTOS CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS NO CASO CONCRETO. SOMENTE ANALISANDO-SE CASO A CASO É POSSÍVEL SOPESAR OS DIREITOS E GARANTIAS MAIS RELEVANTES EM DETRIMENTO DE OUTROS PARA QUE HAJA VERDADEIRA JUSTIÇA E PONHA-SE FIM NA CONTROVÉRSIA.

TODOS OS ENVOLVIDOS NESSE PROCESSO PRECISAM TER DISPOSIÇÃO PARA PERSEGUIREM O MELHOR DIREITO, BUSCANDO-SE SE BENEFICIAREM

DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS PARA QUE TENHAM MAIOR CELERIDADE NOS PROCESSOS, CUSTO-BENEFÍCIO, EFETIVIDADE, LUCROS, NÃO SE ABSTENDO DE OBSERVAR OS PRINCÍPIOS BASILARES DO PROCEDIMENTO.

POR FIM, ACREDITA-SE QUE ESTA PRÁTICA PELO PODER PÚBLICO SEJA UMA ALTERNATIVA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS MEDIANTE O JUDICIÁRIO E COM ISSO QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TENHA UM "FUTURO PROMISSOR" NA EXECUÇÃO DE SEUS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS, VISANDO RESULTADOS MAIS POSITIVOS PARA O BEM DE TODA UMA COLETIVIDADE, ALÉM DE ATENDER COM MAIOR EFICÁCIA E EFICIÊNCIA AS SUAS NECESSIDADES.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. **A carta arbitral e a arbitragem na Lei das S.A.** Artigo publicado no jornal Valor Econômico em 17/06/15. Caderno Legislação e Tributos. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%203%20-%20A%20carta%20arbitral%20e%20a%20arbitragem%20na%20Lei%20das%20S.A.pdf. Acesso em dezembro 2016;

_____. **A clássica teoria geral do processo e o novo CPC – A arbitragem cabe no conceito de jurisdição?** Artigo publicado no site Migalhas em 26/10/2016. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI239728,61044-A+classica+teoria+geral+do+processo+e+o+novo+CPC+A+arbitragem+cabe+no. Acesso em dezembro 2016;

_____. **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TENDE A BUSCAR ARBITRAGEM PARA QUESTÕES COMPLEXAS.** DISPONÍVEL EM HTTP://WWW.MIGALHAS.COM.BR/QUENTES/17,MI224127,51045-ADMINISTRACAO+PUBLICA+TENDE+A+BUSCAR+ARBITRAGEM+PARA+QUESTOES. ACESSO EM: DEZEMBRO 2016;

_____. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos.** Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2. Acesso em: janeiro de 2017);

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**/Ricardo Alexandre, João de Deus. – 2. Ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016;

ALVIM, J. E. Carreira. **Direito arbitral.** Rio de Janeiro: Forense, 2007;

AMARAL, Paulo Osternack. **Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o poder público.** In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord.) Arbitragem e Poder público. São Paulo: Saraiva, 2010;

_____. **Arbitragem e os vetos a nova lei.** Artigo publicado no jornal Valor Econômico em 15/06/15. Caderno Legislação e Tributos. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%201-Arbitragem%20e%20os%20vetos%20%C3%A0%20nova%20lei.pdf. Acesso em dezembro 2016;

_____. **Arbitragem no setor de infraestrutura portuária.** Artigo publicado no site Migalhas em 11.08.15. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042; Acesso em dezembro 2016;

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

CALMON, Eliana. **A arbitragem e poder público.** Revista de Arbitragem e Mediação, ano 7, n. 24, jan.-mar., 2010;

_____. **CAM-CCBC edita três novas resoluções administrativas**. Disponível em 16 dezembro de 2016. http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI250710,51045-CAMCCBC+edita+tres+novas+resolucoes+administrativas. Acesso em janeiro de 2017;

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário a Lei 9.307/96.** São Paulo: Atlas, 2006;

CARNELUTTI, Francesco. ***Instituciones del Processo Civil***, tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1989. V. I;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2013;

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A possibilidade de arbitragem em contratos administrativos.** Artigo publicado no site Consultor jurídico em 24/09/15. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2; Acesso em dezembro 2016;

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo.** Revista Trimestral de Direito Público, v. 32, 2000;

_____. Imagem coletada em http://adambrasil.com/categorias/arbitragem. Acesso em janeiro de 2017;

KLEIN, Aline Licia. **A arbitragem nas concessões de serviço público.** In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord.) Arbitragem e Poder público. São Paulo: Saraiva, 2010;

LAFER, Celso. **Filosofia do direitos e princípios gerais: considerações sobre a pergunta "o que é filosofia do direito".** In: LAFER, Celso et al. O que é a filosofia do Direito? Barueri: Manole, 2004;

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Por que criar amarras à arbitragem.** Artigo publicado no jornal Valor Econômico em 15/08/14. Caderno Legislação e Tributos. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigovalor15082014.pdf. Acesso em dezembro 2016;

LINDER, Daniel. **Os contratos de Transporte.** In Seminário: Arbitragem e Poder Público, 2015, Brasília;

LIRA, José Ferreira de. **Arbitragem, A Justiça Privada.** Ed. Clube de Autores, 2010;

MARIANI, Romulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2015;

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro, 36. Ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **"Arbitragem nos contratos administrativos". Mutações do direito administrativo,** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 221 a 235;

_____. **Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil.** Artigo publicado no site Consultor Jurídico em 10/4/14. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil. Acesso em dezembro 2016;

Nunes, Jorge Amaury Maia. **Princípios Constitucionais: Interpretação Visando à Efetividade dos Direitos Fundamentais.** Nunes, Jorge Amaury Maia et al. Revista Jurídica de Direito Público. V. 1., n. 1 (jul./set. 2003). Porto Alegre: Síntese Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005;

PARADA, Andre Luiz. **Arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos.** 2014. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UniCeub, Brasília, 2014;

PEREIRA, Cesar A. Guimaraes. **Arbitragem e administração pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. In: _____ (coord.) Arbitragem e Poder público. São Paulo: Saraiva, 2010;

_____. **Por que arbitragem?** Disponível em http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI250506,101048-Por+que+arbitragem. Acesso em: Dezembro de 2016;

_____. Presidência da República. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem;

_____. Presidência da República. Lei 13.129, de 25 de maio de 2015, que altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996;

_____. **Princípios e Origens da Lei de Arbitragem**. AASP/Revista do Advogado nº 51;

_____. Resolução Administrativa 09/2014 do CAM/CCBC. Disponível em: http://www.ccbc.org.br/Materia/1487/resolucao-administrativa-n-092014. Acesso em: dezembro 2016;

REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** P. 388/389. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., ano 4, n. 15, out. /dez. /2007;

RICCI, Eduardo Flavio. **Lei da arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas;** com a colaboração de Mariulza Franco. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição.** Revista da Ajuris 66, 1996;

TÁCITO, Caio. **Arbitragem em litígios administrativos.** Revista de Direito Administrativo. Out/Dez,2005;

VOSCERAU, Isabella Moreira de Andrade. **Arbitragem e Poder público: da convenção arbitral à instauração da arbitragem.** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. n. 1, 2013.

WALD, Arnoldo. **Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro.** In: Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc. Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008.

SISTEMA MULTIPORTAS: O IMPACTO DA EXPANSÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO COTIDIANO DO CIDADÃO COMUM

MULTIPORT SYSTEM: THE IMPACT OF THE EXPANSION OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT COMPOSITION IN THE COMMON CITIZEN'S EVERYDAY

Ulisses Juliano da Silva[866]

RESUMO

O presente artigo reflete sobre a importância da mudança de paradigma no Judiciário brasileiro no que concerne a adoção de medidas alternativas de solução de conflitos que estão impactando fortemente no exercício do direito perante os Tribunais. Ademais, demonstrar-se-á que o Judiciário, ao se afastar dos formalismos processuais, fortalece a atividade do operador do direito, abre novas possibilidades para o jurisdicionado e impõe a todos novos desafios. Segundo o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, a cada ano, para cada dez novas demandas propostas no Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas. Após precisar o conceito central deste trabalho, exponho e analiso os dados obtidos junto aos artigos, exposições e relatórios coletados, promovendo uma classificação dos atores jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Multiportas; Conflitos; Meios Alternativos; Solução; Composição; Judiciário.

ABSTRACT

This article reflects on the importance of the paradigm shift in the Brazilian Judiciary regarding the adoption of alternative conflict resolution measures that are having a strong impact on the exercise of the right before the Courts. In addition, it will be demonstrated that the Judiciary, by moving away from procedural formalities, strengthens the activity of the operator of the law, opens new possibilities for the jurisdiction and imposes all new challenges. According to the Justice in Numbers report of the National Council of Justice, every year, for every ten new demands proposed in the Brazilian Judiciary, only three old lawsuits are resolved. After specifying the central concept of this work, I present and analyze the data obtained with the articles, expositions and reports collected, promoting a classification of legal actors.

KEYWORDS: Multiport System; Conflicts; Alternative Means; Solution; Composition; Judiciary.

INTRODUÇÃO

[866] Discente da pós-graduação de Direito Processual Civil da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

O estudo das relações entre o Judiciário e a sociedade é tão antigo quanto a primeira norma produzida. Porém, o presente texto prima pelo escopo de oferecer ao leitor breves apontamentos sobre o desenvolvimento do Judiciário por meio de algumas considerações históricas, coleta e interpretação de dados, análise de fatos e/ou eventos que contribuíram para a construção da estrutura do que hoje se denomina "Sistema ou Tribunal Multiportas".

No ano de 2015, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R$ 79,2 bilhões, o que representou um crescimento de 4,7% e, considerando o quinquênio 2011-2015, um crescimento médio na ordem de 3,8% ao ano. Essa despesa equivale a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios ou a um custo pelo serviço de Justiça de R$ 387,56 por habitante, com tendência de crescimento[867].

O tema é sensível, pois revela estatísticas assombrosas, como a espera do jurisdicionado por um desfecho processual por quase nove anos, em média. Ainda que exista descompassos entre os anseios da sociedade e as possibilidades do Judiciário, é imperativo a urgência de se priorizar novas técnicas, métodos e meios eficazes, de baixo custo e céleres para que o cidadão comum possa ter sua pretensão judicial satisfeita por meio de um diálogo entre a sociedade civil e a comunidade jurídica.

A relevância do tema se traduz no fato de que a "Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos", demonstra que o sistema judicial clássico está gradativamente sendo substituído por meios consensuais modernos, promovidos em leis, atos normativos, campanhas e atividades de capacitação, fazendo com que todos os poderes da República, em conjunto com os representantes das mais diversas classes sociais, formulem ações e elaborem estratégias mais eficientes, de modo a que o tempo de duração do processo venha a ser fortemente impactado.

Quando é disponibilizado ao jurisdicionado um acesso à justiça[868] múltiplo, com

---

[867] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016: ano-base 2015.** - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf. Acesso em: 19.01.2016.

[868] O desenvolvimento de sistemas alternativos de resolução de conflitos é uma recomendação das nações Unidas. O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), em sua resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, recomendou que os Estados considerem, no contexto de seus sistemas de Justiça, o desenvolvimento de procedimentos alternativos ao processo judicial tradicional e a formulação de políticas de mediação e de justiça restaurativa. Essas medidas visam o desenvolvimento de uma cultura favorável a sistemas alternativos de

critérios apropriados para cada situação, possibilitando adequação da solução à peculiaridade do conflito, à sua natureza diferenciada, às condições e necessidades especiais das partes envolvidas, trata-se, enfim, de um modo de se alcançar a justiça com maior equanimidade e aderência ao caso concreto[869].

A postura do Judiciário ao assumir as demandas sociais através de um novo procedimento de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, consolidando uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios como instrumentos efetivos de pacificação social, reduzindo, por conseguinte, a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, o que, por sua vez, irá gerar a redução dos altos custos do Poder Judiciário brasileiro.

O presente estudo destina-se, portanto, à análise da eficiência operacional do acesso ao Judiciário por meio dos mecanismos consensuais de solução de conflitos e das implicações deste novel no cotidiano do cidadão.

---

resolução de conflitos nas autoridades judiciais, sociais e outras responsáveis pelo cumprimento da lei e pelo atendimento e promoção dos direitos do cidadão.
Nesse contexto, iniciativas na área da Justiça começaram a ser desenvolvidas por meio de cooperação técnica do PNUD com a Secretaria Especial de Direitos Humanos, com a Sociedade Civil organizada e, agora, com o Ministério da Justiça. Essas ações têm por base a percepção de que o desenvolvimento não pode ser alcançado sem a plena garantia de acesso à Justiça, da segurança e coesão social dos cidadãos.
Dessa forma, o acesso à Justiça é considerado um direito humano e um caminho para a redução da pobreza, por meio da promoção da equidade econômica e social. Onde não há amplo acesso a uma Justiça efetiva e de qualidade, a democracia está em risco e o desenvolvimento não é possível. Assim, o acesso à Justiça é reconhecido como uma dimensão essencial ao desenvolvimento humano, representando atualmente uma forte presença na cooperação técnica estabelecida pelo PNUD com vários países do mundo.
Dentro dessa linha de atuação do PNUD no Brasil, a Secretaria de Reforma do Judiciário está presente como uma importante parceira. A partir de 2003, foram ampliadas significativamente as ações de cooperação técnica na área de Justiça.

Para melhor compreensão e aprofundamento no tema, conferir:
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Acesso à Justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais.** Brasília: 2005. Disponível em: http://www.acessoajustica.gov.br/pub/ downloads/downloads_acesso_justica.pdf. Acesso em 28.01.2017.

869 **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil.** Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandes Crespo. - Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2012, p. 88. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 13.06.2017.

O real interesse do indivíduo e a consequente satisfação devem ser observados neste novo paradigma que se descortina no Judiciário brasileiro, uma vez que, resta evidente que as soluções consensuais são, em sua maioria, mais adequadas do que a imposição jurisdicional de uma decisão, ainda que esta seja construída democraticamente através de um procedimento em contraditório, com efetiva participação dos interessados[870].

Desta feita, o objeto do presente estudo é analisar o conjunto de fatores jurídicos e sociais que possibilitam o aprimoramento da jurisdição por intermédio da efetivação dos mecanismos modernos de solução de conflitos e o real impacto na vida dos participantes. Isto é, em que medida a oferta de novos mecanismos judiciais para a solução de conflitos contribui para a satisfação do cidadão.

É imprescindível analisar as ações concretas que podem contribuir para a eficácia e a efetividade do sistema Multiportas de resolução de conflitos, ampliando o acesso à justiça e a implantação de práticas de gestão preventiva de conflitos

1. TRIBUNAL MULTIPORTAS

A ideia de se criar um mecanismo de múltiplas portas para o acesso ao judiciário, surgiu da constatação da insuficiência do Poder Judiciário para atender a todas as demandas que lhes eram apresentadas.

Na década de 1970, o professor da faculdade de Direito de Harvard, Frank Sander[871],

[870] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2016. Kindle Edição.

[871] Frank Sander é professor emérito da Faculdade de Direito de Harvard, onde leciona há mais de 45 anos e foi reitor associado de 1987 a 2000. Nascido na Alemanha, veio para os Estados Unidos aos 13 anos.
Formou-se em matemática no ano de 1949, em Harvard, e em direito na Faculdade de Direito dessa mesma universidade em 1952, onde exerceu o cargo de tesoureiro da *Harvard Law Review*. Após trabalhar como secretário do juiz presidente do Tribunal, Calvert Magruder, da Primeira Corte de Apelação, e com o juiz Felix Frankfurter, da Suprema Corte dos Estados Unidos, atuou como advogado apelante na divisão tributária do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, ingressando, posteriormente, no escritório de advocacia Hill & Barlow em Boston.
No final dos anos 1970, voltou-se para a área de métodos alternativos. Em 1976, lançou o documento de sua autoria denominado *Varieties of dispute processing* (Variedades do processamento de conflitos), na *Pound Conference*. Nele o professor Sander lançou o conceito do Tribunal Multiportas — modelo multifacetado de resolução de conflitos em uso atualmente em vários setores dos Estados Unidos e outros países. Em colaboração com os professores Stephen Goldberg e Eric Green, escreveu o primeiro *casebook* sobre métodos alternativos, *Dispute resolution: negotiation, mediation, andother processes* (1985), ganhador do prêmio de melhor livro publicado naquele ano, concedido pelo *International Institute for Conflict Prevention and Resolution.*

apresentou um projeto no qual o Judiciário iria oferecer para os litigantes múltiplas opções de se chegar a um resultado satisfatório para seus conflitos. Nas palavras das pesquisadoras Sales e Sousa, o Sistema de Multiportas Portas pode ser definido:

> Como um mecanismo de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos no qual, a partir do conflito apresentado pelas partes interessadas em negociar, é disponibilizada uma variedade de meios ou "portas", a fim de que se possa identificar qual a mais adequada para a propositura de um acordo eficaz e que seja cumprido e satisfatório para ambos os indivíduos[872].

Com o advento da globalização, membros do governo e dos setores empresarial, acadêmico, religioso e cívico, percebem, que, o bem-estar de todos exige uma interdependência de todos. A diversidade de conflitos vivenciados pelas pessoas requer mecanismos diversos de resolução a fim de que os envolvidos satisfaçam seus interesses.

Neste sentido, o campo jurídico tem sido particularmente afetado por esta realidade. Conforme preleciona Thomas Mengler:

> Ao longo das últimas quatro décadas, a prática dos meios alternativos de composição de conflitos tem assistido a um aumento exponencial, acompanhado da expansão da literatura especializada e de bolsas de estudo. Simultaneamente, sistemas de resolução alternativa de litígios ganharam mais proeminência nos ordenamentos jurídicos de outros países ao redor do mundo. (...) Juntos, trabalharam para construir capacidade participativa para resolução de conflitos e exploraram em tempo real e ao vivo formas para maximizar o sistema de resolução de conflitos do país[873].

O especialista explica que nos Estados Unidos, o campo de resolução de conflitos obteve uma evolução significativa desde o início dos anos 1970. Ao longo das últimas quatro décadas, a prática dos meios alternativos de composição de conflitos tem assistido a um aumento exponencial, acompanhado da expansão da literatura especializada e de bolsas de estudo. Simultaneamente, sistemas de resolução alternativa de litígios ganharam mais proeminência nos ordenamentos jurídicos de outros países ao redor do mundo.

Consoante esta realidade, no ano de 2008, a Ministra Nancy Andrighi, ao escrever um artigo em conjunto com a juíza Gláucia Foley, destacaram que o judiciário brasileiro estava implementando um sistema de múltiplas portas, apto a oferecer meios de resolução de conflitos voltados à construção do consenso. Em suas palavras, temos que:

> O atual arcabouço legal permite, pois, que as instâncias judiciárias sensíveis a novos

[872] SALES, Lilia Maia de Morais. SOUSA, Mariana Almeida. **O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro.** Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/16_Dout_Nacional_7.pdf. Acesso em: 25.01.2017.

[873] **Tribunal Multiportas: investindo ...** cit.

> paradigmas viabilizem um sistema de múltiplas portas que possa gerar um choque de eficiência na gestão judiciária. Indispensável, pois, a destinação de recursos para intensificar as possibilidades de acesso e, sobretudo, qualificar a prestação jurisdicional. (...) A contenciosidade cede lugar a sintonia de objetivos e os rumos da beligerância podem ser abandonados para dar lugar à Justiça doce, que respeita a diversidade em detrimento da adversidade. Descortina-se, assim, uma nova estrada que todos podem construir, na busca do abrandamento dos conflitos existenciais e sociais, com a utilização do verdadeiro instrumento e agente de transformação – o diálogo conduzido pelo mediador – no lugar da sentença que corta a carne viva[874].

Os desafios institucionais para a implantação do sistema de múltiplas portas estão sendo vencidos gradativamente tanto pela atuação da sociedade, que legitima os meios alternativos, quanto pelo judiciário que têm envidado esforços em modernizar os seus recursos – humanos, materiais, normativos e tecnológicos –, consolidando experiências em todo o território nacional, tanto nas demandas pré-processuais quanto nas já judicializadas.

No ano de 1976, em uma conferência realizada nos Estados Unidos, denominada *The Pound Conference*, discutiu-se acerca do descontentamento popular com a gestão da Administração da Justiça. Um de seus participantes, o professor Frank Sander, expôs a problemática de se pensar que o Poder Judiciário, em um sistema fechado composto de juízes, partes, promotores e advogados, é a única maneira de se resolver conflitos entre os indivíduos que buscam por uma solução. Ou mais, que buscam por justiça.

Em artigo de sua autoria, Frank Sander afirma:

> Nós, advogados, temos tido um pensamento muito absoluto quando o assunto é resolução de conflitos. Nós tendemos a crer que os tribunais são os naturais e óbvios – e únicos - solucionadores de conflitos. De fato, lá existe uma rica variedade de processos que podem resolver conflitos de forma bem mais efetiva. Por muitas vezes a polícia tem procurado "resolver" disputas raciais, na escola e entre vizinhos e nós, povo, temos realizado mais e mais demandas nas cortes para resolver disputas que outrora eram lidadas por outras instituições da sociedade. Obviamente, as cortes não podem continuar a se responsabilizarem de forma efetiva por todas as demandas que necessitam ser equacionadas de modo rápido. É, portanto, essencial que se examinem outras alternativas (Tradução Livre)[875].

---

[874]ANDRIGHI, Nanci. FOLEY, Gláucia F., **Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso.** Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/32499. Acessoem: 25.01.2017.

[875] SANDER, Frank. The Multi-Door Courthouse: Settling Disputes in the Year 2000. HeinOnline: 3 Barrister 18, 1976 (We lawyers have been far too single-minded when it comes to dispute resolution. We have tended to assume that the courts are the natural and obvious – and only – dispute resolvers. In fact there exists a rich variety of processes which may resolve conflicts far more effectively. Much as the police have been looked for to "solve" racial, school and neighborly disputes, so too have we been making greater and greater demands on the courts to resolve disputes that used to be handled by other institutions of society. Quite obviously, the courts cannot continue to respond effectively to those accelerating demands. It becomes essential therefore to examine other alternatives). Citado por ANDRIGHI, Nanci. FOLEY, Gláucia F., **Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso.** Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/32499/Sistema_Multiportas_Judici%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 25.03.2017.

A ideia do professor Sander era desenvolver um programa conectado ao Judiciário no qual litigantes são providos com a escolha de processos variados de resolução de disputas. Assim, deveria haver um local com profissionais treinados que selecionaria e guiariam as demandas aos procedimentos de resolução de conflitos mais apropriados para cada situação.

Warren Burger, ex-presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, uma vez disse:

> A obrigação da nossa profissão é [...] servir como os cicatrizadores do conflito humano. Para cumprir nossa tradicional obrigação significa que nós devemos prover mecanismos que produzam resultados aceitáveis nos mais curto período de tempo possível, com o mínimo de despesas e o mínimo de estresse entre os participantes. Isso é o verdadeiro conceito de justiça[876].

De fato, o Sistema Multiportas é uma realidade que a cada dia ganha contornos novos de aprimoramento, demonstrando que a efetiva solução de resolução de conflitos entre os indivíduos não só é possível, como também, reflete o reconhecimento da complexidade dos litígios, quando valoriza o diálogo participativo e promove resoluções adequadas a cada circunstância, com atenção para as pessoas envolvidas, para seus anseios e necessidades.

2. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: MÉTODOS E PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO

O sistema multiportas nada mais é do que a evolução das formas de composição de litígios, no momento em que produz soluções diferenciadas para casos diferenciados. É uma justiça integral, mais humana.

Idealizado por Frank Sander, o projeto "Tribunal Multiportas", foi conduzido no Brasil através da rede de Pesquisas Internacionais em ADR[877] da Universidade Saint Thomas – UST, da qual a professora Mariana Hernandez Crespo, juntamente com uma equipe de brasileiros e de especialistas internacionais e de colaboradores, implementou um processo de construção de

---

[876] Warren E. Burger foi o 15º presidente da Suprema Corte entre os anos de 1969 e 1986. Para uma melhor análise v. SALES, Lilia Maia de Morais. SOUSA, Mariana Almeida. **O Sistema de Múltiplas Portas...** cit.

[877] ADR - Adequate Dispute Resolution (Métodos Adequados de Solução de Controvérsias).

consenso em relação ao sistema multiportas, como parte de uma política nacional mais ampla de resolução de conflitos[878].

Para a professora Crespo[879] o sistema "Tribunal Multiportas" contribui para a inserção da maioria das pessoas sem voz ativa no centro das ações, em igualdade de condições. Em sua opinião o aperfeiçoamento deste sistema oportuna às partes a interação e participação ativa na resolução de conflitos. Em suas palavras, temos que:

> Ao dar aos cidadãos a capacidade de se envolverem, com participação significativa, no processo de resolução de conflitos na esfera privada, eles terão a possibilidade de adquirir as competências necessárias para participar tanto da resolução de conflitos na área privada quanto na área pública. Além disso, ao trazer os cidadãos para um contato mais próximo e mais significativo com o processo judicial, a postura desses cidadãos em relação à lei poderá passar de uma atitude depreciativa para um atitude de apoio[880].

No entendimento do doutrinador Kazuo Watanabe[881], os meios consensuais de solução de conflitos não devem ser utilizados com o objetivo primordial de se solucionar a morosidade da justiça. Em seu raciocínio o sistema multiportas é a forma que o judiciário e o legislador entendeu de dar "às partes uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesses, propiciando-lhes uma forma mais ampla e correta de acesso à justiça".

O profissional do direito no Brasil, formado para uma justiça burocratizada e judicializada, está sendo instigado a uma mudança de paradigma. Tanto por meio das evoluções legislativas, quanto pelo judiciário, está sendo construída o que se denomina de "cultura de pacificação", ou seja, a aceitação da ideia de solução consensual dos conflitos de interesses pelos profissionais do direito e também pelos próprios jurisdicionados[882].

Por sua vez, para as doutoras Lilia Maia de Morais Sales e Mariana Almeida De Sousa, destacam que o professor Sander visualizou, no futuro, não simplesmente uma *courthouse*, mas

---

[878] **Tribunal Multiportas: investindo...** cit.

[879] Professora assistente de direito e diretora executiva da Rede de Pesquisas sobre ADR Internacional da Universityof St. Thomas Schoolof Law. JD/LLM, Harvard Law School. Formada em direito pela *Universidad Catolica Andres Bello*, Caracas, Venezuela.

[880] **Tribunal Multiportas: investindo ...** cit. Acesso em 13.06.2017.

[881] Op. CIT. Acesso em 13.06.2017.

[882] Op. CIT. Acesso em 10.06.2017.

um centro de resolução de conflitos ou uma corte com múltiplas portas na qual litigantes seriam selecionados e canalizados para uma variedade de mecanismos de resolução de disputas, tais como mediação, arbitragem, corte superior, *fact-fiding, ombudsman, malpractice screening panel*[883].

Na ideia original, os jurisdicionados seriam expostos a uma variedade de serviços para resolução de conflitos em um único local. Cada "porta" seria um mecanismo de resolução de conflitos, como mediação, litigância, arbitragem, entre outros.

> Dessa forma, preliminarmente, faz-se uma avaliação da querela pormeio de pessoal especializado a fim de identificar, às partes ou interessados,qual instrumento de resolução de demandas (ou "porta") será maisadequado à causa. O profissional responsável pela condução do caso podeser um negociador, um conciliador, um mediador, um árbitro, ou um juiz.O importante é que se busquem métodos dirigidos especificamente aoproblema identificado. Interessante notar que as técnicas alternativasconvivem de forma harmoniosa e articulada com o sistema de Justiça erecebem financiamento e suporte do Poder Público[884].

Após a decisão de qual a "porta" mais adequada para administrar o conflito, as partes se submetem a se portarem de boa-fé, respeitando o diálogo e evitando qualquer tipo de manipulação, coação, ou disparidade na interação, a fim de que o acordo seja devidamente cumprido e a resolução do conflito seja eficaz.

A partir da *Pound Conference*, em 1976 e do início da aplicação de sistemas experimentais de multiportas nos Estados Unidos, foram estabelecidos cinco critérios para a possibilidade de aplicação de cada mecanismo alternativo na resolução de cada conflito específico. Tais critérios, propostos também por Sander, foram os seguintes:

> a) A natureza da disputa – Problemas policêntricos nos quais não há implicações ou diretrizes claras têm mais possibilidades de serem resolvidos pelas próprias partes melhor que com a intervenção imposta externamente. Nesse caso, podem ser usadas formas alternativas de resolução de disputas aonde não haja a interferência de terceiro na tomada de decisões, como é o caso da mediação no Brasil, ou da mediação facilitativa nos Estados Unidos.

---

[883] O termo *court-connected* significa conectado à corte, ou seja, o Sistema das MúltiplasPortas não é algo apartado dos tribunais, do Poder Judiciário, mas um mecanismo que vem complementar a sua atuação. Sobre *court-connected* relacionado aos meios alternativos deresolução de conflitos, consultar o documento: *Standards for Court-Connected Mediation Programs*. Disponível no site do Centro de Recurso de Métodos de Resolução de Conflitos nas Cortes – Court ADR Resources Center. As palavras em itálico são meios alternativos de resolução de conflitos utilizados no sistemanorte-americano.SALES E SOUZA.

[884] SALES, Lilia Maia de Morais. SOUSA, Mariana Almeida. **O Sistema de Múltiplas Portas...** cit.

> Todavia, em casos de disputas repetitivas e rotinizadas, mais adequada seria a aplicação de processos adjudicatórios mais formais.
>
> b) Relacionamento entre as partes – em casos nos quais as situações são caracterizadas por relações continuadas entre as partes, é importante que os sujeitos envolvidos na disputa trabalhem em conjunto a fim de encontrar suas próprias soluções para garantir que qualquer acordo seja aceitável e duradouro. Aqui prevalece exatamente o interesse da preservação do relacionamento. Da mesma forma, considera-se que nesse caso a negociação e, em especial, a mediação, seriam métodos preferíveis.
>
> c) Valor na disputa – as despesas do processo devem ser proporcionais aos valores em jogo. Disputas envolvendo valores pequenos ou outros custos devem ser mais convenientes processos aonde as partes fiquem em pé de igualdade. Disputas nos quais maiores custos e riscos são colocados devem ser adjudicados com a panóplia proteção de um processo justo. Contudo, não se deve olvidar que casos pequenos podem envolver tópicos complicados enquanto casos grandes podem ser simples. A novidade ou complexidades das questões em jogo podem ser um bom indicador de qual processo de resolução é mais indicado, assim como no que tange aos custos envolvidos.
>
> d) Custo na resolução da disputa – acordos em disputas devem ter um justo custo-benefício. No caso da aplicação dos métodos alternativos no sistema das múltiplas portas, se todos os fatores forem equânimes, o custo deve ser mantido o mais baixo possível.
>
> e) Velocidade na resolução da disputa – o método mais rápido na resolução do conflito deve ser preferido[885].

Quando o jurisdicionado percebe que pode haver ganho com a participação em métodos alternativos de resolução de conflitos, tratando estas como uma oportunidade, é possível construir soluções satisfatórias onde ganham as famílias que se estabilizam, ganham as empresas que preservam o relacionamento com o cliente e ganham todos que se permitem interagir em ambientes não adversais.

Neste contexto, o coordenador do Movimento pela Conciliação, Dr. Emmanoel Campelo, explica que uma nova cultura faz com que, empresas, por exemplo, passem a perceber o consumidor de forma não adversal, mas como parceiro essencial, mesmo em um contexto judicial. Isso induz a empresa a empresa a agir de forma construtiva e proativa quanto ao contexto indicado pelo autor[886].

---

[885] Para maior aprofundamento sobre os critérios desenvolvidos para se estabelecer o sistema de multiportas: SANDER, E.A. and Goldberg, S., Fitting the Fórum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting na ADR Procedure, (1994) 10 Negotiation Journal 49. SALES E SOUSA

[886] BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org). **Manual de Mediação Judicial.** 6ª Edição. Brasília/DF: CNJ, 2016. p. 10.

O coordenador destaca ainda que a escolha do método de resolução mais indicado para determinado conflito precisa levar em consideração características e aspectos de cada processo, tais como:

> Custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade. Assim, havendo uma disputa na qual as partes sabem que continuarão a ter contato com a outra, por exemplo uma disputa entre vizinhos, em regra recomenda-se algum processo que assegure elevados índices de manutenção de relacionamentos, tal como a mediação. Por outro lado, se uma das partes tiver interesse em abrir um precedente ou assegurar grande publicidade a uma decisão, por exemplo disputa relativa a direitos individuais homogêneos referentes a consumidores, recomenda-se um processo que promova elevada recorribilidade, necessária para a criação de precedente em tribunal superior, e que público ou ao menos pouco sigiloso, como um processo judicial[887].

No biênio 2004/2005, o CNJ realizou um mapeamento[888] para identificar programas alternativos de solução e administração de conflitos de caráter público ou não-governamental, sem fins lucrativos. Este mapeamento reuniu 67 programas, sediados em 22 estados no Brasil. O investimento social em sistemas alternativos de gestão do conflito é interessante, não como substituto do direito fundamental de acesso à Justiça pública, mas como mecanismo complementar que pode ajudar a, cada vez mais, produzir espaços em que a gestão social de interesses antagônicos se faça com base no direito, no respeito aos direitos fundamentais, desvalorizando assim as formas violentas e opressivas de resolução de disputas, sempre tão presentes na sociedade brasileira[889]. A conclusão obtida com o mapeamento foi a seguinte:

> De acordo com a leitura do campo de respostas abertas (limitadas em 50 palavras), observa-se que nove dos 33 (27%) programas governamentais arrolam entre seus objetivos o desafogamento de varas judiciais ou juizados especiais ou a celeridade processual. Cinco programas governamentais objetivam a prevenção ou a redução da violência e os demais têm por objetivo o incremento do acesso à justiça e a aproximação do Judiciário dos locais e dos

---

[887] Op. CIT. p. 17

[888] Em 2004 o Ministério da Justiça apresentou um diagnóstico do Poder Judiciário no qual se comprova por dados consistentes aquilo que já se sabia há algum tempo: o Judiciário tem grandes dificuldades de prestar um serviço eficiente para a sociedade. O enorme aumento de demandas judiciais ao longo dos últimos 15 anos não foi acompanhado de medidas que preparassem a estrutura judiciária do país para uma prestação satisfatória.

[889] Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Acesso à Justiça...** cit. p. 15.

> públicos de grande demanda ("população carente", "periferia" ou "comunidades").
>
> Do total da base, 12 registros (18%) mencionam a prevenção ou redução da violência entre seus objetivos, sendo a violência doméstica ou contra a mulher o tipo de violência mais mencionado.
>
> Entre as organizações não-governamentais merece destaque a relevância da proteção aos direitos humanos e da educação em direitos como objetivos dos programas de administração alternativa de conflitos, 11 em 21 (52,3%) organizações fizeram menção a esse objetivo, o qual não apareceu entre as ONG especializadas em mediação de conflitos nem entre as instituições públicas.
>
> Dois programas, um institucional e outro não-governamental, têm como objetivo a implementação de administração alternativa de conflitos como estratégia para a melhoria da relação entre a Polícia Militar e a população[890].

Como se verificou, é salutar o investimento estatal nas alternativas à judicialização dos conflitos. O Brasil já acumula diversas experiências no campo de desenvolvimento de sistemas alternativos de administração de conflitos, como mecanismo complementar que auxilia a prestação jurisdicional, ofertando espaços em que a gestão social de interesses antagônicos se faça com base no direito, no respeito aos direitos fundamentais, desvalorizando assim as formas violentas e opressivas de resolução de disputas, sempre tão presentes na sociedade brasileira.

Entre todos os avanços no judiciário brasileiro, a Resolução Nº 125/2010, talvez seja a mais significativa, visto que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, incorporando assim os meios alternativos de resolução de conflitos no ordenamento jurídico além de prestar atendimento e orientação ao cidadão através do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça e os CEJUSCs que é uma forma de centralizar a estrutura judiciária[891].

O Conselho Nacional de Justiça chamou para si a responsabilidade de estabelecer uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.

Cumpre destacar que o modelo de Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, de Brasília é o pioneiro no país, tendo sido instalado em abril de 2009. Entre suas

---

[890] Op. CIT. p. 53.

[891] MENDES. Gardenia M. L. **Tribunal Multiportas E Sua Adequação No Brasil** . Disponível em: https://jus.com.br/artigos/36758/tribunal-multiportas. Acesso em: 15.06.2017.

principais características, está a economia de recursos e padronização de procedimentos e seleção, treinamento e supervisão de conciliadores[892].

O Centro também é pioneiro na implantação do modelo de Pauta Específica, por meio do qual grandes demandados como empresas aéreas, de telefonia, bancos e grandes lojas participam de sessões de conciliação em dias específicos do mês. Desse modo, as empresas comprometem-se a indicar representantes com perfil e treinamento adequados, além de estudarem melhor cada caso para fazerem propostas apropriadas a cada situação, aumentando as chances de satisfação dos consumidores que estão procurando resolver um conflito.

Na página do CEJUSC no sítio do TJDFT, há toda uma estrutura para permitir ao jurisdicionado a utilização dos serviços do Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação – NUPEMEC e seus Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs. O usuário é apresentado a uma série de programas e projetos que revelam uma nova face do Judiciário brasileiro moderno, tais como: Projeto Constelar e Conciliar, Superendividados, progama Mediador-Servidor, Programa Mediar é Divino, Mediação Digital – CNJ, Oficina de Parentalidade Online, Semana Nacional da Conciliação, entre outros[893]. Manuais, cartilhas e uma série de mídias informativas são disponibilizadas para que

---

[892] TJDFT. CEJUSC-JEC (Brasília - Juizados Especiais Cíveis). Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/nucleo-e-centros/cejusc-jec-bsb. Acesso em 10.06.2017.

[893] **PROJETO CONSTELAR:** Prática iniciada a partir de pesquisa acadêmica da voluntária Adhara Campos intitulada: "A constelação sistêmica como um instrumento de mediação para a resolução de conflitos no Poder Judiciário", orientada pelo Ministro do STJ, Dr. Nefi Cordeiro, na ocasião, integrante do Conselho Consultivo da Presidência para Métodos de Soluções de Conflitos do CNJ, e autorizada pelo juiz titular de Direito da Vara da Infância e Juventude – VIJ, Dr. Renato Scussel, em uma unidade de acolhimento, Lar São José, ocasião na qual foram realizados oito encontros no 2º Semestre/2015, fiscalizada pela Rede Solidária Anjos do Amanhã.
Em janeiro/2016 o NUPEMEC, ligado à 2ª Vice Presidência do TJDFT, iniciou o Projeto "Constelar e Conciliar" em alguns Juízos do Tribunal, conforme planilha, aplicação que está em fase de ampliação para atendimento da demanda crescente.
PROGRAMA MEDIADOR-SERVIDOR: O programa de formação e de atuação de mediadores e conciliadores do TJDFT, tem como propósito capacitar servidores do TJDFT para atuar como conciliadores e mediadores. Durante o curso de capacitação e após autorização da chefia imediata e do magistrado (para servidores lotados em Varas ou Gabinetes) o servidor poderá ausentar-se do local de trabalho.
Os servidores já certificados como conciliadores e/ou mediadores poderão cumprir expediente, no máximo 3 (três) vezes por mês, em local determinado pela Segunda Vice-Presidência atuando como mediador ou conciliador nos processos para os quais for designado.
Não haverá, em hipótese alguma, exigência de compensação nos locais originários de lotação dos dias trabalhados como mediador/conciliador.
SUPERENDIVIDADOS: O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania - CEJUSC-SUPER foi

No próprio sítio, alunos, professores, operadores do direito, servidores, empresas e o público em geral, são convidados a participar, seja como voluntário como Conciliador ou Mediador, ou ainda solicitar que seu processo seja resolvido por meio da mediação e da conciliação, utilizando o canal direto com os CEJUSCs.

Resta, portanto, comprovado que o cenário legislativo atual, com a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, é favorável à difusão dos métodos autocompositivos como ferramentas para a solução de conflitos. Entretanto, não se pode perder de vista a necessidade de garantir que a prestação do serviço seja satisfatória.

O que se busca no momento é a consolidação do trabalho que vem sendo desenvolvido na introdução do jurisdicionado como protagonistas na busca pela solução mais adequada à sua realidade.

Apenas para servir como parâmetro exemplificativo, ao apresentar o Relatório Semestral – NUPEMEC 2016[894], verifica-se que os resultados estatísticos revelam o sucesso deste árduo trabalho, sobretudo de mudança cultural. As pesquisas de satisfação do usuário indicam que mais de 90% das pessoas que participaram de sessões de conciliação nos CEJUSCs

---

criado com a finalidade de promover a prevenção, o tratamento e a resolução de conflitos envolvendo consumidores em situação de superendividamento, conforme Portaria Conjunta nº 4 de 1º de fevereiro de 2016, constituindo unidade judiciária, com autonomia e estruturas próprias, criada a partir do Programa de Prevenção e Tratamento de Consumidores Superendividados que residem no Distrito Federal.

PROGRAMA MEDIAR É DIVINO: O projeto "Mediar é Divino" tem o objetivo de promover a capacitação de líderes religiosos e/ou de integrantes da comunidade religiosa do Distrito Federal, nos moldes exigidos pelo CNJ, de modo que, aliando a sabedoria espiritual à técnica autocompositiva a ser aprendida, eles possam auxiliar as partes a identificar soluções consensuais para o conflito trazido.

MEDIAÇÃO DIGITAL – CNJ: O Sistema de Mediação Digital é uma ferramenta oficial disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça que possibilita a negociação à distância, de forma rápida, eficiente e sem custos. Basta acessar o site http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/, cadastrar-se e seguir as instruções. A outra parte receberá um convite para conversar. O acordo celebrado digitalmente poderá ser homologado pelo Juiz Coordenador do CEJUSC com todas as garantias legais. Também é possível solicitar uma conciliação/mediação presencial, em qualquer fase da negociação. Tudo isso sem necessidade de sair de casa ou de ir ao fórum!

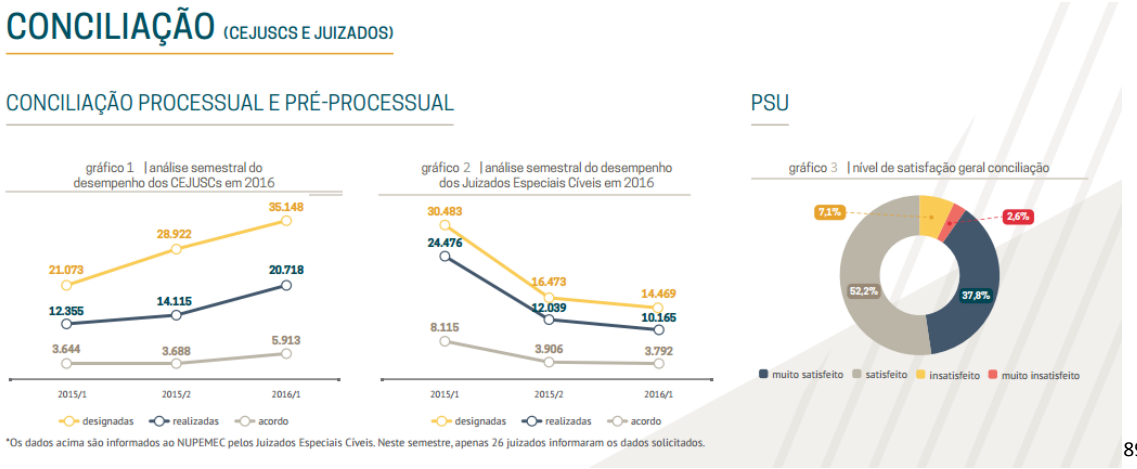
Para mais informações, veja o Relatório Semestral – NUPEMEC 2016. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/copy3_of_RelatrioSemestral2016NUPEMECFINAL.pdf. Acesso em 11.06.2017.

[894] O Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC completa no ano de 2016 cinco anos de atuação. Vinculado à Segunda Vice-presidência do TJDFT, tem como objetivo primordial fomentar e administrar as atividades relacionadas a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. Para tanto, gerencia 19 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, proporcionando a todos aqueles que vivenciam uma situação de conflito a oportunidade de soluciona-lo de forma pacífica e satisfatória para ambas as partes.

declararam estar muito satisfeitas e satisfeitas com a experiência. Além disso, sob a perspectiva da esmagadora maioria dos respondentes, a experiência auxiliou positivamente na mudança da visão do Poder Judiciário. Entre os dados, cabe destacar:

> No projeto piloto desenvolvido no âmbito do CEJUSC/BSB durante o período de junho de 2015 a marco de 2016, foram designadas 2.731 sessões de conciliação, realizadas 1.204 sessões de conciliação com índice de sucesso de 30%. Estes dados se aproximam dos dados obtidos nos CEJUSCs que só atendem aos juizados especiais cíveis e demonstram que pelo menos 30% das demandas ajuizadas poderiam ter sido evitadas se a cultura da conciliação e da pacificação social estivesse mais consolidada. Além disso, durante o projeto foram atendidas 5.075, entre partes e advogados. Foram negociados mais de R$ 36 milhões[895].

Nos gráficos representativos da Conciliação Processual e Pré-Processual, coletados de apenas 26 juizados espalhados nas Circunscrições Judiciárias de Brasília, verifica-se números animadores, senão vejamos:



[896]

Nas conciliações processuais, foram atendidas 58.707 (cinqüenta e oito mil, setecentos e sete) pessoas, realizadas 20.399 (vinte mil, trezentos e noventa e nove) audiências, nas quais 5.750 (cinco mil, setecentos e cinqüenta) resultaram em acordos, atingindo um montante de valores homologados de R$ 21.018.708,90 (vinte e um milhões, dezoito mil, setecentos e oito reais e noventa centavos).

---

[895] TJDFT. **Relatório Semestral – NUPEMEC 2016.** Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/copy3_of_RelatrioSemestral2016NUPEMECFINAL.pdf. Acesso em 11.06.2017. p.33.

[896] TJDFT. Relatório Semestral – NUPEMEC 2016... CIT. p.27.

Por sua vez, nas conciliações pré-processuais, foram atendidas 2.540 (duas mil, quinhentos e quarenta pessoas), realizadas 319 (trezentos e dezenove) audiências, nas quais 163 (cento e sessenta e três) resultaram em acordos, atingindo um montante de valores homologados de R$ 1.729.266,09 (um milhão, setecentos e vinte e nove mil e duzentos e sessenta e seis reais e nove centavos).

Noutro giro, no gráfico representativo da Mediação, na somatória das varas Cíveis e de Família, tanto nas sessões conjunta e pré-mediação, foram foram atendidas 408 (quatrocentos e oito) pessoas, realizadas 155 (cento e cinqüenta e cinco) sessões, nas quais 84 (oitenta e quatro) resultaram em acordos, atingindo um montante de R$ 3.002.278,00 (três milhões, dois mil e duzentos e setenta e oito reais).

897

A Juíza Luciana Yuki F. Sorrentino, Coordenadora do NUPEMEC, assegura que trata-se de uma verdadeira mudança de paradigmas. Para a Juíza a ritualística processual civil já não atende aos anseios sociais de soluções céleres e eficazes para questões problemáticas que se multiplicam dia-a-dia. Ao buscar justiça, as pessoas envolvidas diretamente no conflito devem ter em mente a possibilidade de dialogar, identificar interesses e construir a melhor solução. Em suas palavras, destaca-se que:

> A retomada do diálogo e o empoderamento das partes envolvidas em um conflito indicam a retomada da cultura da pacificação social em detrimento da cultura do litígio e da necessidade de uma decisão adjudicada para indicar o melhor caminho a ser seguido.

[897] TJDFT. Relatório Semestral – NUPEMEC 2016. CIT. p.30.

Nota-se, portanto, o sucesso da implantação da política e a gradativa mudança cultural que aos poucos está sendo implementada, entretanto, como aduz a Juíza Sorrentino, muito há que se fazer para que as disposições do Novo Código de Processo Civil não se tornem letra morta para os operadores do direito.

CONCLUSÃO

A popularização da conciliação, mediação e arbitragem no Brasil é um indicativo de mudança de paradigmas sociais. Essa mudança demonstra evolução cultural do direito, com o escopo na garantia da ordem, paz e a justiça social.

Como explicitado no presente texto, o cidadão foi convidado a participar ativamente da resolução do conflito em que é parte. Aquele que era apenas o espectador agora se visualiza em igualdade de condições para propor a melhor "porta" para que a lide tenha uma resolução eficaz.

O futuro se avizinha na medida em que operadores do direito e jurisdicionados visam a resolução célere e eficiente de uma situação com todos os recursos e orientações para garantir o melhor resultado possível e esperado, através de uma visão humanizada do processo.

Levando em consideração o fato de que a multiplicidade de portas para se acessar o judiciário ser uma novidade no sistema processual brasileiro, a cada dia, os Tribunais que se adequaram se consolidam como portas de entrada para os jurisdicionados que buscam ajuda para solucionar o seu conflito em um ambiente apropriado e acolhedor.

A priorização do diálogo e o convite para a participação ativa dos envolvidos é o catalisador para a construção de soluções criativas sem a necessidade de imposição, trazendo aos jurisdicionados a experiência positiva na mudança da visão do Poder Judiciário.

Por fim, ainda em 1976, quando o professor Frank Sander apresentou seu projeto de abordagem não adversarial para a resolução de conflitos, ele visualizava um cenário onde ambas as partes ganham na medida em que seus interesses são respeitados.

Contudo, Sander observa que "na verdade o Tribunal Multiportas é uma simples ideia, cuja execução não é simples, porque decidir que casos devem ir para qual porta não é uma tarefa simples. É nisso que temos trabalhado[898]".

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Nanci. FOLEY, Gláucia F., **Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso.** Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/32499/Sistema_Multiportas_Judici%C3%A1rio.pdf . Acesso em: 25.01.2017.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Justiça em números 2016: ano-base 2015.** - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf. Acesso em: 19.01.2016.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Acesso à Justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais.** Brasília: 2005. Disponível em: http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_acesso_justica.pdf. Acesso em 28.01.2017.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Manual de Mediação Judicial.** AZEVEDO, Andre Gomma de (Org.). Brasília: 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em 31.10.2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2016. Kindle Edição.

[898] **Tribunal Multiportas: investindo ...** cit.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 26ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SALES, Lilia Maia de Morais. SOUSA, Mariana Almeida. **O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro.** Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/16_Dout_Nacional_7.pdf. Acesso em: 25.01.2017.

Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 20.01.2017.

TJDFT. **Relatório Semestral – NUPEMEC 2016.** Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/copy3_of_RelatrioSemestral2016NUPEMECFINAL.pdf. Acesso em 11.06.2017.

O LIMITE DO PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ATÉ ONDE SE PODE INOVAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Vanine França de Andrade

RESUMO:

O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público foram instituídos pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (responsável pela reforma do Judiciário). Esses dois Conselhos foram criados para serem órgãos de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário e do Ministério Público. A referida Emenda Constitucional conferiu, ainda, poder para que os Conselhos possam expedir atos regulamentares. A discussão desse trabalho gira em torno, portanto, dos limites de competência desses atos regulamentares, para que o disposto na Constituição Federal seja respeitado. O Supremo Tribunal Federal tem considerado que a natureza dos atos regulamentares expedidos pelos Conselhos é primária e que o fundamento é retirado do próprio texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: CNJ e CNMP; Poder normativo; Princípio da legalidade; Separação dos poderes; Estado democrático de direito.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é desenvolver um estudo a respeito do limite do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. A discussão possui relevância, uma vez que, segundo a separação dos poderes, a função normativa é característica natural do Poder Legislativo. E o Supremo Tribunal Federal, ao abrir as portas para que o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público possam expedir atos com força de lei, amplifica os limites impostos pela Carta Magna, ultrapassando o campo de competência dos demais poderes. De mais a mais, a leitura do texto constitucional não permite que esses Conselhos afastem o princípio da legalidade e a reserva da jurisdição.

O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público foram criados pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com o intuito de serem órgãos de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário e do Ministério Público. Acontece que a Emenda citada também lhes outorgou poder para expedir atos regulamentares.

Portanto, há de se observar o princípio da legalidade, uma vez que ele é corolário do Estado Democrático de Direito e possui significados diferentes para o particular e para a Administração Pública. O particular pode fazer tudo o que quiser, desde que não esteja proibido em lei, ao passo que a Administração Pública só pode fazer o que for permitido e estiver previsto em lei. Suas atividades são delimitadas pelo o que está previsto em norma legal.

Com isso, fica demonstrado que o princípio da legalidade é de observância obrigatória para a Administração Pública, para que todos os atos praticados por ela possuam respaldo legal, sob pena de serem considerados ilegais. Podendo, ainda, haver exagero em seu uso, mas nunca a sua falta.

Isso posto, a discussão gira em torno do limite do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, até que ponto há inovação no mundo jurídico por conta do poder normativo regulamentar exercido pelos Conselhos em questão e, por consequência, até onde há desrespeito ao princípio da legalidade e à separação dos poderes.

1. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público foram criados por meio da EC nº 45/2004, com objetivo de serem órgãos administrativos de controle externo do poder judiciário e do Ministério Público, respectivamente. O controle a ser exercido por esses órgãos diz respeito aos deveres funcionais de juízes e de membros do Ministério Público, bem como o controle da atuação administrativa e financeira.

Além disso, o constituinte derivado facultou a eles a possibilidade de expedirem atos regulamentares e de se fazer cumprir a lei, na esfera das suas competências. Acontece que, do ponto de vista do direito administrativo, os órgãos de controle administrativo devem se submeter ao princípio da legalidade. Portanto, só devem atuar quando existir lei tratando do assunto.

A ideia de se criar esses conselhos surgiu com a redemocratização, a partir da constatação de que, tanto o poder judiciário quanto o Ministério Público, precisavam ser mais transparentes, evitando, com isso, a existência de corporativismos nessas instituições.

De mais a mais, ambos os órgãos têm as suas diretrizes orientadas de forma praticamente idêntica, exceto que o Conselho Nacional de Justiça deve velar pelo Estatuto da Magistratura, ao passo que em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público esta competência não está expressa. Ocorre que essa pequena distinção não quer dizer que o constituinte derivado quis procedimento diversificado no que concerne à legitimidade de legislar por parte dos Conselhos[899].

Outrossim,

> Nunca é demasiado insistir sobre a natureza puramente administrativa dos Conselhos ora em comento, os quais não exercem função legislativa no sentido de dispor normas para pessoas alheias às funções por eles supervisionadas nem exercem função jurisdicional, que tornasse intangíveis os seus atos ao crivo jurisdicional[900].

---

[899] STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigoimp.doc. Acesso em: 15/01/2017

[900] SLAIBI FILHO, Nagib. **Reforma da Justiça: notas à emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de**

O Conselho Nacional de Justiça tem sua especificação exaustivamente prevista no art. 103-B da Constituição Federal, ao passo que a do Conselho Nacional do Ministério Público está no art. 130-A também da Carta Magna. De mais a mais, ambos os Conselhos são considerados os destaques da reforma do Judiciário e as suas criações fizeram com que houvesse uma aproximação das duas entidades (Magistratura e Ministério Púbico), da mesma maneira que acontece em alguns países da Europa[901].

Quanto ao Conselho Nacional de Justiça, há que se explanar que este tem por objetivo aperfeiçoar o sistema jurídico brasileiro. Sua sede é em Brasília-DF, mas sua abrangência é nacional. Conforme consta na Constituição Federal, o objetivo central é velar a autonomia do Poder Judiciário e o efetivo cumprimento do Estatuto da Magistratura, além de receber petições eletrônicas, representações e reclamações contra órgãos ou membros do Poder Judiciário, julgar processos disciplinares e definir planos e metas desse mesmo poder.

Em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público, estão presentes as mesmas diretrizes que norteiam o Conselho Nacional de Justiça. Dessa maneira, também tem dimensão nacional e grandes incumbências a desempenhar. E, apesar do Ministério Público não constituir nenhum dos três poderes, sua função é, exatamente, a de fiscalizar, controlar e regularizar o Estado, em nome da sociedade. Com isso, surgiu-se a necessidade de, também, se criar, aqui, um Conselho de controle externo, para cuidar da autonomia funcional, administrativa e financeira do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados, bem como inspecionar o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros[902].

1.1. Emenda Constitucional nº 45/04

A Emenda Constitucional nº 45/04 é a responsável tanto pela reforma do judiciário quanto pela criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Foi promulgada após 13 anos de discussão no Congresso Nacional, a fim de que se viabilizasse uma justiça mais célere.

O Poder Judiciário, desde a promulgação da Constituição de 1988, passou a ter mais destaque como instituição, uma vez que as liberdades democráticas e as garantias fundamentais foram

---

2004. Niterói, RJ: Impetus, 2005, 289

[901] STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigoimp.doc. Acesso em: 15/01/2017

[902] DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo; BARBOSA, Leonardo; DINO, Nicolao. **Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda nº 45/2004**. Niterói, RJ: Impetus: 2005, p. 266

retomadas. Em vista disso, o judiciário passou a ter mais contato com a sociedade e a dar mais satisfação das suas atividades[903].

Apesar de toda essa abertura, essas instituições não estavam devidamente preparadas para o que iria se suceder, uma vez que a demanda por justiça aumentou e o Poder Judiciário não suportou essa situação, entrando em crise. Foi nesse contexto que surgiu a necessidade de recuperar o prejuízo e o tempo perdido, em nome do Estado democrático de direito.

A reforma do Judiciário aconteceu por causa da falta de condições do Estado de conseguir resolver suas demandas. A sociedade passou a perceber que o sistema jurídico estatal é falho e lento e, por conta disso, começa a se opor a isso, exigindo uma nova sistemática para a solução dos litígios.

Nesse diapasão, surge a dita Emenda Constitucional nº 45/2004 que possui ao todo dez artigos. E um dos pontos mais discutidos durante os estudos da tramitação da proposta foi, justamente, o da legitimação do "controle externo" do Judiciário e do Ministério Público. Discutiu-se muito acerca da implantação desse modelo, apesar dessa concepção de criação dos Conselhos já ter sido assentada na Europa[904].

O Ministro Cezar Peluso, no julgamento da ADIn nº 3.367-DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, indica que o Conselho Nacional de Justiça recebeu uma grande função política de aperfeiçoamento do Poder Judiciário e, assim, declarou que

> são antigos os anseios da sociedade pela instituição de um órgão superior, capaz de formular diagnósticos, tecer críticas construtivas e elaborar programas que, no limite de suas responsabilidades constitucionais, dêem respostas dinâmicas e eficazes aos múltiplos problemas comuns em que se desdobra a crise do Poder[905].

Uma das críticas em relação à heterogeneidade desses Conselhos era que em suas composições havia a presença de membros alheios ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Os que eram contrários a presença desses membros afirmavam que o modelo de Conselhos que se formaria seria anômalo as suas estruturas originais. Sendo assim, não poderiam prosperar, uma vez que isso acarretaria quebra da independência dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, afetando também a autonomia dessas instituições.

---

[903] DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo; BARBOSA, Leonardo; DINO, Nicolao. **Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda nº 45/2004**. Niterói, RJ: Impetus: 2005, prefácio

[904] DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo; BARBOSA, Leonardo; DINO, Nicolao. **Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda nº 45/2004**. Niterói, RJ: Impetus: 2005

[905] BRASIL. **STF, ADIn nº 3.367-DF**, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 22/09/2006

Acontece que prosperaram as teses que eram favoráveis a heterogeneidade dos Conselhos, com o argumento de que, caso houvessem apenas membros do próprio Poder Judiciário e do Ministério Público ocorreria o chamado "feudalismo judiciário", e este deveria, sim, ser combatido[906].

Flávio Dino, desenvolve, ainda, a idéia que

> A heterogeneidade é fundamental para evitar que o novo órgão seja dominado pelas tendências burocráticas (...) Ademais, um Conselho exclusivamente integrado por juízes teria escasso impacto na direção da ampliação da legitimidade material do Judiciário. Esse resultado ocorre com a integração de outros setores sociais no seu governo, elidindo-se assim o respaldo para freqüentes ataques dirigidos aos juízes – assentados no seu suposto déficit de legitimação democrática[907].

Nessa mesma linha, o Ministro Cezar Peluso aduziu na ADIn nº 3.367-DF que é um expressivo trunfo da democracia o fato dos juízes poderem ser responsabilizados por não terem cumprido seus deveres funcionais, pois estes são fundamentais à boa prestação jurisdicional. Ademais, ainda afirma que os mecanismos de controle interno pelas corregedorias, segundo ele, se mostravam ineficazes[908].

Isso posto, a sociedade não pode pagar o preço pela substancial irresponsabilidade dos magistrados; pelo contrário, eles devem, sim, prestar contas da máquina judicial à coletividade. Logo, os instrumentos para que haja responsabilização dos juízes não pode ser apenas formal, devem ser cumpridos de fato[909].

Sendo assim, conforme as explicitações acima, já foram superados os argumentos de que a existência desses Conselhos ofendem a independência do Poder Judiciário e do Ministério Público e, portanto, não há mais que se falar em violação à separação dos poderes ou ao pacto federativo, com relação à existência do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

1.2 Da estrutura do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público

1.2.1 Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça, como dito anteriormente, foi criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e instalado em junho de 2005. Seu principal objetivo é o controle

---

[906] DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo; BARBOSA, Leonardo; DINO, Nicolao. **Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda nº 45/2004**. Niterói, RJ: Impetus: 2005

[907] DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo; BARBOSA, Leonardo; DINO, Nicolao. **Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda nº 45/2004**. Niterói, RJ: Impetus: 2005, p. 112-113

[908] BRASIL. **STF, ADIn nº 3.367-DF**, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 22/09/2006

[909] BRASIL. **STF, ADIn nº 3.367-DF**, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 22/09/2006

administrativo e financeiro do Poder Judiciário, tal como o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

É formado por quinze membros, entre eles integrantes da magistratura, do Ministério Público, da advocacia e da sociedade civil. Seus mandatos são de dois anos, admitida uma recondução. Seu presidente é o presidente do Supremo Tribunal Federal. Todos os membros do Conselho Nacional de Justiça são escolhidos pelo Presidente da República, com aprovação pelo Senado Federal, por maioria absoluta dos votos.

Segundo Aderruan Rodrigues Tavares,

> O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, talvez, foi a maior criação da justiça brasileira para a "justiça" brasileira. Trata-se de um órgão que visa à proteção dos direitos fundamentais a partir da fiscalização da atividade jurisdicional, abrindo em medida ainda a ser definida a "caixa-preta" que assola o Poder Judiciário[910].

Conforme o art. 92, inciso I-A, da Constituição Federal, o Conselho Nacional de Justiça é órgão do Poder Judiciário. Portanto, há de considerar que é um órgão administrativo "com *status* semiautônomo ou de autonomia relativa[911]".

A sua natureza como órgão meramente administrativo está elencada no art. 103-B, § 4º, da Carta Magna. Dessa maneira, deve apenas praticar atos de execução, conforme a sua competência, uma vez que sua atividade é vinculada a lei ou norma técnica e, por isso, deve ser neutra. Esse é o entendimento dos membros do Poder Judiciário que compõem o órgão.

Acontece que os membros que são alheios às carreiras judiciárias acreditam que a natureza do órgão é de caráter político, pois fora criado pela Constituição, e não por lei ordinária ou decreto. Além do mais, o fato da escolha dos conselheiros sofrerem sabatina no Senado Federal e nomeação pelo Presidente da República, para eles, corrobora essa tese[912].

---

[910] TAVARES, Aderruan Rodrigues. **O Conselho Nacional de Justiça conforme o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1549/Direito%20Publico%20n472012_ADERRUAN%20RODRIGUES%20TAVARES.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15/06/2017

[911] SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 264

[912] TAVARES, Aderruan Rodrigues. **O Conselho Nacional de Justiça conforme o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1549/Direito%20Publico%20n472012_ADERRUAN%20RODRIGUES%20TAVARES.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15/06/2017

Melhor definição para a natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça foi dada pelo Ministro Ayres Britto, no MS nº 28.611-DF, AgRg-MC. Ele informa que a natureza do Conselho seria binária ou dual, pois

> Como o CNJ foi criado por emenda constitucional e integra do Poder Judiciário em artigo também de natureza constitucional, eu entendo que ele não é simplesmente, secamente, meramente administrativo, é um órgão de compostura, digamos assim, binária ou dual, é um órgão político-administrativo: político nos termos da Constituição e administrativo nos termos da lei. Seguindo uma diretriz que me parece adotada pela Constituição, no art. 18, quando considera cada pessoa federada como uma entidade político-administrativa[913].

Quanto às competências do Conselho Nacional de Justiça, estas estão elencadas no art. 103-B, § 4º, da Constituição da República. Como dito anteriormente, a principal competência é o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais do juízes. Em relação às atribuições, estas podem ser divididas em políticas, administrativas, correicionais, disciplinares, informativas e propositiva ou opinativa.

Há de se destacar que o Conselho não possui poder de iniciativa de lei, tampouco de coordenação de processos seletivos e dos cursos de aperfeiçoamento dos juízes ou do sistema de promoções.

Isso posto, observa-se que há uma abundância de competências administrativas e financeiras previstas para o Conselho Nacional de Justiça. Portanto, apesar da relativa autonomia que o Conselho possui, este se submete ao Supremo Tribunal Federal, bem como não pode inovar na ordem jurídica, pois isto conflitaria com os princípios federativos[914].

1.2.2 Conselho Nacional do Ministério Público

A previsão constitucional do Conselho Nacional do Ministério Público encontra-se elencada no art. 130-A da Carta Magna. Similarmente ao Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público possui como competência o controle da atuação administrativa e financeira e o cumprimento dos deveres dos membros do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos estaduais.

---

[913] BRASIL. STF, **MS nº 28.611-DF, AgRg-MC**, Min. Celso de Mello, DJe 01/04/2011

[914] VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Separação de Poderes volume 2**. Organizador Sérgio Antônio Ferreira Victor, Autores: Manolo De Las Cuevas Mujalli, Mateus Salomão Leal, Paula Albuquerque Mello Leal, Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de Andrade, Renato Davi de Sousa Machado, Renato Antunes Teixeira, Tiago Felipe de Moraes, Waldir Macieira da Costa Neto, Wesley Lopes Barbosa, Yara Maria Dias Teixeira Leite. – Brasília : IDP, 2015

O Conselho Nacional do Ministério Público foi instituído do mesmo modo que o Conselho Nacional de Justiça. Ocorre que, aqui, serão quatorze membros – ao invés de quinze – também nomeados pelo Presidente da República, depois da escolha ter sido aprovada pelo Senado Federal, por maioria absoluta dos votos. O mandato é de dois anos, admitida uma recondução. O presidente será o Procurador Geral da República, que é o chefe do Ministério Público da União.

A composição também é heterogênea, participando tanto membros do Ministério Público quanto alheios a este. Ocorre que, aqui, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o membro representante da sociedade civil não pode ser integrante do Ministério Público, conforme consta na ementa no MS nº 26.715 MC-DF,

> (...) Como se observa, a Constituição Federal, no intuito de tornar translúcido o critério democrático e pluralista do CNMP, reservou duas vagas a cidadãos brasileiros, eleitos pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal; 9.- Por óbvio, que ao referir-se expressamente a cidadãos, a Constituição Federal pretendeu afastá-los dos membros do Ministério Público, os quais já têm reservadas 08 (oito) vagas no CNMP; 10.- É evidente que os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário somente podem participar do CNMP e do CNJ dentro das vagas destinadas ao Ministério Público e à Magistratura Nacional respectivamente, caso contrário não haveria necessidade de reserva de vagas a cidadãos, membros do Ministério Público e da Magistratura em incisos apartados do artigo 130-A da CF; 11.- Se os Membros do Ministério Público pudessem concorrer às vagas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal como simples cidadãos, seria o mesmo que admitir a possibilidade de ampliação da sua representação de 8 para 10 membros, o que significaria evidente fraude ao comando constitucional que estabeleceu quantitativamente a participação de vários matizes da composição do CNMP[915].

Em relação à natureza jurídica do Conselho Nacional do Ministério Público, pode-se dizer que ele é um órgão de controle. Isto já está mais do que acordado, tanto na doutrina como na jurisprudência. Acontece que há uma controvérsia no tocante a ser um órgão de controle externo ou de controle interno democrático. Os que apoiam esta ideia como é o caso de Osmar Machado Fernandes[916], alegam que isso ocorre justamente porque a maioria dos membros do Conselho são integrantes do Ministério Público, bem como que o verdadeiro controle externo já é exercido pelo Poder Legislativo, por meio dos Tribunais de Contas.

De outro lado, a maioria se posiciona no sentido de que a natureza jurídica é de órgão de controle externo, por conta da formação heterogênea do Conselho Nacional do Ministério Público. Não

---

[915] BRASIL. STF, **Decisão Monocrática. Mandado de Segurança 26715/DF**, rel. Min. Celso de Mello. DJe, 18/06/2007

[916] FERNANDES, Osmar Machado. **Do controle do ministério público e do poder judiciário pelo CNMP e CNJ**. Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME Direito Militar, 2006. Ano IX. Número 57. Janeiro/Fevereiro, p. 13-18, p. 13

só por isto, mas também porque não integra a estrutura administrativa do Ministério Público, nem da União nem os estaduais. Para Emerson Garcia, o Conselho Nacional do Ministério Público é órgão desapegado de qualquer poderes do Estado[917]. É um órgão independente e autônomo.

No tocante às atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público, estas estão elencadas no art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal. As principais, como dito, são o controle administrativo e financeiro do Ministério Público, bem como zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros.

O Conselho Nacional do Ministério Público, no tocante à atribuição administrativa, deve velar pela observância dos princípios da administração pública constantes no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, podendo, ainda, de ofício ou mediante provocação, apreciar a legalidade dos atos administrativos expedidos pelo Ministério Público da União ou dos Estados, com o poder de revê-los, desconstituí-los ou fixar prazo para que se adotem providências para o fiel cumprimento.

Nesse ponto, deve-se atentar para o fato de que esses atos administrativos são os que guardam relação direta com a atividade do Ministério Público, ou seja, aqueles que dizem respeito à atividade administrativa e financeira desse órgão; não englobando os atos administrativos que pertençam as atividades fins do Ministério Público, mesmo que relacionadas à atividade administrativa, para que seja respeitada a independência funcional. Esse é o entendimento que consta no Enunciado nº 6 de 2009, do Conselho Nacional do Ministério Público[918].

Com relação ao controle financeiro realizado pelo presente Conselho, este deve verificar, principalmente, os gastos do recursos econômicos que são transferidos aos Ministérios Públicos[919].

É, também, da competência do Conselho Nacional do Ministério Público receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgão do Ministério Público da União e dos Estados, até mesmo contra seus serviços auxiliares, sem afetar a competência disciplinar e correicional da Instituição, podendo, como no Conselho Nacional de Justiça, avocar processos disciplinares em curso, aplicar as sanções administrativas cabíveis – assegurada a ampla defesa –, do mesmo modo que pode determinar

---

[917] GARCIA, Emerson. **Ministério público: organização, atribuição e regime jurídico**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 122

[918] BRASIL. CNMP, **Enunciado nº 6, 28/04/2009**. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Enunciados/enunciado6.pdf

[919] RAMOS, André Tavares. **O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 3, n. 9, jan/mar.2009. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 13-26. p. 16

a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Quanto à atribuição regulamentar, o Conselho é competente para, expedir atos regulamentares ou recomendar providências. Os primeiros têm força vinculativa e devem ser obrigatoriamente observados pelos Ministérios Públicos de todo o país. Por outro lado, as recomendações expedidas não são vinculativas, a finalidade é precaver os destinatários de futuras responsabilidades que possam ocorrer[920].

Outrossim, há de se considerar que a competência normativa e material concedida ao Conselho Nacional do Ministério Público é um instrumento apto para que o poder de zelar pelos princípios administrativos seja posto em prática. Dessa maneira, essa atribuição é importante para que seja posta em prática a autonomia funcional do Conselho.

2. O PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A EC nº 45/04 tratou do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Ocorre que isto não quer dizer que tenham passe livre na formulação de suas regulamentações. Os limites das suas competências devem ser observados.

As limitações que os Conselhos faceiam são duas: uma *stricto sensu*, em que, por conta da reserva de lei, não se podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato; e a outra *lato sensu*, referente ao impedimento de interferência nos direito e garantias fundamentais[921].

O ponto central da discussão é se a atuação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, ao expedir atos regulamentares, pode se equiparar ao Poder Legislativo, vez que o objetivo central dos Conselhos é o controle externo administrativo e financeiro do Poder Judiciário e do Ministério Público.

O Supremo Tribunal Federal, na ADC nº 12-DF, decidiu que o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça é primário, sob o argumento de que este foi retirado da própria

---

[920] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Plenário. **Comissão de Controle Administrativo e Financeiro. Procedimento de Controle Administrativo nº 0.00.000.001041/2008-34**. Relator: Conselheiro Cláudio Barros Silva. 10.set.2009. Acesso em http://cf-internet.pgr.mpf.gov.br/cnmp_pesquisa/temp/79350010190216/1041.2008.89.pdf

[921] STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigoimp.doc. Acesso em: 15/01/2017

Constituição Federal. Acontece que este entendimento não está pacificado no próprio Supremo, pois o Ministro Marco Aurélio não concorda com tal posição.

Portanto, ao estabelecer esse tipo de posicionamento, a Corte Suprema abre brechas para a atuação tanto do Conselho Nacional de Justiça quanto do Conselho Nacional do Ministério Público, ao expandir seus os limites constitucionais impostos, prestes a invadir competência dos outros poderes[922].

Além do mais, no Estado democrático de direito é inimaginável que um órgão administrativo possa expedir atos com força de lei e que os reflexos disso possam penetrar os direitos fundamentais dos indivíduos ou adentrar na esfera de outros poderes.

Nesse diapasão, tem-se que o texto constitucional é explícito em relação a natureza meramente administrativa dos Conselhos em questão. E, com isso, a função deles é exercer o controle administrativo tanto do Poder Judiciário quanto do Ministério Público, fazendo isto por meio de ações que não extrapolem o que está previsto na Constituição Federal.

2.1 Diferença entre lei e resolução

A lei é a norma jurídica escrita, mesmo quando esta não advém do Poder Legislativo. Já a resolução é um ato administrativo normativo que disciplina matéria de competência específica, sendo assim, deve ser apenas explicação dos regulamentos e dos regimentos e, portanto, não pode contrariá-los.

Isso posto, por força coercitiva do legislativo ou de autoridade legítima, a lei é uma regra tornada obrigatória que estabelece direitos e obrigações numa sociedade. Para o Direito Constitucional, a lei é norma criada pelo Estado.

A palavra lei deriva do latim "*lex*" que quer dizer "uma obrigação imposta". É um ordenamento que, ao ser criado, deve ser seguido. Entretanto, há de se ressaltar que não existe um conceito jurídico para o termo "lei"; não há uma lei que defina legalmente o que seria uma lei[923].

Em sentido genérico, a lei pode ser conceituada como um comando ou uma determinação. Nos fenômenos naturais,

> se expressa sob a forma de uma impulsão (física), reação (química) e evolução (biologia), conhecidos como fenômenos de *causa* e *efeito*, cujo princípio é o

[922] GARCIA, Emerson. **As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento**. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf. Acesso em: 01/07/2017

[923] SCHMIEGUEL, Carlos. **Conceito de lei em sentido jurídico**. Disponível em: http://www.periodicos.unc.br/index.php/agora/article/viewFile/55/162. Acesso em: 28/06/2017

> de que, existindo uma determinada causa, produzir-se-á o efeito a ela correspondente, desde que mantidas as condições iniciais, fenômenos sobre os quais o ser humano tem pouco ou nenhum poder de interferência. São as leis da física, da química e da biologia, estudadas nas disciplina que lhe são própria[924].

Além disso, a palavra lei tem sido usada sem distinção nenhuma, com deturpação de seu significado, na maioria das vezes. Outrossim, os textos normativos editados pelo Poder Executivo, frequentemente, são, de modo indevido, designados de lei, como é o caso dos decretos, regulamentos, portarias.

Também, aqui, se deve explicar que há uma diferença entre norma e lei. A primeira é bem mais abrangente, pois engloba preceitos morais, éticos e sociais. Enquanto que a segunda – pelo menos em sua acepção jurídica, que é o foco do presente estudo – é um texto oficial, emanado do Poder Legislativo.

Portanto, é por meio da lei que o legislador atribui os

> efeitos jurídicos aos atos e fatos da vida em sociedade, visando primordialmente a promoção da paz entre os seres humanos. Por isso, em geral, as leis têm a finalidade de proteger alguns valores que o legislador considera socialmente relevantes, tais como a vida, a honra, a liberdade, a justiça, a segurança, a igualdade, a integridade física e moral, o trabalho, o bem estar e outros dessa natureza[925].

Aliás, o disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, ao trazer o conceito do princípio da legalidade, concorda que o conceito de lei é de extrema importância, pois é a base do Estado democrático de direito.

Por outro lado, a resolução é apenas um ato administrativo e, como tal, é apenas a exteriorização da vontade dos agentes da Administração Pública ou de seus delegatários que preserva, limita, transfere direitos ou obrigações.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, as resoluções são atos administrativos de natureza derivada[926]. Dessa maneira, a existência de lei ou outro ato legislativo é pressuposto para que as resoluções sejam válidas, pois a ela é subordinada. Consequência disso, percebe-se que a Administração Pública não pode inovar no mundo jurídico, por meio das resoluções.

---

924 SCHMIEGUEL, Carlos. **Conceito de lei em sentido jurídico**. Disponível em: http://www.periodicos.unc.br/index.php/agora/article/viewFile/55/162. Acesso em: 28/06/2017

925 SCHMIEGUEL, Carlos. **Conceito de lei em sentido jurídico**. Disponível em: http://www.periodicos.unc.br/index.php/agora/article/viewFile/55/162. Acesso em: 28/06/2017

926 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 141

Há de se diferenciar esse tipo de resolução com a prevista na Constituição Federal em seu art. 59, inciso VII. Estas são atos autônomos, de natureza primária, que possui hierarquia legal, e não se configuram como atos administrativos.

No caso de hipótese de resolução prevista no texto constitucional, a competência para sua edição é da cada casa do Congresso, separadamente. Seu rito é unicameral e os temas de sua regulação estão previstos nos arts. 51 e 52 da Carta Magna. Seus efeitos são internos, mas podem, excepcionalmente, ser externos, como é o caso da resolução do Senado Federal que suspende eficácia de lei declarada inconstitucional em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal.

Em relação às resoluções enquanto ato administrativo, estas servem para explicar o contido nos regulamentos e regimentos e, como já dito, não podem inovar. São expedidas pelas autoridades superiores de cada órgão para regular matéria exclusiva. Seus efeitos podem ser internos ou externos, dependendo do campo de atuação da norma ou de seus destinatários. A finalidade das resoluções é, basicamente, complementar a legislação.

2.2 O Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, que é corolário do Estado Democrático de Direito, está previsto no art. 5º, inciso II, e no art. 37, *caput*, ambos da Constituição Federal. A ele é atribuído dois sentidos, um para os particulares e outro para a Administração Pública. Para os primeiros, fica garantido que estes podem fazer tudo que a lei não proíba, somente a lei pode criar deveres e obrigações; já para os segundos, a ordem é que só podem atuar quando a lei mandar.

Esse postulado foi consagrado depois de muitos séculos de evolução política. Sua criação remonta à criação do Estado de Direito, onde o Estado deve respeitar as próprias leis que ele edita[927].

Sendo assim, os particulares têm a liberdade de fazer "quase" tudo, ao passo que a Administração Pública está atrelada a fazer apenas o que estiver expressamente autorizado por lei, não cabendo aos agentes públicos praticarem atividades ou atos sem que haja previsão legal.

É bem verdade que, para os particulares, o mandamento é a autonomia da vontade ao passo que a Administração Pública não possui vontade autônoma, vez que a atividade administrativa é apenas gestão da coisa pública. Nesse diapasão, a vontade do povo não é a vontade do administrador público. O povo é que tem o poder de emprestar sua vontade por meio da elaboração de leis, estas editadas pelos representantes democraticamente eleitos[928].

---

[927] CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Atlas: São Paulo, 2017, p. 20

[928] ALEXANDRINO, MARCELO; PAULO, VICENTE. **Direito Administrativo Descomplicado**. Rio de

Com isso, para a Administração Pública, tem-se que o conteúdo é vinculativo em relação ao princípio da legalidade, tornando-se uma garantia constitucional para os administrados, justamente por assegurar que a atuação do Estado está demarcada pelo que diz a lei[929]. Não apenas a lei, mas, principalmente, a Constituição que está acima de qualquer lei.

Além disso, o princípio da indisponibilidade do interesse público que norteia a Administração Pública, corrobora com a ideia do princípio da legalidade. Isso ocorre porque da indisponibilidade do interesse público descendem todas as outras restrições impostas à Administração Pública.

Por consequência, o princípio da legalidade para a Administração Pública está atrelado ao princípio da supremacia do interesse público, pois o administrador não pode atuar do jeito que bem lhe apraz dentro da Administração, já que os bens, serviços e interesses da sociedade devem ser protegidos por ele. O administrador, aqui, não tem interesse próprio e particular, não tem vontade. Esta não existe. O que deve triunfar é a vontade da lei. Por conseguinte, caso a atividade administrativa não tenha sido prevista em lei, será ilegal. Com isso, fica claro que a Administração Pública só pode atuar *secundum legem*, nunca *praeter legem* ou *contra legem*.

Acontece que não se deve deixar de observar que

> não é possível conceber a atividade administrativa como mera executora mecânica da lei, sem qualquer papel criativo por parte do aplicador do Direito, sob pena de se tornar desnecessária a atividade regulamentar. A aplicação da lei, tanto pelo juiz como pela Administração Pública, depende de um processo criativo-interpretativo, sendo inviável a existência de lei exaustiva o bastante que dispense o papel criativo do operador do Direito. De fato, o que pode variar é o grau de liberdade conferida pela norma jurídica[930].

O princípio da legalidade é que aquele que qualifica e identifica o Estado Democrático de Direito e, por conta disso, ele é basilar do regime jurídico-administrativo, uma vez que o direito administrativo é consequência, justamente, do Estado de Direito. Portanto, a atividade administrativa é atividade infralegal, devendo expedir comandos complementares à lei.

O renomado autor Celso Antônio Bandeira de Mello destaca, ainda, que

> Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é tradução jurídica de uma

Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 233

[929] ALEXANDRINO, MARCELO; PAULO, VICENTE. **Direito Administrativo Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 233

[930] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 26-27

> propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.
>
> O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas de países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso). [931]

Em vista disso, pode-se extrair que o poder emana do povo, tanto que os cidadãos é que são aclamados detentores do poder. E os governantes nada são além do que representantes da sociedade. Logo, por força do princípio da legalidade, o Estado não deve apenas aplicar as leis, mas também colocá-las em prática e cumpri-las.

Outrossim, o Estado não pode, por meio de mero ato administrativo, outorgar direitos de qualquer qualidade, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, sob pena de ferir o princípio da legalidade, uma vez que ele é dependente da lei.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o efeito do princípio da legalidade tem suprema importância em relação aos direitos dos indivíduos. Com efeito, se existir conflito entre a conduta e a lei, a primeira deverá ser corrigida para que a ilicitude seja eliminada[932].

De mais a mais, o princípio da legalidade também informa que a atividade administrativa é infralegal ou sublegal, já que deve se restringir à expedição de atos que possibilitem a fiel execução da lei[933]. Dessa maneira, os atos administrativos praticados fora do que está disposto em lei devem ser considerados inválidos, podendo ser anulados pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, desde que provocado.

Além da Constituição Federal e das leis, a Administração Pública também deve observar os seus próprios atos normativos expedidos. "Esse conjunto de todas as normas jurídicas a que se

---

[931] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 99-100

[932] CARVALHO FILHO, José dos Santo. **Manual de Direito Administrativo**. Atlas: São Paulo, 2017, p. 20

[933] ALEXANDRINO, MARCELO; PAULO, VICENTE. **Direito Administrativo Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 234

submete a atuação administrativa é chamado, por alguns administrativistas, de 'bloco de legalidade'[934]". Por conseguinte, a Administração Pública deve observar todo o ordenamento jurídico. A esse fenômeno dá-se o nome de princípio da juridicidade administrativa.

Sendo assim, o princípio da legalidade não pode deixar de ser observado pela Administração Pública nem por qualquer órgão que possua a função administrativa, pois é princípio constitucional. E, como mandamento constitucional, deve ser obedecido, sob pena de os atos que o contrariarem serem considerados inválidos e deverem ser anulados, ou pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, se provocado.

2.3 Poder normativo ou poder regulamentar

O direito público possui prerrogativas para que o Estado possa concretizar os fins a que se destina. Dá-se ao nome dessas prerrogativas de poderes administrativos. No caso, o poder normativo é a prerrogativa de editar atos administrativos gerais para a fiel execução das leis.

O poder regulamentar é aquele que permite que a Administração Pública possa, justamente, complementar e garantir a efetiva aplicação das leis. Segundo José dos Santos Carvalho Filho,

> A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação[935].

A natureza dos atos administrativos pode ser originária ou derivada. Em relação ao poder regulamentar, este é de natureza derivada, vez que só existe se houver lei em vigor.

O poder normativo é fruto do relativismo do princípio da separação dos poderes, que, de acordo com a doutrina dos *checks and balances*, possibilita a cada Poder a atividade de funções atípicas, com o intuito de controlar os outros Poderes. Dessa maneira, cada Poder possui a sua função típica e, ainda, funções atípicas que são relativas aos outros poderes[936].

Além disso, a maioria da doutrina pensa que o poder regulamentar é limitado e não pode, de forma alguma, inovar na esfera jurídica[937]. Em vista disso, apenas a lei, em seu sentido formal, é apta

---

[934] ALEXANDRINO, MARCELO; PAULO, VICENTE. **Direito Administrativo Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 234
[935] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 59
[936] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 230
[937] CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado**

a criar alguma novidade no mundo jurídico; por outro lado, por não contar com esse status, o regulamento não conta com essa prerrogativa e pode, somente, delimitar a forma de exercício da lei[938].

Nessa esteira, não se deve confundir o poder regulamentar com a função legislativa. Apesar do poder regulamentar ser lei em sentido material e criar atos gerais e abstratos, não conta com o poder de inovar na ordem jurídica, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes[939].

Outrossim, José dos Santos Carvalho Filho informa que

> O Executivo não pode se eximir de regulamentar a lei no prazo que lhe foi assinado. Cuida-se de poder-dever de agir, não se reconhecendo àquele Poder mera faculdade de regulamentar a lei, mas sim dever de fazê-lo para propiciar sua execução[940].

Os regulamentos podem ser autônomos ou de execução. Este explica a execução das normas, nos seus mínimos detalhes. Com isso, a lei tem de ser antecedente a expedição do regulamento, e também não se pode extrapolar em relação ao conteúdo. É o que a doutrina denomina de *secundum legem*[941].

Segundo o STF, no julgamento da ADIn nº 1.435-8[942], os requisitos para que o regulamento seja denominado de execução são os seguintes: que haja lei prévia; que seja assegurada a execução da lei; que os agentes da administração pública sejam os destinatários; que não exista estipulação de direitos ou obrigações[943].

Dessa maneira, explicita Rafael Maffini que as "normas administrativas, mesmo que aparentemente autônomas, não o seriam, medida em que estariam tão somente explicitando um conceito legal, respeitados os elementos jurídicos contidos em sentido formal[944]".

No tocante aos regulamentos autônomos, tem-se que estes podem criar direito e obrigações, podendo, por consequência, inovar no mundo jurídico. Entendimento, porém, que não é pacífico. Alguns

---

e estrutura da administração. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 297

938 SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 449

939 CASSEPP, Alexandre Azambuja. **Limites do poder regulamentar**. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,limites-do-poder-regulamentar,45959.html. Acesso em: 01/07/2017

940 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017

941 CASSEPP, Alexandre Azambuja. **Limites do poder regulamentar**. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,limites-do-poder-regulamentar,45959.html. Acesso em: 01/07/2017

942 BRASIL. STF, **ADIn nº 1435 MC**, Tribunal Pleno, rel. Min. Francisco Rezek, DJe 06/08/1999

943 CASSEPP, Alexandre Azambuja. **Limites do poder regulamentar**. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,limites-do-poder-regulamentar,45959.html. Acesso em: 01/07/2017

944 MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 80

entendem que se a matéria regulada estiver dentro da competência constitucional, pode, portanto, haver a expedição dos regulamentos autônomos de maneira ampla.

Outros, como é o caso de Hely Lopes Meirelles, defendem a existência dos decretos autônomos, com a condição de o Poder Legislativo não ter expedido nenhum pronunciamento em relação a matéria; fato que dá azo à Administração Pública para regulamentar tal situação[945].

Já Celso Antônio Bandeira de Mello encabeça o entendimento de que não há a possibilidade de expedição de regulamentos autônomos, vez que a Constituição Federal deixa isso claro em diversos dispositivos. Para ele o que existe é "mera competência para arranjo intestino dos órgãos e competências já criadas por lei"[946].

Por outro lado, a corrente majoritária se posiciona no sentido de que os regulamentos autônomos estão proibidos, exceto nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, como é o caso do art. 84, inciso VI, que disciplina sobre o funcionamento da Administração Pública Federal[947].

Isso posto, há de se concordar com a doutrina majoritária, em relação a existência dos regulamentos autônomos, pois estes só devem existir quando autorizados pela Constituição Federal que é a lei maior do ordenamento jurídico. Sendo assim, não é dada a prerrogativa de criar regras a quem não possui competência para tal, pois isso é violar tanto o princípio da legalidade quanto o princípio da separação dos poderes e o Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, apesar de o regulamento ser considerado autônomo, ele ainda deve ser limitado às matérias constitucionalmente previstas para tal.

3. O LIMITE DA INOVAÇÃO DO PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3.1 Até onde se pode inovar no ordenamento jurídico

Primeiramente, cumpre explanar o conceito de discricionariedade administrativa. Esta ocorre quando a lei possibilita que a Administração Pública escolha, no caso concreto e perante o direito, entre duas ou mais alternativas válidas. Essa escolha deve, ainda, ser pautada segundo os critérios de justiça, conveniência e oportunidade, interesse público, equidade, razoabilidade.

Isso tudo porque, historicamente, a concepção de discricionariedade reporta ao tempo das antigas monarquias europeias e seus estados de polícia, no qual o soberano possuía todas as funções

---

[945] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 120

[946] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 342-343

[947] CASSEPP, Alexandre Azambuja. **Limites do poder regulamentar**. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,limites-do-poder-regulamentar,45959.html. Acesso em: 01/07/2017

estatais. Ele criava as leis, as fiscalizava e as executava. Foi, após a Revolução Francesa, com a separação dos poderes que houve a diferenciação entre o conceito de Governo e de Administração Pública.

Por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello faz a distinção entre o agir discricionário e o agir arbitrário:

> Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em conseqüência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto[948].

Logo, tem-se que a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico e, portanto, limitada pela lei e vinculada aos princípios, uma vez que a Administração Pública só pode fazer o que está determinado por lei. Assim, o gestor deve apresentar critérios justos com vistas a ponderar de maneira equitativa a decisão tomada.

Para que se defina a discricionariedade tem que haver certos fundamentos envolvidos, como: a) a possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas; b) que estas alternativas provenham da lei; c) dessa maneira, qualquer uma das escolhas será juridicamente válida; d) a escolha será feita, com critérios de mérito, diante do caso concreto.

Maria Sylvia Zanella di Pietro explica, ainda, que

> o próprio princípio da legalidade evoluiu e, juntamente com ele, a idéia de discricionariedade. Quando a lei era vista, sob a ótica do positivismo jurídico, dentro de um sistema lógico-jurídico, despido de qualquer conteúdo axiológico, a discricionariedade administrativa resultava forte, porque a Administração só tinha que observar a lei em sentido formal, único aspecto a ser considerado pelo Poder Judiciário. Além disso, com o crescimento das atividades do Estado, no período do chamado Estado Social de Direito, houve um fortalecimento do Poder Executivo, que recebeu função normativa a ser exercida por meio de regulamentos autônomos, leis delegadas, decretos-leis, medidas provisórias. Vale dizer que o princípio da legalidade passou a

[948] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 401

> abranger não só a lei mas também atos normativos do Poder Executivo. Por outras palavras, o princípio da legalidade experimentou duas espécies de ampliação: passou a abranger também os atos normativos do Poder Executivo e passou a vincular toda a atividade da Administração Pública. Só que os atos normativos, tanto do Legislativo como do Executivo, eram vistos em seu aspecto puramente formal, sem qualquer preocupação com seu conteúdo de justiça. Por isso, o controle pelo Judiciário também era puramente formal, limitando-se, em regra, a apreciar os vícios de competência, forma e objeto[949].

Outra definição a ser abordada é a de conceitos jurídicos indeterminados. Este ainda é tema controverso tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira. Apesar disso, pode-se dizer que é a vaguidade semântica que há em certa norma com a finalidade de que ela permaneça sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade.

Dessa maneira, afirma Andréas J. Kell que

> o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles. A extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do tipo de conceito utilizado pelo texto legal[950].

Assim, o limite da inovação legal pela Administração Pública deve se ater ao princípio da legalidade, sob pena de ferir norma prevista da Constituição Federal, que é o pilar central de todo o ordenamento jurídico. Portanto, caso a inovação extrapole o princípio da legalidade, esta deve ser considerada ilegal.

Sendo assim, há de se destacar que

> a hierarquia que as leis devem se submeter, sob pena de que as mesmas podem provocar verdadeiros conflitos no momento de aplicação da lei ao caso concreto. Como já mencionado, e no topo da pirâmide proposta por Hans Klesen, está a Constituição, que representa a Lei maior, tendo abaixo desta os Tratados Internacionais, as Leis Complementares e as Leis Ordinárias, e ainda

---

949 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf. Acesso em: 03/09/16

950 KRELL, Andreas J. **Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35

> compõem o quadro os Decretos, os Decretos Legislativos e as Resoluções.
>
> As Portarias, Instruções Normativas, Avisos, Regimentos, também são normativos, mais detalhistas, os quais devem de forma estrita, satisfazer os preceitos contidos nas Leis, as quais devem estar em consonância com a Constituição[951].

Por consequência, a inovação legal por parte da Administração Pública é ilegal, caso extrapole o previsto no princípio da legalidade, pois a Administração Pública, ao editar suas portarias, instruções normativas, pareceres etc., devem se ater ao previsto na legislação.

3.2 A violação à separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes está previsto no art. 2º da Constituição Federal e é considerado cláusula pétrea. O dispositivo constitucional prescreve que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário são poderes da União independentes e harmônicos entre si.

A Constituição Federal adota a concepção tripartite de separação dos poderes. Esse tipo concepção estabelece que cada poder tem suas funções separadas, sendo assim, deve-se diferenciar as funções executivas, as legislativas e as judiciárias. Cada poder deve ser autônomo e exercerão suas atribuições com exclusividade.

A separação dos poderes remonta à Aristóteles que foi o primeiro a tratar do assunto em sua obra "Política". Adiante, John Locke detalhou, no "Segundo tratado do governo civil", as três funções estatais. Porém, foi Montesquieu, em "O espírito das leis", que organizou a distribuição clássica dos poderes, divididos em três órgãos distintos, autônomos e especializados[952].

Segundo Montesquieu,

> Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.
>
> Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os

---

[951] OLIVEIRA, Lenice Iolanda de. **A lei e a Instrução Normativa: a força da Instrução Normativa**. Disponível em: http://www.rochamarques.com.br/artigos/lei-e-instrucao-normativa. Acesso em: 03/09/2016

[952] COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da separação dos poderes em corrente tripartite**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 04/07/2017

> particulares. Chamaremos a esse último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado[953].

Apesar de cada poder ter sua função, deve haver harmonia entre eles. E é aí que entra o sistema de freios e contrapesos, ou *checks and balances*. Esse sistema tem o objetivo de evitar o abuso de poder, pois nele um poder deve conter o abuso ou desfazer o erro de outro poder[954]. O propósito é existir um sistema de controle e cooperação entre os poderes, para que nenhum poder se sobreponha aos outros.

Por conseguinte,

> Não há como aceitar a premissa de que, ao adotar a teoria da separação dos poderes, o constituinte originário pretendeu concentrar *toda* a função normativa no Parlamento. Tampouco há como consentir com a ideia de que o disposto nos arts. 2º e 60, § 4º, I, da Constituição estabelecem isolamento absoluto e irrestrito de cada espécie de função estatal[955].

Nesse sentido, conceder harmonia entre os poderes significa também conceder que eles possuem funções típicas e atípicas. Desse modo, a função típica do Poder Legislativo é a de criar leis gerais e abstratas, enquanto que o Executivo administra e executa esse direito e o Judiciário julga conflitos, levando em consideração as leis criadas pelo Legislativo[956]. Em vista disso, as funções típicas são as funções para qual aquele poder foi criado.

Por outro lado, as funções atípicas, como o próprio nome já diz, são aquelas que não são inerentes aos poderes. Aqui, cada poder exerce atividade dos outros poderes.

Nesse ponto, Roberto B. Dias da Silva preleciona o seguinte:

> Somente por meio da existência das funções atípicas é que se mostra possível imaginar a independência e harmonia entre os órgãos estatais. Basta pensar que não há independência ou harmonia entre os poderes se o Judiciário, para prover os cargos necessários à administração da Justiça – funções de natureza executiva – tivesse de se valer da boa vontade do Poder Executivo. Qualquer decisão do Poder Judiciário que pudesse desagradar o Executivo seria evitada, sob pena de, a qualquer momento, o Poder Executivo se negar a realizar as contratações necessárias ao exercício da função jurisdicional[957].

---

953 MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 172
954 SILVA, Roberto B. Dias da. **Manual de direito constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 205
955 MENDES, Gilmar Ferreira. SILVEIRA. Fabiano Augusto Martins. MARRAFON. Marco Aurélio. **Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão**. São Paulo: Saraiva, 2016
956 SILVA, Roberto B. Dias da. **Manual de direito constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 205
957 SILVA, Roberto B. Dias da. **Manual de direito constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 206

Acontece que há de se esclarecer que essa permuta entre os poderes não pode de maneira alguma significar a ruptura da divisão dos poderes, o núcleo essencial de cada poder deve ser preservado, para que não se comprometa "todo o sistema de legitimação, responsabilidade, controle e sanção definido no texto da Constituição[958]".

Apesar dessa cooperação entre os poderes existir, há de se observar os limites constitucionalmente impostos, com o intuito de não haver ofensa ao princípio da separação dos poderes. Esse é o caso das funções atípicas, pois, para que elas existam, devem estar expressamente previstas na Constituição Federal, já que é desta que se retira todo o fundamento de validade do ordenamento jurídico[959].

De mais a mais, a função típica de cada poder é que delimita a teoria da separação dos poderes, visto que se isso não acontecesse, existiria um embate na atuação dos poderes, implicando, inclusive, danos na liberdade dos cidadãos[960].

3.3 O limite do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público

O poder normativo do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público é efetivamente o objeto de discussão deste trabalho monográfico. Conforme consta na própria Constituição Federal, nos arts. 103-B, § 4º, inciso I, e 130-A, § 4º, inciso I, é permitido aos dos Conselhos expedir atos regulamentares no âmbito de suas competências.

Acontece que esse tema não se encontra pacificado, pois o Supremo Tribunal Federal considera que o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça é primário e possui o objetivo de uniformizar as regras que alcançam todo o judiciário, vinculando todos os órgãos dos judiciário, exceto a própria Corte Suprema.

Para o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na ADC nº 12-DF[961], a competência do Conselho Nacional de Justiça serve não apenas para complementar a lei, mas também

---

[958] RODRIGUES, Lucas de Faria. **A separação dos poderes na carta de 1988 sob a óptica do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/pesquisa/1_IC_Lucas_de_Faria_Rodrigues.pdf. Acesso em: 04/07/2017

[959] CASTRO, Marcos Vinícius Martins; SANTOS, Mariana Mello. **O poder normativo do Conselho Nacional de Justiça – Análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1480/1161. Acesso em: 15/01/2017

[960] CASTRO, Marcos Vinícius Martins; SANTOS, Mariana Mello. **O poder normativo do Conselho Nacional de Justiça – Análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1480/1161. Acesso em: 15/01/2017

[961] BRASIL STF, **ADC nº 12 MC-DF**, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Britto, DJe 16/02/2006

a Constituição Federal. Por analogia, a mesma situação deve ser considerada em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público.

A Suprema Corte interpreta que os atos normativos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público são atos normativos primários e, portanto, possuem força de lei. Não há que se falar em ato meramente regulamentar, pois, conforme já dito, o fundamento é extraído diretamente da própria Constituição Federal.

A divergência sobre o tema começa dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, pois o Ministro Marco Aurélio se manifesta contra o Conselho Nacional de Justiça desde o julgamento da ADIn nº 3.367-DF. Para o referido Ministro, o texto constitucional inequívoco quanto à natureza meramente administrativa do Conselho[962].

Para Marcos Vinícius Martins Castro e Mariana Mello Santo,

> Ao determinar a competência do Conselho de expedir atos com força de lei, o Supremo Tribunal acabou por abrir um "caminho sem volta" para a atuação do Conselho, que por sua vez, ciente dessa possibilidade, cada vez mais expande os limites constitucionalmente impostos, a ponto de invadir a seara dos demais Poderes[963].

Ao se ler a Constituição Federal, a expressão que se encontra para os dois Conselhos é a de poder expedir "atos regulamentares". Esses atos regulamentares, por óbvio, não têm força de lei, pois se tivesse constaria expressamente tal força no próprio texto constitucional. Nessa linha, considerar que esses atos regulamentares possuam força de lei é romper com a reserva de lei e invadir competência que é própria do Poder Legislativo[964].

O texto constitucional ao permitir que o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público pudessem expedir atos regulamentares, quis que esses atos regulamentares fossem meramente administrativos, já que esta é a natureza desses Conselhos.

As resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público não podem inovar no ordenamento jurídico tampouco criar direitos ou obrigações,

---

962 CASTRO, Marcos Vinícius Martins; SANTOS, Mariana Mello. **O poder normativo do Conselho Nacional de Justiça – Análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1480/1161. Acesso em: 15/01/2017

963 CASTRO, Marcos Vinícius Martins; SANTOS, Mariana Mello. **O poder normativo do Conselho Nacional de Justiça – Análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1480/1161. Acesso em: 15/01/2017

964 STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigoimp.doc. Acesso em: 15/01/2017

pois, como já dito, o objetivo desses Conselhos é o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente.

Além disso, admitir que a resoluções expedidas por órgãos meramente administrativos retirem seus fundamentos da Constituição é nivelá-las às leis, "conferindo-lhes uma ampla liberdade de conformação[965]". Ocorre que este tipo de situação não tem argumentos sólidos para poder embasar essa conclusão, vez que bate de frente com

> (1) o princípio democrático, que confere à representatividade popular uma legitimidade diferenciada na produção normativa, e (2) a indelegabilidade da função legislativa, cláusula pétrea oponível ao próprio poder reformador, como aquele que originou a Emenda Constitucional nº 45/2004. Não bastasse isso, ainda padeceria de um pecado mortal: a falta de harmonia com o sistema constitucional[966].

Nesse diapasão, o poder normativo desses Conselhos está limitado ao que consta na Constituição Federal. Ultrapassar as competências constitucionais é não só ferir o princípio da legalidade, mas ferir a própria Constituição Federal. Portanto, como não consta na Carta Magna, qualquer dispositivo que autorize tanto o Conselho Nacional de Justiça quanto o Conselho Nacional do Ministério Público a expedir atos normativos com força de lei, deverá permanecer a divisão de competências que consta na própria Constituição Federal[967].

Aqui, importante destacar o pensamento de Emerson Garcia acerca desse tema:

> As resoluções do CNMP, assim, sequer podem ser vistas como "regulamentos autônomos", já que o texto constitucional, diversamente ao que fez em relação às competências do Presidente da República, não relacionou um rol de matérias de sua alçada privativa. Limitou-se a afirmar que o poder regulamentar do CNMP seria exercido "no âmbito de sua competência", não lhe sendo dado editar atos regulamentares em matérias não relacionadas no art. 130-A da Constituição da República e que não se destinem a "zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público"[968].

---

[965] GARCIA, Emerson. **As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento**. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf. Acesso em: 01/07/2017

[966] GARCIA, Emerson. **As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento**. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf. Acesso em: 01/07/2017

[967] GARCIA, Emerson. **As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento**. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf. Acesso em: 01/07/2017

[968] GARCIA, Emerson. **As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento**. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf. Acesso em: 01/07/2017

Outro motivo para não atribuir que o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público tenha caráter primário é o respeito que se deve ter em relação aos direitos e garantias fundamentais. Pois, nesse caso, inovar na esfera jurídica consiste em afronta a cidadania[969].

Além disso, a Lei Fundamental trouxe expressamente quais seriam as hipóteses em que seriam editados regulamentos com força de lei que não são originários do Poder Legislativo[970].

Importante destacar o pensamento de Antônio Veloso Peleja Júnior. Para ele, esse nascimento repentino do poder normativo primário do Conselho Nacional de Justiça, com seu status elevado ao mesmo dos legitimados constitucionalmente, significa um ativismo judicial, já que se concede a um órgão meramente administrativo o poder de legislar, baseado no argumento de existência implícita de atribuição de competência[971].

Apesar de existirem poderes implícitos na Constituição Federal, não se pode estender esse argumento para a seara das atribuições atípicas de cada poder, pois isso seria ignorar totalmente não só os princípios constitucionais, mas principalmente ignorar a própria Carta Magna.

O poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público não diverge do agraciado ao Poder Executivo. Logo, os atos regulamentares expedidos por esses Conselhos não podem contrastar ou se fazer passar por lei[972]. Esses atos administrativos devem se referir a situações concretas[973].

Nesse sentido,

> Os Conselhos enfrentam, pois, duas limitações: uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito à impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Presente, aqui,

---

969 MENDES, Gilmar Ferreira. SILVEIRA. Fabiano Augusto Martins. MARRAFON. Marco Aurélio. **Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 271

970 GARCIA, Emerson. **As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento**. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf. Acesso em: 01/07/2017

971 PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Conselho Nacional de Justiça e magistratura brasileira**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 144

972 GARCIA, Emerson. **As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento**. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf. Acesso em: 01/07/2017

973 STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigoimp.doc. Acesso em: 15/01/2017

> a cláusula de proibição de restrição a direitos e garantias fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional[974].

Com isso, é inconcebível que esses Conselhos de natureza administrativa possuam competência para editar atos regulamentares primários, pois, como visto ao longo de todo esse trabalho monográfico, isso fere tanto o princípio da legalidade quanto a separação dos poderes. E, no Estado Democrático de Direito, é inadmissível que tal situação possa prosperar. Dessa maneira, atribuir competência legislativa primária aos Conselhos em questão é dar-lhes um benefício para que possam atuar livremente, ao seus bel-prazeres, ignorando até mesmo a própria Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Criados pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público têm, em âmbito nacional, a missão de controlar administrativa e financeiramente o Poder Judiciário e o Ministério Público, respectivamente.

Os dois Conselhos possuem as mesmas diretrizes e, portanto, as suas estruturas são semelhantes. Por serem órgãos meramente administrativos são limitados aos atos de execução, de acordo com a competência que lhes foram outorgadas.

O objetivo da criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público foi o de existir um órgão externo para controle do judiciário e do Ministério Público. Os atos administrativos praticados por esses Conselhos devem apenas ter relação com o controle administrativo e financeiro. Não poderão nunca adentrar a esfera das atividades fins do Poder Judiciário e do Ministério Público, sob pena de ferirem a independência funcional.

O fato da Emenda Constitucional nº 45/2004 ter atribuído tanto ao Conselho Nacional de Justiça quanto ao Conselho Nacional do Ministério Público competência para expedir atos regulamentares não quer dizer que esses atos possam ultrapassar os limites de suas competências.

Além disso, os Conselhos aqui estudados devem, então, obedecer o princípio da legalidade, uma vez que a Constituição Federal é expressa nesse sentido. Logo, só podem atuar nos limites da lei, só podem fazer o que estiver contido na lei, sob pena de sua extrapolação ser considerada ato ilegal perante o direito. Sendo assim, o foco é que se alcance a concretização do interesse público que é o objetivo do Estado.

---

[974] STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigoimp.doc. Acesso em: 15/01/2017

Em relação aos atos normativos, estes podem ser primários ou secundários. Diz-se primário, o ato normativo que tem força de lei e podem inovar no ordenamento jurídico; e, secundário aquele que decorre das atividades administrativas, sendo considerados atos administrativos. Portanto, aqui, tem-se que ficar claro que, como as atividades dos Conselhos são atividades administrativas, por óbvio, os atos normativos expedidos por eles serão atos normativos de caráter secundário.

Nessa esteira, o princípio da legalidade impede que atos administrativos possam inovar no mundo jurídico; a eles é vedado que se crie direitos ou obrigações. Aliás, a existência deles dependem, primeiramente, da existência de lei que autorize a sua criação, pois caso sejam praticados em desconformidade com a lei, serão considerados inválidos.

O poder regulamentar é aquele que complementa a lei. Sua função deve se limitar a isso, sob pena de usurpar competência do Poder Legislativo. Somente a função legislativa é que pode ter o condão de inovar na seara jurídica.

Portanto, apesar de cada poder praticar, de forma atípica, atividades que são essenciais aos outros poderes, essas atribuições atípicas devem estar previstas no próprio texto constitucional, sob pena de se caracterizar usurpação de competência, além de patente violação ao princípio da separação dos poderes.

Ainda, há de se observar que o princípio da legalidade é de suma importância, não só para o Poder Executivo, no tocante às suas atividades administrativas, mas também para as atividades administrativas dos outros poderes (funções atípicas). É melhor que ocorra um exagero na sua obediência, do que uma extrapolação na sua falta, porque, caso isso ocorra, não fere-se apenas o Direito e a Constituição Federal, mas sim o Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal concedeu ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público o poder de expedir atos regulamentares, porém estes atos regulamentares não podem ser considerados atos normativos primários, como quer reputar o Supremo Tribunal Federal. Caso fosse assim, o próprio texto constitucional teria previsto tal possibilidade. Esses atos não podem querer inovar no ordenamento jurídico.

Outro motivo de extrema relevância que corrobora para que os atos regulamentares expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério público é que a natureza deles é meramente administrativa, logo, admitir que eles possam expedir atos de natureza primária é admitir o poder de legislar a quem não possui competência para tal.

Dessa maneira, por todo o exposto, o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público deve observar os limites que lhe são constitucionalmente

impostos. Há de se ficar claro que não se deve alargar o campo de incidência do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional de Ministério Público, uma vez que aquele existe, apenas, para complementar à lei. Dessa maneira, extrapolar o princípio da legalidade implica desvirtuar o papel desses Conselhos, que é o controle meramente administrativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEL, Tasse El. **A "Crise"no Poder Judiciário**. Curitiba, PR: Juruá, 2001

ALEXANDRINO, MARCELO; PAULO, VICENTE. **Direito Administrativo Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017

BRASIL. CNMP, **Enunciado nº 6, 28/04/2009**. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Enunciados/enunciado6.pdf

BRASIL STF, **ADC nº 12 MC-DF**, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Britto, DJe 16/02/2006

BRASIL. STF, **ADIn nº 1435 MC**, Tribunal Pleno, rel. Min. Francisco Rezek, DJe 06/08/1999

BRASIL. STF, **ADIn nº 3.367-DF**, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 22/09/2006

BRASIL. STF, **Decisão Monocrática. Mandado de Segurança 26715/DF**, rel. Min. Celso de Mello. DJe, 18/06/2007

BRASIL. STF, **MS nº 28.611-DF, AgRg-MC**, Min. Celso de Mello, DJe 01/04/2011

CARVALHO, Maria Teresa Lima de. **Poder Normativo do Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/130/Monografia_Maria%20Teresa%20Lima%20de%20Carvalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15/06/2017

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração**. Salvador: Juspodivm, 2008

CASSEPP, Alexandre Azambuja. **Limites do poder regulamentar**. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,limites-do-poder-regulamentar,45959.html. Acesso em: 01/07/2017

CASTILHO, Ela WieckoVolkmer. **O Papel do CNMP e do CNJ**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/acesso-a-justica/papel_cnmp.pdf. Acesso em: 06/04/2017

CASTRO, Marcos Vinícius Martins; SANTOS, Mariana Mello. **O poder normativo do Conselho Nacional de Justiça – Análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1480/1161. Acesso em: 15/01/2017

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Plenário. **Comissão de Controle Administrativo e Financeiro. Procedimento de Controle Administrativo nº 0.00.000.001041/2008-34**. Relator: Conselheiro Cláudio Barros Silva. 10.set.2009. Acesso em http://cf-internet.pgr.mpf.gov.br/cnmp_pesquisa/temp/79350010190216/1041.2008.89.pdf

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da separação dos poderes em corrente tripartite**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 04/07/2017

DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo; BARBOSA, Leonardo; DINO, Nicolao. **Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda nº 45/2004**. Niterói, RJ: Impetus: 2005

FERNANDES, Osmar Machado. **Do controle do ministério público e do poder judiciário pelo CNMP e CNJ**. Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME Direito Militar, 2006. Ano IX. Número 57. Janeiro/Fevereiro, p. 13-18

GARCIA, Emerson. **Ministério público: organização, atribuição e regime jurídico**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

_____, Emerson. **As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento**. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf. Acesso em: 01/07/2017

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 80

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017

MENDES, Gilmar Ferreira. SILVEIRA. Fabiano Augusto Martins. MARRAFON. Marco Aurélio. **Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão**. São Paulo: Saraiva, 2016

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993

MOREIRA, Luiz. **As questões em torno do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-50.doc. Acesso em: 06/04/2017

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial**. 3. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2004, p. 48

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Conselho Nacional de Justiça e magistratura brasileira**. Curitiba: Juruá, 2009

RAMOS, André Tavares. **O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 3, n. 9, jan/mar.2009. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 13-26

RODRIGUES, Lucas de Faria. **A separação dos poderes na carta de 1988 sob a óptica do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/pesquisa/1_IC_Lucas_de_Faria_Rodrigues.pdf. Acesso em: 04/07/2017

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

_____. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 449

SCHMIEGUEL, Carlos. **Conceito de lei em sentido jurídico**. Disponível em: http://www.periodicos.unc.br/index.php/agora/article/viewFile/55/162. Acesso em: 28/06/2017

SILVA, Roberto B. Dias da. **Manual de direito constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2007

SLAIBI FILHO, Nagib. **Reforma da Justiça: notas à emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004**. Niterói, RJ: Impetus, 2005

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigoimp.doc. Acesso em: 15/01/2017

TAVARES, Aderruan Rodrigues. **O Conselho Nacional de Justiça conforme o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1549/Direito%20Publico%20n472012_ADERRUAN%20RODRIGUES%20TAVARES.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15/06/2017

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: LTr, 2005

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Separação de Poderes volume 2**. Organizador Sérgio Antônio Ferreira Victor, Autores: Manolo De Las Cuevas Mujalli, Mateus Salomão Leal, Paula Albuquerque Mello Leal, Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de Andrade, Renato Davi de Sousa Machado, Renato Antunes Teixeira, Tiago Felipe de Moraes, Waldir Macieira da Costa Neto, Wesley Lopes Barbosa, Yara Maria Dias Teixeira Leite. – Brasília : IDP, 2015

O BRASIL COBRA MENOS IMPOSTO SOBRE HERANÇA QUE OUTROS PAÍSES? O TRIBUTO SOBRE A HERANÇA COMO MEIO DE DIMINUIR A DESIGUALDADE SOCIAL

Victor Ribeiro Ferreira

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo comparar a cobrança do tributo sobre a herança entre o Brasil e outros países que, comumente, são usados como exemplos para justificar o aumento dessa tributação. Visa verificar se o aumento dessa tributação, como proposto no Brasil, é uma medida eficaz para diminuir a desigualdade social. Busca analisar a premissa amplamente divulgada de que no Brasil se paga pouco imposto sobre a herança, em comparação a outros países mais desenvolvidos. Analisa, ao final, o impacto dessa tributação sobre o patrimônio de pequeno, médio e alto valor, assim como o seu impacto no patrimônio dos cidadãos de baixa e de alta renda no Brasil.

Palavras-chave: Herança. Tributação. ITCMD. Justiça social. Desigualdade social.

ABSTRACT

This study aims to compare the death tax between Brazil and other countries that, usually, are the examples to justify a higher tax revenue. Also, the object of the study is to verify if a higher tax rate, as suggests in Brazil, can lower the social inequality. It seeks to analyze the widely publicized premise that in Brazil a small inheritance tax value is paid in comparison to other more developed countries. It analyzes, in the end, the impact of this taxation on small, medium and high value equity, as well as its impacts on the equity of low and high incomes citizens in Brazil.

Keywords: Inheritance. Tax. Estate tax. Social justice. Social inequality.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a premissa amplamente divulgada de que o Brasil tributa pouco a herança, em comparação aos países que adotam esse tipo de tributação.

Essa premissa é repetida em trabalhos acadêmicos, na mídia e utilizada como justificativa para projetos legislativos objetivando o aumento na arrecadação.

Dentro das categorias teóricas do direito tributário, do direito econômico e do direito e desenvolvimento, este artigo comparará, no espectro da tributação da herança, o sistema tributário brasileiro e dos países normalmente utilizados para cotejo; além de verificar se o aumento do imposto no Brasil, conforme apresentado pelas atuais propostas legislativas, tem o condão de diminuir a desigualdade social.

1. O BRASIL COBRA MENOS IMPOSTO SOBRE HERANÇA QUE OUTROS PAÍSES?

Thommas Piketty, famoso economista francês e autor do livro "O Capital do Século XXI", visitou o Brasil em novembro de 2014, para participar de um debate referente ao seu livro na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP).

Naquela oportunidade, defendeu o aumento da tributação sobre a herança no Brasil como uma política para diminuir as desigualdades sociais entre os mais ricos e os mais pobres:[975]

> Eu considero que o tributo sobre herança no Brasil é especialmente pequeno em comparação com as alíquotas dos EUA, Reino Unido, Alemanha e França. Faria sentido reduzir o imposto sobre a renda do trabalho e aumentar a tributação sobre a herança. Me parece estranho uma pessoa que tem R$ 1 milhão pagar mais impostos do que aquela que recebe a mesma quantia da sua família.[976]

Algumas publicações, tais como o documento intitulado Austeridade e Retrocesso,[977] e outras na mídia convencional, como o jornal Estadão[978] e a revista Exame,[979] e até a revista jurídica da Presidência da República,[980] têm divulgado a informação que o Brasil paga pouco imposto sobre a herança, em comparação aos países desenvolvidos. Mais detalhadamente, o que se alega é que a alíquota do imposto no Brasil de hoje é de no máximo 8%, sendo a média entre as alíquotas dos seus Estados de 3,86%, enquanto países como a Suíça teriam alíquotas equivalentes a 50% – porcentagem mais de seis vezes maior![981]

Essa informação é embasada em uma divulgação de um *release* feito pela Ernst & Young Global (EY Consultoria), de 3 de junho de 2014, que, em seu sítio, afirma que o "Brasil é um dos países que menos tributa heranças e doações no mundo".[982]

Para confirmar essa premissa, primeiro é necessário entender como funciona o imposto sobre a herança no Brasil: como é feito o seu cálculo, qual a base de cálculo e alíquota, e quais as isenções existentes.

1.1 **Como funciona o imposto sobre a herança no Brasil?**

No Brasil os impostos sobre herança e sobre doação são denominados pela sigla ITCMD, que corresponde ao termo Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e de Doação.

Os parâmetros gerais do ITCMD estão na Constituição Federal. O inciso IV do §1° do artigo 155 define que as alíquotas máximas serão fixadas pelo Senado Federal,[983] o que se faz por meio da

---

[975] ALVARENGA, Darlan. Imposto sobre herança deveria ser maior no Brasil, diz Piketty. **G1**, São Paulo, 26 nov. 2014. Economia. Disponível em: <http://http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/11/imposto-sobre-heranca-deveria-ser-maior-no-brasil-diz-piketty.html>. Acesso em: 23 jul. 2015.

[976] USP. **Autor de best-seller, Piketty critica aumento da desigualdade**. FEA. Disponível em: <https://www.fea.usp.br/fea/noticias/autor-de-best-seller-piketty-critica-aumento-da-desigualdade>. Acesso em: 23 jul. 2015.

[977] FES; Forum21; Plataforma Política Social; GT de Macro SEP. **Austeridade e retrocesso**: Finanças públicas e política fiscal no Brasil. São Paulo, 2016. Disponível em <http://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/Austeridade-e-Retrocesso.pdf>. Acesso em: 1° nov. 2016.

[978] LIMA, Bianca Pinto. Famílias antecipam sucessão para escapar de possível alta de impostos. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 27 jul. 2015. Economia. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/suas-contas,familias-antecipam-sucessao-para-escapar-de-possivel-alta-de-imposto,1732407>. Acesso em: 13 nov. 2015.

[979] CALEIRO, João Pedro. Brasil é mais desigual do que se imaginava, diz pesquisador. **Exame.com**, São Paulo, 11 mar. 2016. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/economia/brasil-e-mais-desigual-do-que-se-imaginava-diz-pesquisador>. Acesso em: 13 nov. 2016.

[980] RUSCH, Aluizio Porcaro. O acúmulo intergeracional de riqueza e tributação de heranças e doações no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 17, n. 113, p. 547-578, 2016.

[981] ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED. **Brasil tem uma das menores alíquotas para tributar heranças e doações**. Disponível em: <http://www.ey.com/BR/pt/Services/Release_Brasil_Menores_Aliquotas_Heranca>. Acesso em: 02 mai. 2015.

[982] Idem.

[983] BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal:

Resolução nº 9 de 1992.[984] Esta Resolução dispõe que a alíquota máxima do imposto é de 8% do valor dos bens. Importante notar que a referida resolução não define uma alíquota mínima.

Aos Estados e ao Distrito Federal (unidades federativas do Brasil) competem determinar qual é a alíquota aplicável em seu território, sempre respeitando o limite máximo de 8%. Como não há um piso, nada impede que alguma unidade federativa estabeleça alíquota zero para o ITCMD. A seguir constam as alíquotas praticadas por cada unidade federativa brasileira no dia 31 de dezembro de 2015:

Tabela 1 - Alíquota ITCMD por Estado – Dez/2015

Unidade Federativa	Alíquota
Amazonas[985]	2%
Rio Grande do Norte[986]	3%

Centro Gráfico, 1988.

[984] FEDERAL, Senado. Resolução n 9. **Estabelece alíquota máxima para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de que trata a alínea a, inciso l, e § 1º, inciso IV do art. 155 da Constituição Federal**, 1992.

[985] AMAZONAS. Código Tributário do Estado do Amazonas. **Institui o Código Tributário do Estado do Amazonas e dá outras providências**. Disponível em: <http://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Estadual/Lei%20Complementar%20Estadual/Ano%201997/Arquivo/LCE%20019%2097.htm>. Acesso: 25 mai. 2016.

[986] RIO GRANDE DO NORTE. Lei Estadual n° 5.887/89. **Institui o Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens e Direitos - ITCD e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.set.rn.gov.br/content/aplicacao/set_v2/legislacao/instrumentos/leis/itcd/lei_5887-89-historica_ate_lei_9993-15.doc>. Acesso em: 25 mai. 2016.

Acre[987], Alagoas[988], Amapá[989], Distrito Federal[990], Espírito Santo[991], Maranhão[992], Mato Grosso do Sul[993], Pará[994], Paraíba[995],	4%

[987] ACRE. Lei Complementar Estadual n° 271/13**. Dispõe sobre o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD**. Disponível em: < http://www.sefaz.ac.gov.br/wps/wcm/connect/530c818042a10a5eb31bf39658464d29/LC+271+2013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=530c818042a10a5eb31bf39658464d29>. Acesso em: 25 mai. 2016.

[988] ALAGOAS. Decreto n° 10.306/2011. **Aprova o regulamento do imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos - ITC, de que tratam os arts. 162 a 183 da Lei n° 5.077, de 12 de junho de 1989.** Disponível em: <http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/decretos/2011/02/decreto-10.306/at_download/file>. Acesso em 26 mai. 2016.

[989] AMAPÁ. Lei n° 0400/97. **Dispõe sobre a consolidação e alterações, dando nova redação ao Código Tributário do Estado do Amapá, Lei n.º 0194, de 29 de dezembro de 1994.** Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/ver_texto_consolidado.php?iddocumento=10488>. Acesso em: 26 mai. 2016.

[990] DISTRITO FEDERAL. Lei n° 3.804/06. **Dispõe quanto ao Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.fazenda.df.gov.br%2Faplicacoes%2Flegislacao%2Flegislacao%2FTelaSaidaDocumento.cfm%3FtxtNumero%3D3804%26txtAno%3D2006%26txtTipo%3D5%26txtParte%3D.&usg=AFQjCNE8N9ahhTRUmkzN6QlM8m0EK1SBAw&sig2=pS9zclo5m0X3vTR83oquwA>. Acesso em: 26 mai. 2016.

[991] ESPÍRITO SANTO. Lei n° 10.011/13. **Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD)**. Disponível em: <http://www.sefaz.es.gov.br/LegislacaoOnline/lpext.dll/InfobaseLegislacaoOnline/leis/2013/lei%2010.011.htm> . Acesso em: 26 mai. 2016.

[992] MARANHÃO. Lei n° 7.799/02. **Dispõe sobre o Sistema Tributário do Estado do Maranhão.** Disponível em: <http://www.stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=4324>. Acesso em: 26 mai. 2016.

[993] MATO GROSSO DO SUL. Lei n° 1.810/97. **Dispõe sobre os tributos de competência do Estado e dá outras providências**. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/serc/legato.nsf/23b657614c182061042579c80053770d/9b9e5fd2565751de042579cf004d33a6?OpenDocument>. Acesso em: 26 mai. 2016.

[994] PARÁ. Lei n° 5.529/89. **Estabelece normas à cobrança do Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e Doação e quaisquer bens ou direitos**. Disponível em: <http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/lei/lp1989_05529.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2016.

[995] PARAÍBA. Lei n° 5.123/89. **Institui o Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, e dá outras providências**. Disponível em: <http://legisla.receita.pb.gov.br/LEGISLACAO/LEIS-ESTADUAIS/ITCD/LEI-5123-89/LEI-5123-89_512389.html>. Acesso em: 27 mai. 2016.

Paraná[996], Piauí[997], Rio de Janeiro[998], Rio Grande do Sul[999], Roraima[1000], São Paulo[1001], Sergipe[1002]	
Minas Gerais[1003], Pernambuco[1004]	5%
Bahia[1005]	4% - de R$ 100 mil até 200 mil 6% - acima de R$ 200 mil até 300 mil 8% - acima de R$ 300 mil
Ceará[1006]	2% - até R$ 16.695,00 4% - acima de R$ 16.695,00 até 50.085,00

[996] PARANÁ. Lei n° 8.927/88. **Dispõe sobre o imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos – ITCMD, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibirImpressao&codAto=11106>. Acesso em: 27 mai. 2016.

[997] PIAUÍ. Lei n° 6.043/10. **Altera a Lei n° 4.261, de 1° de fevereiro de 1989, que disciplina o Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens e Direito – ITCMD**. Disponível em: <http://servleg.al.pi.gov.br:9080/ALEPI/sapl_documentos/norma_juridica/603_texto_integral>. Acesso em: 27 mai. 2016.

[998] RIO DE JANEIRO. Lei n° 1.427/89. **Institui o Imposto Sobre Transmissão "Causa Mortis" e Por Doação, De Quaisquer Bens ou Direitos.** Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/541098e046aa07b7032565540066df22>. Acesso em: 27 mai. 2016.

[999] RIO GRANDE SO SUL. Lei n° 8.821/89. **Institui o Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e Doação, de quaisquer bens ou direitos.** Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2008.821.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2017.

[1000] RORAIMA. Lei n° 59/93. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Estadual e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.sefaz.rr.gov.br/legislacao/02%20-%20LEGISLACAO%20ESTADUAL/06%20-%20LEIS/LEIS%20ORDIN%C3%81RIAS/1993/Lei%20n%C2%BA%20059%20de%2028.12.93%20-%20Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Sistema%20Tribut%C3%A1rio%20Estadual%20.doc>. Acesso em: 27 mai. 2016.

[1001] SÃO PAULO. Lei n° 10.992/01. **Altera a Lei n. 10.705, de 28 de dezembro de 2000, que dispõe sobre o Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e doação de quaisquer bens ou direitos**. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10992-21.12.2001.html>. Acesso em: 27 mai. 2016.

[1002] SERGIPE. Lei n° 7.724/13. **Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD, e dá outras providências.** Disponível em: <http://legislacao.sefaz.se.gov.br/legisinternet.dll/Infobase3/12-itcmd/lei7724-13.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

[1003] MINAS GERAIS. Lei n° 14.941/03. **Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD.** Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/l14941_2003.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

[1004] PERNAMBUCO. Lei n° 13.794/09. **Dispõe sobre a legislação tributária do Estado relativa ao Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ICD.** Disponível em: <https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/Legislacao/Leis_Tributarias/2009/Lei13974_2009.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

[1005] BAHIA. Lei n° 12.609/12. **Altera a Lei nº 4.826, de 27 de janeiro de 1989, que dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão "CAUSA MORTIS" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITD), Lei nº 11.631, de 30 de dezembro de 2009, que dispõe sobre as taxas estaduais no âmbito do Poder Executivo Estadual e a Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o ICMS.** Disponível em: <http://www.sefaz.ba.gov.br/contribuinte/tributacao/legest_2012_12609.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2016.

[1006] CEARÁ. Lei n° 13.417/03. **Dispõe acerca do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.sefaz.ce.gov.br/Content/aplicacao/internet/itcd/gerados/legislacao.asp>. Acesso em: 27 mai. 2016.

	6% - acima de R$ 50.085,00 até 133.560,00 8% - acima de R$ 133.560,00
Goiás[1007]	2% - até R$ 25 mil 3% - acima de R$ 25 mil e abaixo de 110 mil 4% - igual ou superior à R$ 110 mil
Mato Grosso[1008]	2% - acima de R$ 54.490,00 até 245.205,00 4% - acima de R$ 245.205,00
Rondônia[1009]	2% - igual ou inferior a R$ 69.037,50 3% - entre R$ 69.037,50 e 340.707,40 4% - igual ou superior a R$ 340.707,40
Santa Catarina[1010]	1% - igual ou inferior a R$ 20 mil 3% - sobre a parcela que exceder a R$ 20 mil 5% - sobre a parcela que exceder a R$ 50 mil 7% - sobre a parcela que exceder R$ 170 mil 8% - nos casos em que o sucessor for parente colateral, herdeiro testamentário ou legatário sem relação de parentesco com o *de cujus*.
Tocantins[1011]	2% - igual ou inferior a R$ 20 mil 3% - superior a R$ 20 mil até 100 mil 4% - superior a R$ 100 mil

[1007] GOIÁS. Lei n° 11.651/91. **Institui o Código Tributário do Estado de Goiás**. Disponível em: <ftp://ftp.sefaz.go.gov.br/sefazgo/legislacao/Cte/CTE.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.
[1008] MATO GROSSO. Lei n° 7.850/02. **Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de quaisquer Bens e Direitos – ITCD.** Disponível em: <http://app1.sefaz.mt.gov.br/0325677500623408/07FA81BED2760C6B84256710004D3940/375B8C284530106704256C9500491DF8>. Acesso em: 27 mai. 2016.
[1009] RONDÔNIA. Lei n° 959/00. **Institui o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD.** Disponível em: <https://www.sefin.ro.gov.br/portalsefin/anexos/898.5420925108996L00_959_ITCD.PDF>. Acesso em: 27 mai. 2016.
[1010] SANTA CATARINA. Lei n° 13.136/04. **Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD.** Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2004/lei_04_13136.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.
[1011] TOCANTINS. Lei n° 1.287/01. **Dispõe sobre o Código Tributário do Estado do Tocantins, e adota outras providências**. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/joomlatools-files/docman-files/arquivos/funjuris/lei_de_taxa_judiciaria.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2016.

Cada unidade federativa também tem o poder de conceder isenções. As isenções existentes são variadas e com detalhes definidos a critério de cada unidade, o que necessitaria de um estudo específico apenas para descrevê-las. Entretanto, a maioria das isenções normalmente ou delimita valores mínimos do espólio passível de tributação e/ou beneficia o único imóvel familiar destinado à residência do *de cujus* e/ou dos herdeiros.

Para o presente estudo, importante demonstrar essas duas isenções, dada ao espólio e ao imóvel de residência a ser herdado – o que será feito por meio de duas tabelas. Para tornar possível a análise, é necessário estabelecer um denominador comum às isenções a serem comparadas – tendo em vista as diversas regras existentes. No caso da isenção geral dada ao patrimônio, não se deve considerar a natureza do patrimônio (móvel, imóvel, direito etc.), além de considerar que o *de cujus* faleceu em 31 de dezembro de 2015 e deixou um único filho (herdeiro). Segue abaixo a tabela demonstrando as isenções concedidas ao patrimônio deixado para herança, sem levar em conta a natureza do patrimônio:

Tabela 2 - Isenção patrimonial do ITCMD por Estado – Dez/2015

Unidade Federativa	Isenção até o valor de
AP	R$ 39.340,00[1012]
BA	R$ 100.000,00
CE	R$ 10.017,00
DF	R$ 85.958,90
GO	R$ 1.500,00
MA	R$ 23.168,00
MT	R$ 59.565,00
PE	R$ 5.000,00
PI	R$ 2.710,00
RJ	R$ 13.559,50
RO	R$ 3.424,26
RR	R$ 14.292,00
SC	R$ 2.000,00
SE	R$ 7.120,00
TO	R$ 1.000,00

Das 27 unidades federativas, 15 concederam isenções ao patrimônio a ser herdado no ano de 2015, sendo que o Estado da Bahia foi a que ofereceu a maior isenção – até o valor de R$ 100 mil.

[1012] SECRETARIA DE FAZENDA DO ESTADO DO AMAPÁ. **Tabela de atualização**. Disponível em: <https://www.sefaz.ap.gov.br/index.php/component/content/article/58-arrecadacao-do-estado/282-tabela-de-atualizacao>. Acesso em: 03 mai. 2016. - Resultado obtido do cálculo de correção disponível no sítio.

Por sua vez, segue abaixo tabela demonstrando as isenções existentes quando o bem a ser inventariado é o único imóvel urbano, edificado, destinado à moradia do filho herdeiro que não possui outro imóvel:

Tabela 3 - Isenção do ITCMD por Estado – Dez/2015

Unidade Federativa	Isenção até o valor de
AC	R$ 203.400,00
AM	R$ 100.000,00
BA	R$ 170.000,00
CE	R$ 66.780,00
ES	R$ 537.420,00
GO	R$ 25.000,00
MA	R$ 23.168,00
MS	100% se for imóvel popular
MG	R$ 108.916,00
PA, PB, PR, PE, RN, RS	100%
PI	R$ 40.650,00
RO	R$ 69.037,50
SC	R$ 20.000,00
SP	R$ 106.250,00
TO	R$ 25.000,00

No ano de 2015, das 27 unidades federativas, 19 concederam algum tipo de isenção para a sucessão de imóvel familiar urbano, visando preservar a moradia e a manutenção do herdeiro que já residia naquele bem ou que não possui imóvel em seu nome.

Algumas unidades, como a Bahia, ofereceram tanto a isenção patrimonial quanto uma mais benéfica para o imóvel urbano familiar. Em contrapartida, Alagoas concedeu isenção apenas aos "legados de peças e de obras de arte a museus e instituições de fins culturais, situados neste Estado".[1013]

Assim, no Brasil, a Constituição Federal define que o imposto sobre a herança pode ser cobrado; o Senado determina qual a alíquota máxima que os Estados e Distrito Federal podem cobrar, e estes últimos estipulam a porcentagem da alíquota que acham convenientes em suas regiões, assim como determinam as isenções cabíveis.

[1013]ALAGOAS. Lei n° 5.077 de 12 de junho de 1.989. **Institui o Código Tributário do Estado de Alagoas**. Disponível em: <http://tol.sefaz.al.gov.br/tol/modules/documentos/retornaDocumentoLink.jsp?NUM_DOCUMENTO=5077&NUM_ANO_DOCUMENTO=1989&COD_TIPDOC=LEI&COD_SETOR=>. Acesso em: 27 mai. 2016.

1.2 As tentativas do poder legislativo brasileiro em aumentar a tributação sobre a herança

Após a crise de 2008, e com a constatação de que o Brasil poderia enfrentar uma crise econômica, aumentar a tributação sobre a herança pareceu uma resposta simples para tentar solucionar o problema da diminuição da arrecadação. Surgiram, assim, duas propostas de emendas constitucionais e 12 projetos de lei visando aumentar a arrecadação dos Estados e da União por meio da tributação da herança.

O ponto principal da fundamentação dos que defendem a majoração do imposto sobre a herança tem como base o *release* publicado no sítio da internet da Ernst & Young no Brasil. Este *release* buscou comparar as alíquotas do imposto praticadas em diversos países[1014].

A conclusão do *release* é de que o Brasil, por ter uma das menores alíquotas na cobrança do imposto, teria uma menor tributação.

Tendo esta premissa como base, o Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), vice-líder do Governo na Câmara dos Deputados em 2015, apresentou a PEC nº 60/2015, objetivando (i) a fixação de uma nova alíquota máxima e de uma mínima, (ii) a instituição de regras mais duras para a concessão da isenção, (iii) a uniformização nacional das isenções concedidas e, segundo as palavras publicadas em seu próprio perfil no *facebook*, "cobrar mais de quem tem mais para aliviar o trabalhador".[1015]

Na própria justificação da PEC, está expresso que o Brasil tem uma das menores alíquotas do mundo para a tributação da herança, o que avalizaria o seu aumento. Eis o teor da justificação:

> Um estudo desenvolvido pela empresa Ernst & Young Global Limited, publicado em 2014, evidencia que o Brasil é um dos países com menor incidência tributária sobre heranças e doações do mundo, entre aqueles que adotam esse modelo de tributação patrimonial. A Resolução do Senado Federal nº 09/1992, estabelece uma alíquota máxima de 8% para o Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação. Apenas os estados da Bahia, Ceará e Santa Catarina adotam esta alíquota. A alíquota média praticada no Brasil é de 3,86%. No Chile a alíquota média é de 13% para heranças e 18% para doações. Na França, respectivamente, 32,5% e 25,0%; na Inglaterra 40,0% e 30,0%; no Japão a alíquota média para heranças e doações é de 30% e nos Estados Unidos 29,0%[1016].

A PEC nº 60/2015 também quer dar ao Senado o poder de estabelecer alíquotas mínimas, alterando o teor do inciso IV do artigo 155 da Constituição Federal. As isenções não serão mais concedidas pelos Estados, mas previstas em lei complementar, que definirá regras uniformes para todas as unidades federativas.

Paralelamente, o Senador Fernando Bezerra Coelho, do PSB, apresentou a PEC n° 96/15, que visa instituir um adicional sobre o ITCMD, destinando a sua arrecadação ao financiamento da política de desenvolvimento regional. Em resumo, o objetivo desta PEC é criar um imposto sobre

---

[1014] ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED. Brasil tem uma das menores alíquotas para tributar heranças e doações. Disponível em: <http://www.ey.com/BR/pt/Services/Release_Brasil_Menores_Aliquotas_Heranca>. Acesso em: 02 mai. 2015.

[1015] TEIXEIRA, Paulo. **Equilíbrio tributário**. Facebook. Disponível em: <https://www.facebook.com/DeputadoPauloTeixeira/photos/a.396715610372500.89447.123368671040530/1012991848744870>. Acesso em: 02 fev. 2015.

[1016] BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n° 60, de 2015, **objetiva dispor sobre o Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1299828>. Acesso em: 02 fev. 2015.

grandes heranças, de competência da União, visando incidir no patrimônio herdado que tenha grande valor financeiro. A justificação da PEC n° 96 explicita que:

> Atualmente, as grandes fortunas transmitidas sofrem incidência de alíquotas bastante inferiores às praticadas no restante do mundo. Somente a título de comparação, as alíquotas desse imposto, no Reino Unido, vão de 0 a 40%; nos Estados Unidos, de 0 a 60%, na França, de 5% a 60%, na Itália, de 3% a 27%, e na Alemanha, de 0 a 70%.

A diferença entre a PEC n° 96 e a de n° 60 é que aquela instituirá um novo imposto, chamado Imposto sobre Grandes Heranças e Doações, tributando a transmissão *causa mortis* e a doação de bens e direitos de valor elevado. Em síntese, visa tributar apenas a transmissão patrimonial que for considerada como de grande valor. Porém, ambas apresentam em suas justificações que a herança no Brasil é pouco tributada em comparação a países mais desenvolvidos.

No mesmo sentido da PEC n° 96, o PLS n° 300/2016 (Projeto de Lei do Senado) tenta fazer incidir o imposto de renda sobre os bens adquiridos por herança, quando os valores forem considerados altos. Mais especificamente, a PLS tenta alterar o inciso XVI do artigo 6° da Lei n° 7.713/1988, cujo teor é:

> Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:
>
> XVI - o valor dos bens adquiridos por doação ou herança.

O novo texto proposto pela PLS n° 300 para o referido dispositivo pretende a retirada da isenção do imposto de renda para valores acima de R$ 5 milhões:

> Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:
>
> XVI - valor dos bens ou direitos adquiridos:
>
> a) por herança e pelas doações em adiantamento da legítima, até o limite de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), a cada dois anos-calendário subsequentes.

O PLS estabelece alíquotas progressivas de 9,5%, 14,5% e 19,5% sobre a totalidade dos bens e direitos adquiridos por herança.

Na sua justificação, é utilizado como motivo o princípio da capacidade contributiva como meio de corrigir a má distribuição da carga tributária. Mais especificamente, a justificação textualmente afirma: "Diversos estudos apontam que os mais pobres são mais penalizados pela carga tributária do que a parcela que possui ganhos mais altos". E ainda:

> Com efeito, é imperativa a adoção de medidas que permitam instituir uma maior progressividade do sistema tributário nacional, de modo que os contribuintes de maior renda paguem proporcionalmente mais impostos, fazendo valer os comandos constitucionais.

Assim, o PLS, ao propor incidência de imposto de renda sobre a herança que tenha valor maior que R$ 5 milhões, pretende corrigir distorções do sistema tributário, fazendo com que os ricos (*sic*) paguem proporcionalmente a mesma quantidade de impostos que os pobres (*sic*).

Além disso, há o PLP n° 277/2008 (Projeto de Lei Complementar), proposto pela Deputada Luciana Genro – PSOL, que tem como objetivo instituir o Imposto Sobre Grandes Fortunas – IGF, regulamentando o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal.

Apesar de o foco ser a instituição de um outro tributo, este projeto também tributa a herança, pois qualifica o espólio e o herdeiro como seu contribuinte. O fato gerador do IGF é "a titularidade,

em 1º de janeiro de cada ano, de fortuna em valor superior a R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), expressos em moeda de poder aquisitivo de 1º de janeiro de 2009".[1017]

A herança, entendida como a soma dos bens recebidos pelo herdeiro ou legatário, seria considerada para a base de cálculo do IGF. A referida tributação teria alíquota progressiva de 1 a 5% do valor do patrimônio, conforme tabela abaixo:

Tabela 4 - Tributação do IGF pela PLP n° 277/2008

Classe de Valor de patrimônio (em R$)	Alíquota
Até 2.000.000,00	Isento
De 2.000.000,01 a 5.000.000,00	1%
De 5.000.000,01 a 10.000.000,00	2%
De 10.000.000,01 a 20.000.000,00	3%
De 20.000.000,01 a 50.000.000,00	4%
Mais de 50.000.000,00	5%

A importância desse projeto é que, após a crise de 2008, dez outros projetos de texto quase idênticos à PLP 277/2008 foram propostos, a saber: PLP 26/2011; PLP 62/2011; PLP 130/2012; PLP 48/2011; PLP 2/2015; PLP 6/2015; PLP 10/2015; PLP 11/2015; PLP 281/2016; PLP 294/2016. Em todos, se o valor da herança extrapolar um limite determinado em lei, incidirá o IGF, tendo como contribuinte o espólio ou o beneficiário.

Na justificação, igualmente parecida em todos os projetos, explica-se que o objetivo do IGF é aumentar a tributação sobre as camadas mais ricas da população, que possuem maior capacidade contributiva, o que diminuiria a concentração de riqueza.[1018]

1.3. A diferença entre alíquota e valor tributado

A divulgação do *release* da Ernst & Young Consultoria possui o título "Brasil tem uma das menores alíquotas para tributar heranças e doações".[1019]

O *release* apresenta uma tabela comparando a alíquota média e máxima do imposto sobre a herança entre 18 países, que aqui é reproduzida:

[1017] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 277, de 2008, **objetiva regulamentar o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas)**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=547712&filename=PLP+277/2008>. Acesso em 03 fev. 2015.

[1018] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 277, de 2008, **objetiva regulamentar o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas)**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=547712&filename=PLP+277/2008>. Acesso em: 03 fev. 2015.

[1019] ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED. **Brasil tem uma das menores alíquotas para tributar heranças e doações**. Disponível em: <http://www.ey.com/BR/pt/Services/Release_Brasil_Menores_Aliquotas_Heranca>. Acesso em: 02 mai. 2015.

Tabela 5 - Levantamento da EY Consultoria

País	Imposto sobre Herança	
	Médio	**Máximo**
Brasil	3,86%	8,00%
EUA	29,00%	40,00%
Alemanha	28,50%	50,00%
Austrália	0,00%	0,00%
Canadá	0,00%	0,00%
Chile	13,00%	25,00%
China	0,00%	0,00%
França	32,50%	60,00%
Índia	0,00%	0,00%
Inglaterra	40,00%	40,00%
Itália	6,00%	8,00%
Japão	30,00%	50,00%
Luxemburgo	24,00%	48,00%
México	0,00%	0,00%
Noruega	0,00%	0,00%
Rússia	0,00%	0,00%
Suécia	0,00%	0,00%
Suíça	25,00%	50,00%

Por fim, o *release* chega à conclusão que o Brasil "é um dos países que menos tributa heranças e doações no mundo". Há, contudo, um erro essencial na pesquisa em questão, grave a ponto de invalidar completamente as conclusões obtidas. Confunde-se, na publicação, o conceito de alíquota com o de valor a se pagar em razão de um tributo.

O valor a se pagar é, no Brasil, o resultado matemático da incidência de uma alíquota sobre uma base de cálculo (alíquota x base de cálculo = valor a se pagar). Em outras palavras, valor a se pagar é efetivamente o valor em dinheiro que será entregue ao Estado, enquanto a alíquota nada mais é do que a porcentagem de imposto que será cobrada sobre um determinado valor do patrimônio. O valor sobre qual incidirá a alíquota é chamado de base de cálculo. Se o beneficiário de uma herança recebeu um imóvel em São Paulo no valor de R$ 100 mil, em 2015, a alíquota de 4% de ITCMD sobre este valor resultará em uma quantia a ser paga de R$ 4 mil. Dessa forma, a alíquota é apenas uma das variáveis necessárias para se determinar o valor do tributo a se pagar. Não é a única.

Base de cálculo, como já explicado, é o valor no qual vai incidir a alíquota[1020]. A base de cálculo, em qualquer país, deve ser especificada pela sua legislação. No caso do ITCMD, no Brasil, a base de cálculo é considerada como o valor venal do bem, ou o valor de mercado do bem, ou o

[1020] MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 142 e 143.

declarado no inventário. Na prática, é o valor que os Estados e o Distrito Federal estabelecerem (algumas unidades federativas têm tabelas determinando os valores de base cálculo para bens imóveis).[1021] Se o bem a ser transmitido vale R$ 100 mil, então esta é a base de cálculo do ITCMD.

A legislação de um país pode definir que a base de cálculo é o valor total ou o parcial do patrimônio a ser herdado. Assim, se a Lei de um país dispor que a base de cálculo do imposto sobre herança é de 50% do patrimônio a ser herdado, então a alíquota incidirá somente sobre 50% do valor deste patrimônio – o que, para o contribuinte, pode ser mais barato do que incidir sobre todo o seu valor (100%).

No exemplo já citado, se um herdeiro receber R$ 100 mil, e a legislação de um país determinar que a base de cálculo é de 50% do valor do bem, a alíquota incidirá somente sobre R$ 50 mil.

Assim, fica claro o primeiro e maior problema da publicação do *release* da EY Consultoria e das justificações das PECs n° 60/2015 e 96/2015: não adianta comparar tão somente as porcentagens das alíquotas de diversos países, sem antes saber qual a base de cálculo determinada pela legislação de cada Estado. Alegar que a alíquota de um país é de 4% e de outro é de 40%, sem demonstrar qual a base de cálculo determinada pela legislação nacional, não indica qual dos dois países tem a maior tributação. Aplicar uma alíquota de 4% sobre uma base de cálculo de R$ 1 milhão, resultará em um valor muito maior do que a aplicação de 40% sobre R$ 10 mil.

Portanto, as justificações das PECs n° 60/2015 e 96/2016, assim como a divulgação brasileira do estudo da EY Consultoria, não apontam qual a base de cálculo utilizada pelos países listados, não sendo possível concluir qual tem a maior tributação sobre a herança.

Necessário, assim, analisar como os outros países cobram esse tipo de tributação.

1.4 Como os outros países cobram o tributo sobre a herança

A justificação da PEC n° 60/2015 compara as alíquotas praticadas no Brasil e as dos seguintes países:

1 - Estados Unidos: 29,0%.

2 - Inglaterra: 40,0%;

3 - França: 32,5%;

4 - Japão: alíquota média de 30%.

A PEC n° 96/2015 é mais detalhista, relacionando os seguintes países com suas alíquotas mínimas e máximas:

1 – Estados Unidos: 0 a 60%;

2 – Reino Unido: 0 a 40%;

3 – França: 5 a 60%;

[1021] BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

4 – Itália: 3 a 27%;

5 – Alemanha: 0 a 70%.

A comparação trazida pelas PECs tem o fim de demonstrar que estas alíquotas são maiores que as praticadas no Brasil, levando a crer que em solo brasileiro se tributa menos a herança. Mas será esta a verdade?

Como já observado, a justificação das PECs ignora qual é a base de cálculo utilizada por aqueles países. Consequentemente, desconsidera que os sistemas de tributação da herança do Brasil e dos outros países são diferentes.

Para se verificar qual o real valor a ser tributado do contribuinte, existem fatores, além da base de cálculo, que devem ser considerados ao se calcular um tributo, como, por exemplo, isenções, abatimentos e hipóteses de incidência.

Estados Unidos

Nos Estados Unidos, no qual a justificação da PEC nº 60/2015 aponta como tendo a alíquota de 29% e a da PEC n° 96/2015 dispõe como mínima de 0 e máxima de 60%, há dois tipos de tributação *causa mortis*: uma de âmbito federal e outra estadual[1022].

O tributo cobrado no âmbito federal é o mesmo pretendido pela PEC n° 96/2015, incidindo sobre grandes heranças. O governo federal dos Estados Unidos, no ano de 2015, tributava apenas as heranças com valores excedentes a U$ 5,43 milhões.[1023] A alíquota do tributo federal depende do valor da base de cálculo, variando de 18% até o máximo de 40% conforme a tabela apresentada na sequência.[1024]

Tabela 6 - Tributação Federal da Herança nos EUA – Dez/2015

Base de cálculo (em dólar americano)	Alíquota
Até 10 mil	18%
De 10 mil a 20 mil	20%
De 20 mil a 40 mil	22%
De 40 mil a 60 mil	24%
De 60 mil a 80 mil	26%
De 80 mil a 100 mil	28%
De 100 mil a 150 mil	30%
De 150 mil a 250 mil	32%

[1022] INTERNAL REVENUE SERVICE OF UNITED STATES OF AMERICA. **Estate tax**. Disponível em:<https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/estate-tax>. Data de acesso: 17 jun. 2016.
[1023] DEPARTMENT OF THE TREASURY OF UNITED STATES OF AMERICA. **Instructions for Form 706** (rev. August 2015): United States Estate (and Generation-Skipping Transfer) Tax Return. Disponível em:<https://www.irs.gov/pub/irs-prior/i706--2015.pdf >. Data de acesso: 17 jun. 2016. P.1.
[1024] DEPARTMENT OF THE TREASURY OF UNITED STATES OF AMERICA. **Instructions for Form 706** (rev. August 2015): United States Estate (and Generation-Skipping Transfer) Tax Return. Disponível em:<https://www.irs.gov/pub/irs-prior/i706--2015.pdf >. Data de acesso: 17 jun. 2016. P.6.

De 250 mil a 500 mil	34%
De 500 mil a 750 mil	37%
De 750 mil a 1 milhão	39%
Acima de 1 milhão	40%

Embora pareça, a tributação federal nos Estados Unidos não é progressiva. Na Tabela 6, se a base de cálculo for superior a U$ 1 milhão, incidirá a alíquota de 40% de forma única. Em termos claros, se o valor a ser herdado for de U$ 5,432 milhões, incidirá a alíquota de 40% sobre os U$ 2 milhões excedentes.[1025]

Quanto aos Estados, no ano de 2015, 19 cobraram o imposto estadual sobre a herança, além da capital do país, Washington D.C.[1026] 31 Estados não tributaram a transferência *causa mortis*[1027] em 2015.

Apenas para visualização, o Estado de Nova Iorque tem uma isenção a valores menores que U$ 3,125 milhões, para quem faleceu em dezembro de 2015,[1028] com uma alíquota mínima de 3,06% e uma máxima de 16%.[1029]

O Estado da Flórida não tributa a herança desde 2005, incidindo somente a tributação federal, quando for caso.

Reino Unido (Inglaterra)

Em outro exemplo trazido pela PEC nº 60/2015, no Reino Unido, o imposto sobre herança incide sobre os valores acima de £ 325 mil (limite legalmente estabelecido para o período entre 6 de abril de 2009 e 05 de abril de 2017).[1030] Assim como nos Estados Unidos, valores abaixo do limite estão isentos.

A alíquota do imposto é de 40% sobre o que exceder o valor de £ 325 mil, e não sobre o valor total. Então, se o valor do patrimônio a ser herdado for de £ 326 mil, a alíquota incidirá apenas sobre o valor das £ 1 mil libras excedentes. Dessa forma, o valor a ser pago seria de £ 400,00: equivalente a 0,12% do patrimônio herdado, contra possíveis 8% no Brasil.

[1025] DEPARTMENT OF THE TREASURY OF UNITED STATES OF AMERICA. **Instructions for Form 706** (rev. August 2015): United States Estate (and Generation-Skipping Transfer) Tax Return. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-prior/i706--2015.pdf >. Acesso em: 17 jun. 2016. p. 02.
[1026] GARBER, Julie. **State Inheritance Tax Chart**: which states have an inheritance tax? Disponível em: <https://www.thebalance.com/state-inheritance-tax-chart-3505460>. Acesso em: 19 jul. 2016.
[1027] DRENKARD, Scott. BOREAN, Richard. **Does Your State Have an Estate or Inheritance Tax?** Disponível em:<https://taxfoundation.org/does-your-state-have-estate-or-inheritance-tax>. Acesso em: 19 jul. 2016.
[1028] DEPARTMENT OF TAXATION AND FINANCE OF NEW YORK STATE. **Estate tax**. Disponível em: <https://www.tax.ny.gov/pit/estate/etidx.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.
[1029] DEPARTMENT OF TAXATION AND FINANCE OF NEW YORK STATE. **New York State Estate Tax Return ET-706**: For an estate of an individual who died on or after April 1, 2016, and on or before March 31, 2017. Disponível em: <https://www.tax.ny.gov/pdf/current_forms/et/et706.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016. P.6.
[1030] UNITED KINGDOM GOVERMENT. **Inheritance Tax thresholds**. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/rates-and-allowances-inheritance-tax-thresholds/inheritance-tax-thresholds>. Acesso em: 23 jun. 2016.

Essa alíquota pode ser reduzida se 10% ou mais do patrimônio a ser herdado for deixado para caridade.[1031]

Se o valor total da herança for deixado para o cônjuge ou companheiro, para caridade, ou para clubes esportivos amadores comunitários,[1032] haverá 100% de isenção. Também, pode-se obter 100% de isenção sobre:[1033]

- Uma empresa ou distribuição de lucro de uma empresa;
- Cotas de uma empresa sem negociação em bolsa de valores.

E 50% de isenção sobre:

- Quantidade de ações que referentes a mais de 50% do direito de voto de uma empresa de capital aberto;
- Terras, prédios ou máquinas pertencentes ao *de cujus* e usados em um empreendimento da qual era sócio ou controlador;
- Terras, prédios ou máquinas usadas em um empreendimento ou mantidos por uma *trust* no qual a empresa é a beneficiária.

França

O terceiro país citado pela justificação da PEC nº 60/2015 também não dá suporte à argumentação de que o tributo no Brasil é necessariamente menor do que em outros países. Na França, as alíquotas e a base de cálculo são progressivas em função do parentesco.[1034]

Além disso, estão isentos de pagar a tributação sobre a herança (i) o cônjuge ou a cônjuge sobrevivente, (ii) o parceiro ou a parceira de uma união estável e (iii) os irmãos e irmãs, contanto que residentes sob o mesmo teto e que preencham certas condições, que serão expostas mais à frente.

O cálculo do valor efetivo a se pagar passa por três etapas. Primeiro, há um abatimento de cada quinhão a ser herdado, de acordo com o parentesco do beneficiário com o *de cujus*. Esse valor, abatido e fracionado, é a base de cálculo no qual incidirá a alíquota progressiva.

Quanto ao abatimento, se o herdeiro for parente em linha reta (ascendente ou descendente) do *de cujus*, há um abatimento de € 100 mil do valor de cada quinhão. Isso significa que, se o patrimônio deixado for de € 300 mil, e houver três filhos herdeiros a receber 1/3 do patrimônio cada (€ 100 mil), não haverá imposto a pagar.

No caso de os herdeiros serem irmãos do *de cujus*, poderá haver isenção se preencherem três condições:

[1031] UNITED KINGDOM GOVERMENT. **Inheritance Tax**. Disponível em: <https://www.gov.uk/inheritance-tax/overview>. Acesso em: 23 jun. 2016.
[1032] Idem.
[1033] UNITED KINGDOM GOVERMENT. **Business Relief for Inheritance Tax**. Disponível em: <https://www.gov.uk/business-relief-inheritance-tax/what-qualifies-for-business-relief>. Acesso em: 23 jun. 2016.
[1034] MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES DE RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Droits de succession: calcul et paiement. Disponível em: <http://www.impots.gouv.fr/portal/dgi/public/popup?espId=1&typePage=cpr02&docOid=documentstandard_364>. Acesso em: 24 jun. 2016.

1. ser celibatário, viúvo, divorciado ou separado no momento da morte;

2. ter mais de 50 anos de idade ou ser considerado legalmente incapacitado no momento do óbito;

3. ter vivido sob o mesmo teto com o *de cujus* por 5 anos antes da morte.

Se essas condições não forem preenchidas, o tributo por herança será devido, mas, mesmo assim, o quinhão de cada herdeiro será beneficiado com um abatimento de € 15.932,00. Caso os herdeiros sejam sobrinhos ou sobrinhas, o abatimento será de € 7.967,00 por quinhão.

Também há concessões no caso de herdeiros acometidos por uma enfermidade psíquica ou mental que lhes impeça de trabalhar em condições normais de rentabilidade, situação em que, além dos abatimentos já ocorridos em função do parentesco, haverá mais um abatimento no valor de € 159.325,00.

Outro abatimento de € 1.594,00 será aplicado em favor dos sucessores que não se beneficiaram de outro abatimento, como, por exemplo, por parentesco.

Concluindo, a base de cálculo só será conhecida após terem sido calculados todos os abatimentos previstos na legislação francesa. Após, deverá ser verificada, de acordo com o grau de parentesco e do valor a ser herdado, qual será a alíquota incidente.

A base de cálculo (valor do patrimônio, menos o abatimento) e alíquotas para a sucessão em linha direta são:

Tabela 7 - Tributação Federal da Herança na França – Dez/2015

Base de cálculo (valor em Euro)	Alíquota
Abaixo de € 8.072,00	5%
Entre € 8.072,00 e 12.109,00	10%
Entre € 12.109,00 e 15.932,00	15%
Entre € 15.932 e 552.324,00	20%
Entre € 552.324,00 e 902.838,00	30%
Entre € 902.838,00 e 1.805.677,00	40%
Superior à € 1.805.677,00	45%

Uma diferença importante entre a forma de cálculo da tributação na França está na incidência da alíquota sobre a base e cálculo. Em vez de existir uma alíquota única incidindo sobre todo o valor dos bens a serem tributados, cada alíquota da tabela corresponde apenas aos valores de sua incidência. Por exemplo, se o patrimônio, já com todos os abatimentos e isenções, é de € 8.100,00, conforme a tabela acima, incidirá 5% sobre o valor abaixo de € 8.072,00 (€ 8.071,99) e de 10% sobre o valor restante de € 28,00, resultando um valor de € 406,40 (€ 403,60 + € 2,80) a recolher. No mesmo exemplo, se o cálculo fosse por uma alíquota fixa, com base no último nível do valor da base de cálculo, o valor a ser recolhido seria de € 810,00; quase o dobro do valor real a ser recolhido.

Também há diferença na forma de tributação no caso dos irmãos ou irmãs do *de cujus*. Neste caso, a base de cálculo inferior ao valor de € 24.430,00 terá a incidência da alíquota de 35%. Se superior àquele valor, incidirá 45% de alíquota.

Nos demais casos, uma alíquota de 55% será aplicada sobre a base de cálculo para os herdeiros com parentesco até o 4° grau do *de cujus* e 60% para os acima deste grau e não parentes – de forma fixa.

Além dos abatimentos listados, há ainda abatimentos se o herdeiro tiver no mínimo três filhos, e também haverá desconto no imposto se o herdeiro optar pelo pagamento à vista em espécie.

Em comparação com Brasil, a França oferece bem mais benefícios para o pagamento dos tributos sobre a herança, tendo base de cálculo reduzida em função do parentesco e outras situações especificadas em lei. O Brasil, por outro lado, tem como base de cálculo o valor total do patrimônio a ser herdado.

Japão

O Japão também tem um sistema de cálculo do tributo sobre a herança diferente do Brasil, pois apresenta duas deduções legais na base de cálculo: uma dedução geral do patrimônio e mais outra dedução para cada herdeiro – este sistema de deduções é chamado de *Souzokuji Seisan Kazei.*[1035]

Para se encontrar o valor a ser tributado, deve-se primeiro subtrair os débitos relativos à propriedade adquirida por herança. Esses débitos devem ser inerentes ao patrimônio e/ou relativos às despesas funerárias. Posteriormente, é feita a dedução básica do valor até então calculado. Esta dedução básica, em 2015, era de ¥ 30milhões mais ¥ 6 milhões para cada herdeiro (¥ 30milhões + [¥ 6 milhões x número de herdeiros]). O resultado desta conta é dividido pelo número de quinhões, na forma da lei (esposa 50%, filhos 50%). Somente então se tem o valor da base de cálculo relativo a cada quinhão, na qual será aplicada a alíquota progressiva, conforme a Tabela 8:[1036] [1037]

Tabela 8 - Tributação Federal da Herança no Japão – Dez/2015

Base de cálculo (valor em Iene)	Alíquota
Até ¥ 10 milhões	10%
Entre ¥ 10 milhões e 30 milhões	15%
Entre ¥ 30 milhões e 50 milhões	20%
Entre ¥ 50 milhões e 100 milhões	30%
Entre ¥ 100 milhões e 200 milhões	40%
Entre ¥ 200 milhões e 300 milhões	45%
Entre ¥ 300 milhões e 600 milhões	50%
Acima de ¥ 600 milhões	55%

[1035] NAGASAWA TAX AND CONSULTING OFFICE. **Japanese inheritance and gifts taxes**. Disponível em: <https://www.tax1040nagasawa.com/en-jp-inherit.html>. Acesso em: 25 jun. 2016.
[1036] MINISTRY OF FINANCE OF JAPAN. **Calculation of Inheritance Tax**. Disponível em: <http://www.mof.go.jp/english/tax_policy/tax_system/japanese_tax_system_1998/zc001f04.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.
[1037] GLOBAL PROPERTY GUIDE. **Japan:** Inheritance tax and law. Disponível em: <http://www.globalpropertyguide.com/Asia/Japan/Inheritance>. Acesso em: 25 jun. 2016.

Por exemplo, se o pai ou a mãe de dois irmãos falece, deixando um patrimônio de ¥ 100 milhões, o equivalente a R$ 3.280.000,00 (iene a R$ 0,0328 em 31/12/2015), sem que haja qualquer débito a ser deduzido do valor a ser herdado, qual seria o valor a ser tributado?

Com a dedução básica de ¥ 42 milhões (¥ 30 milhões + [¥ 6 milhões x 2]), tem-se o valor de ¥ 58 milhões. Cada herdeiro (2 irmãos) terá direito a um quinhão bruto de ¥ 29 milhões (¥ 58 milhões dividido por dois), valor este correspondente à base de cálculo.

A alíquota no Japão é progressiva, sendo que nos valores de até ¥ 10 milhões, será aplicável uma alíquota de 10%, e até ¥ 30 milhões, 15%.

Então, o valor a ser pago como imposto sobre herança, no exemplo, é de ¥ 3.850.000,00 por cada herdeiro, equivalente a R$ 126.280,00. Nesta hipótese, em que não houve qualquer dedução de despesas, para um patrimônio de ¥ 100 milhões (R$ 3.280.000,00) deixado para dois herdeiros, o Japão arrecadaria ¥ 7.700.000,00, que é a soma do tributo pago por cada herdeiro, apresentando uma alíquota real do tributo de 7,7%.

Itália

Na Itália, o imposto sobre a herança somente é cobrado no valor do quinhão que exceder o montante de € 1 milhão para cônjuges e parentes em linha reta e € 100 mil para irmãos. Para os portadores de necessidades especiais, assim caracterizados pela legislação italiana,[1038] há uma isenção de € 1,5 milhões no valor herdado. Aos demais herdeiros, considera-se o valor total do patrimônio para o início do cálculo do imposto sobre a herança. Importante repetir que essa isenção não é sobre o valor total a ser herdado, mas sobre o valor do quinhão a ser recebido por herdeiro.

Há, também, tratamento diferenciado se o bem for móvel ou imóvel. No caso de bem imóvel, há duas maneiras de se calcular. Na primeira, utiliza-se o valor de mercado do imóvel como a base de cálculo e aplica-se a alíquota prevista em lei. Na segunda, a equação da base de cálculo é o valor imputado ao imóvel pelo governo (*rendita catastale*),[1039] aumentado em 5% (referente à possível valorização do imóvel) e, desse resultado, multiplicam-se os seguintes coeficientes, chamados de multiplicadores cadastrais:

- 110 para a primeira casa;
- 120 para os edifícios pertencentes às categorias cadastrais A e C;
- 140 para os edifícios do grupo B;
- 60 para A10 e fábricas da classe D;
- 40,8 para edifícios de categoria C1.

As alíquotas são determinadas de acordo com o grau de parentesco: 4% para cônjuges e filhos, 6% para irmãos e irmãs, 8% para demais parentes.

[1038] ITÁLIA. Legge 104, 18 de febbraio del 1992. **Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate**. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1992-02-17&atto.codiceRedazionale=092G0108&currentPage=1>. Acesso em: 27 jun. 2016.

[1039] ITÁLIA. Regio decreto-legge, 13 april del 1939, n. 652. **Accertamento generale dei fabbricati urbani, rivalutazione del relativo reddito e formazione del nuovo catasto edilizio urbano**. Disponível em: <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Aggiornare/Revisioni+parziali+del+classamento+per+microzone/Normative+e+prassi/regiod_l13041939_652/regio_decreto_652_1939.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

O fato é que a maioria dos italianos tem optado pela segunda maneira, para evitar possíveis autuações fiscais.[1040] No caso de alguns bens móveis, como dinheiro e joias, a base de cálculo é 10% do seu valor de mercado.

Dívidas podem ser deduzidas do espólio, assim como despesas médicas do *de cujus* e funeral, sendo que o último em valor não superior a € 1.032,91. Impostos pagos a um estado estrangeiro, em razão do falecimento, também são dedutíveis.[1041]

Estão isentos do imposto os valores decorrentes de todas as vendas de bens e direitos realizadas nos seis meses anteriores ao falecimento, assim como o valor dos bens adquiridos com tais montantes. Também estão isentos os automóveis e motocicletas do *de cujus* e os prêmios pagos em razão de seguro de vida.

Além disso, as participações em empresas herdadas por descendentes e cônjuge estão isentas do imposto, desde que estes venham a virar controladores destas com a sucessão. Essa isenção tem como justificativa ser uma forma de proteção ao negócio familiar.

Alemanha

Na Alemanha, o parentesco também define o cálculo do imposto. A legislação alemã divide os herdeiros em três categorias: (I) cônjuge e parentes em linha reta; (II) irmãos, sobrinhos e cunhados; (III) demais herdeiros.[1042]

Como os demais países europeus analisados, também há isenções para a qualidade do herdeiro: € 50 mil para cônjuges, € 400 mil para filhos, € 200 mil para netos e bisnetos e € 100 mil para demais parentes. Cônjuges e filhos com menos de 27 anos podem requerer mais isenções. Para demais beneficiários, a isenção é de € 20 mil. Em outras palavras, somente valores acima das isenções serão utilizados como base de cálculo.

Além disso, os herdeiros das Categorias I e II têm uma isenção adicional. Os herdeiros da Categoria I têm uma isenção de € 100 mil, os da Categoria II, € 20 mil.

As alíquotas variam de acordo com as categorias e o valor a ser herdado, da seguinte forma:

Tabela 9- Tributação sobre a herança na Alemanha - Dez/2015

VALOR	**ALÍQUOTA**		
Categoria	**I**	**II**	**III**
€ 75.000	7%	15%	30%
€ 300.000	11%	20%	30%
€ 600.000	15%	25%	30%
€ 6.000.000	19%	30%	30%

[1040] TASSE-FISCO. **Guida pratica fiscale alle successioni: come si calcola l'imposta**. Disponível em: <http://www.tasse-fisco.com/persone-fisiche/guida-pratica-successioni-calcolo-imposta-tasse/3982/>. Acesso em: 27 jun. 2016.
[1041] Idem.
[1042] SIEGWART GERMAN AMERICAN LAW INC. **German Tax Law: Estate Tax, Gift Tax, and Inheritance Tax in Germany**. Disponível em: <https://www.hg.org/article.asp?id=21353>. Acesso em: 27 jun. 2016.

€ 13.000.000	23%	35%	50%
€ 26.000.000	27%	40%	50%
Acima de € 26.000.000	30%	43%	50%

Em um exemplo prático, um filho que herda um imóvel de € 100 mil não pagará imposto. Quanto ao cálculo do tributo, diferentemente da França, a alíquota incide sobre o valor total da base de cálculo, ou seja, se o valor a ser recolhido por um filho está acima de € 26 mil, incidirá a alíquota de 30% sobre todo o montante. Existem cálculos para os casos em que o valor a ser tributado exceda por pouco o limite estabelecido, a fim de evitar a maior tributação simplesmente por conta de valor ínfimo, como por exemplo, ter que pagar 30% porque o patrimônio recebido foi de € 26.000.001,00, ao invés de pagar os 27%[1043] – tudo com a finalidade de deixar a incidência mais justa.

Comparando os sistemas tributários: um exemplo concreto

Com base nos dados da dinâmica dos sistemas tributários sobre a herança dos países em análise, é possível testar a premissa lançada nos projetos de lei e de emenda constitucional que pretendem aumentar o tributo sobre a herança, comparando qual país tributa mais os cidadãos de alta renda e qual tributa mais os de baixa renda.

Para tanto, faz-se a apreciação de três hipóteses: uma na qual o herdeiro tem direito a um patrimônio de baixo valor; outra em que o herdeiro receberá patrimônio deixado por cidadão de classe média (médio valor) e outra no qual o herdeiro receberá um grande patrimônio (alto valor).

Para uma análise comparativa, adotar-se-ão para as três hipóteses os seguintes parâmetros comuns:

> 1 – o herdeiro é filho único, homem, maior de idade;
>
> 2 – o fato gerador incidirá no dia 31/12/2015;
>
> 3 – a conversão das moedas estrangeiras para o real será a da cotação do dia 31/12/2015;
>
> 4 – para a tributação dos Estados Unidos serão consideradas as alíquotas Federais e as do Estado de Nova Iorque;
>
> 5 – para o Brasil, será considerado o ITCMD de São Paulo, com alíquota de 4%;[1044]
>
> 6 – será desconsiderada a natureza do bem deixado de herança, para evitar a incidência de isenções como, por exemplo, de veículos, conforme a legislação italiana.

[1043] ALEMANHA. **Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz**. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/erbstg_1974/__19.html-Erbschaftsteuer-und Schenkungsteuergesetz(ErbStG)§1 (3)Steuersätze>. Acesso em: 10 mar. 2017.

[1044] SÃO PAULO. Lei n° 10.705/2000. **Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD**. Disponível em: <http://www.fazenda.sp.gov.br/itcmd/LEI_10705consolidada.asp>. Acesso em 10 mar. 2017

A variável para analisar as três hipóteses será: o patrimônio de baixo valor a ser herdado tem o montante de R$ 25 mil, que representa o valor aproximado de um carro popular usado; o de médio valor, representa um patrimônio equivalente a um imóvel padrão classe média em São Paulo, avaliado em R$ 500 mil; enquanto do patrimônio de alto valor tem o montante de R$ 5 milhões, valor muito acima das possibilidades da maior parte da população brasileira.

A cotação de cada moeda, no dia 31/12/2015 é de: (i) R$ 3,90 para o dólar; (ii) R$ 4,25 para o euro, (iii) R$ 0,03 para o iene e (iv) R$ 5,79 para a libra esterlina.

Assim, seguem as tabelas comparativas:

Tabela 10 - Patrimônio de baixo valor (R$ 25 mil)
PATRIMÔNIO DE BAIXO VALOR (R$ 25 MIL)

País	Base de Cálculo	Alíquota	Valor a recolher
Estados Unidos (NY)	0,00	0,00	0,00
Reino Unido	0,00	0,00	0,00
França	0,00	0,00	0,00
Japão	0,00	0,00	0,00
Itália	0,00	0,00	0,00
Alemanha	0,00	0,00	0,00
Brasil (SP)	R$ 25.000,00	4%[1045]	R$ 1.000,00

Tabela 11 - Patrimônio de médio valor (R$ 500 mil)
PATRIMÔNIO DE MÉDIO VALOR (R$ 500 MIL)

País	Base de Cálculo	Alíquota	Valor a recolher
Estados Unidos (NY)	0,00	0,00	0,00
Reino Unido	0,00	0,00	0,00
França	R$ 75.000,01	5, 10, 15, 20%	R$ 7.321,73
Japão	0,00	0,00	0,00
Itália	0,00	0,00	0,00
Alemanha	0,00	0,00	0,00
Brasil (SP)	R$ 500.000,00	4%	R$ 20.000,00

Tabela 12 - Patrimônio de alto valor (R$ 5 milhões)
PATRIMÔNIO DE ALTO VALOR (R$ 5 MILHÕES)

[1045] SÃO PAULO. Decreto n° 45.837/2001. **Aprova Regulamento do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - (ITCMD), de que trata a Lei nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000.** Disponível em:< http://www.fazenda.sp.gov.br/itcmd/decreto45_837.asp>. Acesso em 10 mar. 2017

País	Base de Cálculo	Alíquota	Valor a recolher
Estados Unidos (NY)	0,00	0,00	0,00
Reino Unido	R$ 3.118.250,00	40%	R$ 1.247.300,00
França	R$ 4.575.000,00	5, 10, 15, 20, 30, 40%	R$ 1.203.882,15
Japão	R$ 3.920.000,00	10, 15, 20, 30, 40%	R$ 1.058.000,00
Itália	R$ 750.000,00	4%	R$ 30.000,00
Alemanha	R$ 2.450.000,00	11%	R$ 269.500,00
Brasil (SP)	R$ 5.000.000,00	4%	R$ 200.000,00

Como se pode observar da comparação, o Brasil é o único país que tributa o patrimônio de baixo valor. Por R$ 25 mil, apenas Bahia, Distrito Federal e Mato Grosso concederiam isenção.

Em relação ao patrimônio de médio valor, excetuando a França e o Brasil, todos os países analisados isentam a sua transferência *causa mortis*. A França, no exemplo citado, arrecadou cerca de 0,71% do valor do patrimônio herdado, enquanto o Brasil (SP) cobrou 4% (5 vezes mais). Assim, entre os países comparados, o Brasil é o que tem o maior impacto sobre o patrimônio de médio valor a ser herdado.

Considerando o patrimônio de alto valor, na presente hipótese, os Estados Unidos é o que menos tributa, seguido da Itália e, em terceiro lugar, o Brasil. Assim, na hipótese analisada, o Brasil é o que mais tributa o patrimônio de baixo e médio valor, enquanto é um dos que menos tributa o de alto valor.

Esse quadro muda quando consideramos que no Brasil a média de filhos é próxima a dois por casal[1046], segundo o IBGE, conforme se verifica da Tabela 13.

Tabela 13 - Patrimônio de médio valor (R$ 500 mil)
PATRIMÔNIO DE MÉDIO VALOR (R$ 500 MIL)

País	Base de Cálculo	Alíquota	Valor a recolher
Estados Unidos (NY)	0,00	0,00	0,00
Reino Unido	0,00	0,00	0,00
França	0,00	0,00	0,00
Japão	0,00	0,00	0,00
Itália	0,00	0,00	0,00
Alemanha	0,00	0,00	0,00
Brasil (SP)	R$ 500.000,00	4%	R$ 20.000,00

[1046] IBGE. **Taxa de Fecundidade Total – Brasil – 2000 a 2015**. Disponível em: <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>. Acesso em 10 mar. 2017.

Tabela 14 - Patrimônio de alto valor (R$ 5 milhões)
PATRIMÔNIO DE ALTO VALOR (R$ 5 MILHÕES)

País	Base de Cálculo	Alíquota	Valor a recolher
Estados Unidos (NY)	0,00	0,00	0,00
Reino Unido	R$ 3.118.250,00	40%	R$ 1.247.300,00
França	R$ 2.075.000,00	5, 10, 15, 20%	R$ 814.651,99
Japão	R$ 1.870.000,00	10, 15, 20, 30%	R$ 702.000,00
Itália	0,00	0,00	0,00
Alemanha	R$ 188.235,30	7%	R$ 112.000,00
Brasil (SP)	R$ 5.000.000,00	4%	R$ 200.000,00

Importante reparar, também, que as tabelas acima focam no valor final recolhido por cada Estado, e não no impacto ao patrimônio herdado pelo contribuinte. Por exemplo, no Japão, na hipótese de dois filhos, o Estado recolhe o valor de R$ 702 mil, sendo que cada herdeiro paga R$ 351 mil por seu quinhão.

Na presente análise, dos países que permitem a dedução por número de filhos, quanto maior a quantidade destes, menor será o recolhimento pelo Estado, diminuindo o impacto do tributo sobre o patrimônio familiar. Comparando as tabelas de transferência de patrimônio de alto valor, quando há dois filhos, Itália e Alemanha recolhem menos o tributo sobre a herança que o Brasil. França, por sua vez, diminuiu o valor de recolhimento de R$ 1.203.882,15 para R$ 814.651,99; Japão de R$ 1.058.000,00 para R$ 702.000,00.

Ainda comparando as tabelas, o Brasil arrecada os patrimônios de baixo, médio e alto valor, enquanto boa parte dos países analisados aumenta a desoneração conforme o número de herdeiros em linha reta, tudo em decorrência de sua política de isenções. A França, na hipótese de 2 filhos, deixou de tributar o patrimônio de médio valor.

Importante notar que os sistemas tributários normalmente não se importam com a classe social do herdeiro, mas sim com o valor e/ou a natureza do patrimônio. Há, sim, maneiras de facilitação no pagamento, mas, em geral, não há abatimento em razão da classe social.

Na Europa, há a preocupação em se manter o patrimônio dentro do núcleo familiar, razão pela qual se concedem isenções. Também há cuidados em relação à capacidade civil do herdeiro. A maioria das isenções se dá em razão de se manter os negócios e bens familiares dentro do núcleo familiar. No Brasil, o objetivo maior é manter o único imóvel familiar, como feito por 19 Unidades Federativas.

Outro ponto a se notar é a disparidade no tratamento do patrimônio de alta renda. No exemplo acima, enquanto os Estados Unidos não o tributam, a França tributa o equivalente a 24,08% do patrimônio herdado.

2. AS PROPOSTAS DE AUMENTO DO TRIBUTO SOBRE A HERANÇA SERIA UM MEIO DE CONTROLE DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL?

Como se verifica neste artigo, há várias propostas legislativas para aumentar a tributação sobre a herança, todas sob a justificativa de diminuir a desigualdade social existente no Brasil. Em outras palavras, as justificativas para as propostas dão a entender que o objetivo é utilizar o aumento da tributação *causa mortis* como forma de política pública para diminuir a desigualdade social.

Entretanto, a premissa de que há uma relação direta entre o aumento da tributação sobre a herança e a diminuição da desigualdade social está equivocada. Boa parte deste equívoco já foi demonstrado no capítulo anterior, quando se evidenciou que o Brasil tributa mais o patrimônio de baixo e médio valor do que os outros países comparados.

As outras incoerências existem em razão destas propostas legislativas (i) estarem focadas apenas no aumento de impostos, desconsiderando eventual impacto na população de baixa renda; (ii) desconsiderarem a natureza constitucional dada ao imposto, que impede o uso da receita para um fim específico e (iii) ignorarem a tendência dos países mais desenvolvidos ao lidar com essa tributação. Esses pontos serão analisados a seguir.

Este capítulo analisará cada um destes pontos.

2.1 **O impacto das propostas legislativas na população de baixa renda**

Como já ponderado neste estudo, as propostas legislativas existentes no país não têm a preocupação de diminuir a tributação sobre os mais carentes, mas sim em aumentar as alíquotas sobre as heranças de maior valor. Interpreta-se, assim, que o objetivo principal das propostas legislativas é aumentar a arrecadação, e não amenizar o impacto da tributação sobre os mais carentes.

Também, como já explicado neste trabalho, a incidência da tributação se dá em razão do valor do patrimônio a ser herdado, sem qualquer preocupação com a classe social do herdeiro. Em um exemplo prático, se duas pessoas, uma que possui uma renda baixa e outra com uma renda alta, receberem um patrimônio de alto valor, este patrimônio será tributado de igual forma.

Cumpre perceber que, no Brasil, quem sofre o maior impacto da tributação sobre a herança é a classe que possui renda baixa. Esta classe normalmente tem algum tipo de isenção caso o objeto da herança seja um imóvel familiar situado em uma das 19 unidades federativas que preveem este tipo de benefício.

Destoando do tratamento dado pelo Brasil, todos os demais países aqui comparados isentam o patrimônio de baixo valor da tributação sobre a herança.

No último censo realizado pelo IBGE, verificou-se que a renda mensal média familiar, em 2009, era de R$ 2.552,72.[1047] Em 2016, a maior renda média *per capita* mensal foi constatada no Distrito Federal, no valor de R$ 2.351,00.[1048] Em outras palavras, a grande maioria das pessoas no Brasil possui, ao final da vida, um patrimônio de baixo e médio valor. Diferentemente da maioria dos países aqui comparados, no Brasil, este patrimônio provavelmente será tributado.

Em outro exemplo prático, consideram-se dois processos de partilha, no qual um possui um herdeiro com alta renda e o outro com baixa renda, sendo que em ambos há um patrimônio de R$ 1 milhão a se receber, referente a um imóvel não familiar. Considera-se, também, uma alíquota de 4% de ITCMD. Assim, em ambos os casos, o imposto a se pagar será de R$ 40 mil.

[1047] IBGE. **Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa de Orçamento Familiares**, 2008-2009.
[1048] IBGE. **Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua,** 2016.

O herdeiro de alta renda terá as opções de: vender o patrimônio e receber o dinheiro da venda; permanecer com o patrimônio e fazer dele fonte de aluguel; ou permanecer com o imóvel para uso próprio. Certamente conseguirá pagar o valor de R$ 40 mil de ITCMD, pois, como um cidadão que possui renda alta, tem a possibilidade de se endividar e amortizar a dívida.

O herdeiro de baixa renda terá uma opção: vender o patrimônio. Considerando os dados do IBGE anteriormente citados, certamente o herdeiro de baixa renda recebe menos de R$ 2.500,00 por mês, que seria a renda média mensal de um brasileiro. Assim, é seguro dizer que o herdeiro de baixa renda recebe um valor menor que R$ 30 mil por ano. O valor de sua renda anual é menor que o valor do ITCMD a ser pago. Não há isenção nas unidades federativas brasileiras que o beneficie em razão de sua classe social. O valor e a natureza do patrimônio não têm qualquer benefício fiscal. Para o herdeiro de baixa renda, vender o imóvel se torna condição necessária para o pagamento do imposto. E, devido a sua capacidade de endividamento, este terá que vender o imóvel rápido, e provavelmente por um preço menor do que o avaliado.

Logicamente que estas são situações hipotéticas, mas o que se quer demonstrar é que a legislação brasileira, atualmente, não favorece os cidadãos de baixa renda, nem quando estes têm uma oportunidade de melhorar a sua condição social.

Assim, independentemente do valor a ser herdado, proporcionalmente, o Brasil tributa mais a herança a ser recebida por pessoas que possuem renda mais baixa, principalmente pela ausência de isenção em razão de classe ou do patrimônio de baixo valor – considerando a legislação da maioria das unidades federativas.

Das propostas legislativas, nenhuma contempla, efetivamente, uma solução para essa questão. A justificativa da PEC n° 60/2015 começa citando a necessidade de combater a "expressiva vulnerabilidade social":

> O Brasil é um país com muitas desigualdades. Elas foram reduzidas nos últimos doze anos, mas ainda há uma agenda a ser realizada. A redução destas desigualdades passa pelo desenvolvimento de mercados e pela atuação do Estado. São necessárias políticas tributárias e políticas de gasto público focalizado em populações com expressiva vulnerabilidade social.

Entretanto, todo o texto da PEC é focado apenas na forma de arrecadação, transferindo a competência para a concessão de isenções das Unidades Federativas para a União.

Todas as propostas legislativas citadas neste estudo visam, tão somente, criar hipóteses de arrecadação ou de tributar mais os patrimônios considerados de alto valor, não apresentando qualquer tipo de solução em relação ao impacto atual do tributo sobre as "populações com expressiva vulnerabilidade social" (*sic*).

2.2 **A desigualdade social e a não vinculação do imposto**

Um outro problema de fundamentação dos projetos legislativos se dá por estes não explicarem como o aumento do imposto sobre a herança resultará na diminuição da desigualdade social.

Importante lembrar que, conforme o artigo 167, IV, da Constituição Federal de 1988, imposto é um tributo de caráter não vinculado. Pela leitura da norma constitucional, é proibida a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Em termos claros, a receita do imposto sobre a herança não pode ser vinculada especificamente a uma política pública que visa diminuir a desigualdade social.

Assim, do ponto de vista da finalidade, o aumento na tributação sobre a herança em nada influencia as políticas públicas sociais – trata-se de medida puramente arrecadatória.

Apenas a PEC n° 96/2015 contempla a hipótese de desvinculação do ITCMD, pretendendo acrescentar esta possibilidade ao artigo 76 da ADCT, que expressa:

> Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.

Eis o acréscimo proposto pela PEC n° 96/2015:

> § 2º Excetua-se da desvinculação de que trata o *caput* a arrecadação:
>
> I - da contribuição social do salário-educação a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal;
>
> II – do adicional ao imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos a que se refere o *caput* do art. 153-A da Constituição Federal.

Deve-se observar que o citado artigo 76 da ADCT trata de contribuições sociais, que é uma modalidade de tributação diversa do imposto. A norma que dispõe especificamente sobre a desvinculação dos impostos é o artigo 167, IV, da Constituição Federal. Dessa forma, inserir uma exceção à natureza do imposto em artigo constitucional que trata de contribuições sociais, pode gerar uma incompatibilidade que somente será resolvida com eventual pronunciamento do Poder Judiciário.

Outra situação peculiar é a dada pela PEC n° 60/2015. A referida proposta pretende alterar os critérios de isenção e acrescentar uma alíquota mínima, evitando a estipulação de alíquota zero, sob o fundamento de que tal medida irá diminuir as desigualdades sociais.

Porém, além da natureza não vinculada dos impostos, compete aos Estados e ao Distrito Federal, e não à União, verificar como será utilizado o dinheiro arrecadado com os seus impostos. Em outras palavras, a criação de hipóteses de arrecadação pela União não garante como os Estados e Distrito Federal irão utilizar o dinheiro arrecadado.

Apesar disso, independentemente de quem seja competente para instituir e arrecadar o tributo, importante repetir que a tributação sobre a herança é feita por meio de imposto, o que, por ordem constitucional, não comporta a vinculação. Por desautorizar o uso específico do dinheiro arrecadado em políticas que visam diminuir as desigualdades sociais, não há como validar o argumento de que o aumento na tributação da herança, por meio de impostos, terá o condão de diminuir as desigualdades sociais.

2.3 **Qual a tendência mundial?**

O que os três países com melhor IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) têm em comum em relação à tributação sobre a herança? Todos os três ou não cobram tributação sobre a herança, ou isentam os principais beneficiários.

Os dois primeiros países do *ranking* do IDH, Noruega e Austrália,[1049] não cobram tributo sobre a herança.

[1049] AUSTRALIAN TAXATION OFFICE. **Deceased estates**. Disponível

Na Suíça (terceiro país do *ranking*) não há tributação federal sobre a herança, mas sim tributação local (cantões). Existem 26 cantões, cada qual com sua forma de tributação. Desses, 23 cantões isentam o herdeiro que é descendente direto – apenas *Appenzell Ausserrhoden, Neuchâtel, Vaud* o cobram, com os devidos abatimentos.[1050]

Da mesma forma, desde o ano 2000, outros dez países e duas regiões administrativas especiais não cobram tributo sobre herança, a saber: Macau (2001), Portugal (2004), Eslováquia (2004), Suécia (2005), Rússia (2006), Hong Kong (2006), Hungria (2006), Cingapura (2008), Áustria (2008), Liechtenstein (2011), Brunei (2013) e República Tcheca (2014).[1051]

Outros países, tais como Sérvia, Eslovênia, Áustria, Canadá, Estônia, Israel, México, Nova Zelândia, já não tributavam a transmissão *causa mortis.*[1052] Hungria e Luxemburgo isentam a transmissão para os descendentes diretos.[1053]

Logicamente que isso é apenas uma provocação, pois a ausência de tributação sobre a herança não é sinônimo de prosperidade. Estados como Madagascar, Burundi e Quênia,[1054] que pertencem ao grupo de países com IDH muito baixo, não tributam a herança. O que se questiona neste estudo é justamente se a tributação sobre a herança é um meio de controle do nível da desigualdade social.

Assim, nem o aumento, tampouco a diminuição da tributação sobre a herança, representam necessariamente um meio de combate à desigualdade social. Contudo, questiona-se: porque há um movimento internacional crescente no sentido de não se tributar mais este tipo de transferência patrimonial? Por que os países estão abrindo mão do imposto sobre a herança? Talvez o efeito Sally Kistner seja um dos motivos.

Em 1984, Sally Kistner, viúva do fundador da Astra, maior companhia farmacêutica da Suécia à época, faleceu. A empresa era avaliada à época da morte da Sra. Kistner em cerca de US$ 36 milhões.[1055] O patrimônio pessoal deixado em herança era constituído principalmente de ações da empresa, sendo a *de cujus*, detentora da maioria do capital social.[1056]

Pelo sistema tributário sueco, assim como no Brasil, o valor acionário a ser considerado para cálculo do tributo sobre a herança era o estimado no dia do falecimento.

O mercado de ações, porém, percebeu que os herdeiros teriam que vender rapidamente grande parte da participação, somente para poder pagar a tributação sobre a herança, que era alta e complicada. Como consequência, o preço das ações da empresa despencou, o que fez com que o valor

---

em:<https://www.ato.gov.au/Individuals/Deceased-estates/>. Acesso em: 10 maio 2017.

[1050]CREDIT SUISSE. **Overview of Cantonal Inheritance and Gift Taxes: status of January 1, 2017**. Disponível em: <https://www.credit-suisse.com/media/assets/private-banking/docs/ch/privatkunden/finanzplanung/erbrecht-steuertabelle-en.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017. P.2.

[1051] COLE, Alan. Estate and Inheritance Taxes around the World. Tax Foundation. Fiscal Fact. Mar. 2015. n° 458. Disponível em: <https://files.taxfoundation.org/legacy/docs/TaxFoundation_FF458.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017. P.5

[1052] Idem. P.8

[1053] Ibidem. P.3.

[79] DELOITTE. **Guide to Fiscal Information: key economies in Africa 2013/2014**..Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/za/Documents/tax/ZA_GuidetoFiscalInformation2013_10042014.pdf>. Acesso em 10 mar. 2017. P. 44, 127, 161.

[1055] YDSTEDT, Anders. **Fiscal Lessons**: tens years without the swedish inheritance tax. The Cayman Financial Review, 22 mai. 2016. Disponível em: <http://worldtaxpayers.org/2016/09/fiscal-lessons-ten-years-without-the-swedish-inheritance-tax/>. Acesso em: 16 dez. 2016.

[1056] HENREKSON, Magnus; WALDENSTRÖM, Daniel. **Inheritance Taxation in Sweden, 1885–2004**: The Role of Ideology, Family Firms and Tax Avoidance. Uppsala Center for Fiscal Studies: Department of Economics. Working paper 2014:9. Ago. 2014. Disponível em: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:737697/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016. p. 21.

a ser tributado fosse maior que o valor a ser recebido como herança. Por haver patrimônio com valor menor que o tributo a ser pago, o espólio foi declarado insolvente e os herdeiros de uma das maiores fortunas da Suécia, à época, não receberam nada.[1057]

Este é um exemplo extremo de como a tributação sobre a herança pode ter consequências inesperadas. Após o caso de Sally Kistner, os suecos mais ricos fizeram planejamento tributário para que suas empresas não passassem pela mesma situação, com construções societárias melhores ou, simplesmente, saindo da Suécia para países em que houvesse acordo internacional de não tributação, como Reino Unido e Suíça.[1058] Como resultado óbvio da evasão de riqueza do território sueco, deixou-se de arrecadar mais com a tributação sobre a herança, assim como com a renda dessas empresas.[1059]

Em razão do efeito Sally Kistner, a Suécia veio amenizando o impacto do tributo sobre a herança, até finalmente aboli-lo em 2005.[1060]

Outro exemplo prático que demonstra a influência desse tipo de tributação na economia de um país, se deu com a mudança da legislação do tributo sobre a herança, no Japão, em 2014. A PWC publicou um artigo chamado, em tradução livre, "Japão: questões sobre os impostos de doação e herança para expatriados".[1061] O artigo recomenda às empresas que empregam estrangeiros no Japão a fazer planejamento tributário, contemplando as hipóteses de doação e morte de seus funcionários. Em parte do artigo, é recomendado que:

> Educar os expatriados residentes no Japão da sua potencial exposição ao tributo sobre doações e heranças é importante para evitar cobranças inesperadas e inadvertidas (por exemplo, seminários para educar os funcionários e empregadores para lidarem com essas questões).

Ao contrário do que é defendido pelos projetos legislativos, o impacto do tributo sobre a herança pode ser inesperado, principalmente quando a legislação de um país o torna mais oneroso aos contribuintes. Um jeito de eliminar o risco inesperado que a tributação sobre a herança tem, é eliminando a própria tributação que, como o caso da Suécia, foi recompensado pelo retorno das empresas nacionais, além de ter atraído a abertura de empresas por nacionais de sua vizinha, a Finlândia.[1062]

Enquanto o Brasil, com os seus projetos, busca aumentar a arrecadação do tributo, sem se preocupar com o impacto social já existente, a tendência de outros países tem sido a desoneração sobre a herança, com o foco em estimular os negócios em solo nacional.

[1057] YDSTEDT, Anders. WOLLSTAD, Amanda. **Ten years without the Swedish inheritance tax**. Disponível em: <https://www.svensktnaringsliv.se/migration_catalog/Rapporter_och_opinionsmaterial/Rapporter/inheritance-taxpdf_636574.html/BINARY/Inheritance%20tax.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016, p. 08.

[1058] YDSTEDT, Anders. Fiscal Lessons: **Ten Years Without the Swedish Inheritance Tax**. The Cayman Financial Review, 22 mai. 2016. Disponível em: <http://worldtaxpayers.org/2016/09/fiscal-lessons-ten-years-without-the-swedish-inheritance-tax>. Acesso em: 17 dez. 2016.

[1059] Idem, p. 33.

[1060] Idem, p. 15.

[1061] PWC. **Japan**: Gift and inheritance tax issues for expatriates. Tax Insights from Global Mobility, 20 out. 2014. Disponível em: <https://www.pwc.com/gx/en/hr-management-services/newsletters/global-watch/assets/pwc-japanese-gift-inheritance-tax-issues-expatriates.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016, p. 03.

[1062] YDSTEDT, Anders. WOLLSTAD, Amanda. **Ten years without the Swedish inheritance tax**. Disponível em: <https://www.svensktnaringsliv.se/migration_catalog/Rapporter_och_opinionsmaterial/Rapporter/inheritance-taxpdf_636574.html/BINARY/Inheritance%20tax.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016, p. 43.

CONCLUSÃO

O Brasil tributa mais a herança das classes de renda baixa e média, comparado aos países aqui estudados – contrariando as justificativas das propostas legislativas, assim como as argumentações de que o país tributa pouco a herança.

Não há, no país, isenções ou abatimentos como os garantidos nas legislações dos países aqui comparados, visando diminuir o impacto para certos tipos de bens e direitos – como os inerentes aos do negócio familiar e pequenas empresas. Essas desonerações acabam isentando os cidadãos de renda baixa e média desses países, do pagamento do tributo sobre a herança.

As propostas legislativas brasileiras não se preocupam em diminuir o impacto fiscal sobre as classes baixa e média (que compõem a maioria da população), mas sim em aumentar a tributação sobre a herança considerada de alto valor. Em outros termos, em geral, não há a preocupação com a capacidade contributiva do mais pobre, mas sim do mais rico.

Assim, as propostas legislativas não têm como objetivo diminuir a desigualdade social, mas aumentar a arrecadação.

Respondendo, finalmente, a pergunta deste estudo, o aumento na tributação sobre a herança não tem relação direta com a diminuição das desigualdades sociais, não sendo uma ferramenta eficiente para o fim desejado, justamente por ter caráter meramente arrecadatório.

REFERÊNCIAS

ACRE. Lei Complementar Estadual n° 271/13**. Dispõe sobre o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD**. Disponível em: <http://www.sefaz.ac.gov.br/wps/wcm/connect/530c818042a10a5eb31bf39658464d29/LC+271+2013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=530c818042a10a5eb31bf39658464d29>. Acesso em: 25 mai. 2016.

ALAGOAS. Decreto n° 10.306/2011. **Aprova o regulamento do imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos - ITC, de que tratam os arts. 162 a 183 da Lei n° 5.077, de 12 de junho de 1989.** Disponível em: <http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/decretos/2011/02/decreto-10.306/at_download/file>. Acesso em 26 mai. 2016.

ALAGOAS. Lei n° 5.077 de 12 de junho de 1.989. **Institui o Código Tributário do Estado de Alagoas**. Disponível em: <http://tol.sefaz.al.gov.br/tol/modules/documentos/retornaDocumentoLink.jsp?NUM_DOCUMENTO=5077&NUM_ANO_DOCUMENTO=1989&COD_TIPDOC=LEI&COD_SETOR=>. Acesso em: 27 mai. 2016.

ALVARENGA, Darlan. Imposto sobre herança deveria ser maior no Brasil, diz Piketty. **G1**, São Paulo, 26 nov. 2014. Economia. Disponível em: <http://http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/11/imposto-sobre-heranca-deveria-ser-maior-no-brasil-diz-piketty.html>. Acesso em: 23 jul. 2015.

AMAPÁ. Lei n° 0400/97. **Dispõe sobre a consolidação e alterações, dando nova redação ao Código Tributário do Estado do Amapá, Lei n.º 0194, de 29 de dezembro de 1994.** Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/ver_texto_consolidado.php?iddocumento=10488>. Acesso em: 26 mai. 2016.

AMAZONAS. Código Tributário do Estado do Amazonas. **Institui o Código Tributário do Estado do Amazonas e dá outras providências**. Disponível em: <http://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Estadual/Lei%20Complementar%20Estadual/Ano%201997/Arquivo/LCE%20019%2097.htm>. Acesso: 25 mai. 2016.

AUSTRALIAN TAXATION OFFICE. **Deceased estates**. Disponível em:<https://www.ato.gov.au/Individuals/Deceased-estates/>. Acesso em: 10 maio 2017.

BAHIA. Lei n° 12.609/12. **Altera a Lei nº 4.826, de 27 de janeiro de 1989, que dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão "CAUSA MORTIS" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITD), Lei nº 11.631, de 30 de dezembro de 2009, que dispõe sobre as taxas estaduais no âmbito do Poder Executivo Estadual e a Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o ICMS.** Disponível em: <http://www.sefaz.ba.gov.br/contribuinte/tributacao/legest_2012_12609.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 277, de 2008, **objetiva regulamentar o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas)**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=547712&filename=PLP+277/2008>. Acesso em: 03 fev. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 277, de 2008, **objetiva regulamentar o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas)**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=547712&filename=PLP+277/2008>. Acesso em: 03 fev. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n° 60, de 2015, **objetiva dispor sobre o Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1299828>. Acesso em: 02 fev. 2015.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CALEIRO, João Pedro. Brasil é mais desigual do que se imaginava, diz pesquisador. **Exame.com**, São Paulo, 11 mar. 2016. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/economia/brasil-e-mais-desigual-do-que-se-imaginava-diz-pesquisador>. Acesso em: 13 nov. 2016.

CEARÁ. Lei n° 13.417/03. **Dispõe acerca do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.sefaz.ce.gov.br/Content/aplicacao/internet/itcd/gerados/legislacao.asp>. Acesso em: 27 mai. 2016.

COLE, Alan. **Estate and Inheritance Taxes around the World. Tax Foundation.** Fiscal Fact. Mar. 2015. n° 458. Disponível em: <https://files.taxfoundation.org/legacy/docs/TaxFoundation_FF458.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CREDIT SUISSE. **Overview of Cantonal Inheritance and Gift Taxes: status of January 1, 2017**. Disponível em: <https://www.credit-suisse.com/media/assets/private-banking/docs/ch/privatkunden/finanzplanung/erbrecht-steuertabelle-en.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017

DELOITTE. **Guide to Fiscal Information: key economies in Africa 2013/2014.** Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/za/Documents/tax/ZA_GuidetoFiscalInformation2013_10042014.pdf>

DEPARTMENT OF TAXATION AND FINANCE OF NEW YORK STATE. **Estate tax**. Disponível em:<https://www.tax.ny.gov/pit/estate/etidx.htm>. Data de acesso: 22 jun. 2016.

DEPARTMENT OF TAXATION AND FINANCE OF NEW YORK STATE. **New York State Estate Tax Return ET-706**: For an estate of an individual who died on or after April 1, 2016, and on or before March 31, 2017. Disponível em: <https://www.tax.ny.gov/pdf/current_forms/et/et706.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

DEPARTMENT OF THE TREASURY OF UNITED STATES OF AMERICA. **Instructions for Form 706** (rev. August 2015): United States Estate (and Generation-Skipping Transfer) Tax Return. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-prior/i706--2015.pdf >. Acesso em: 17 jun. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Lei n° 3.804/06. **Dispõe quanto ao Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.fazenda.df.gov.br%2Faplicacoes%2Flegislacao%2Flegislacao%2FTelaSaidaDocumento.cfm%3FtxtNumero%3D3804%26txtAno%3D2006%26txtTipo%3D5%26txtParte%3D.&usg=AFQjCNE8N9ahhTRUmkzN6QlM8m0EK1SBAw&sig2=pS9zclo5m0X3vTR83oquwA>. Acesso em: 26 mai. 2016.

DRENKARD, Scott. BOREAN, Richard. **Does Your State Have an Estate or Inheritance Tax?** Disponível em: <https://taxfoundation.org/does-your-state-have-estate-or-inheritance-tax>. Acesso em: 19 jul. 2016.

ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED. **Brasil tem uma das menores alíquotas para tributar heranças e doações**. Disponível em: <http://www.ey.com/BR/pt/Services/Release_Brasil_Menores_Aliquotas_Heranca>. Acesso em: 02 mai. 2015.

ESPÍRITO SANTO. Lei n° 10.011/13. **Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD)**. Disponível em: <http://www.sefaz.es.gov.br/LegislacaoOnline/lpext.dll/InfobaseLegislacaoOnline/leis/2013/lei%2010.011.htm>. Acesso em: 26 mai. 2016.

FEDERAL, Senado. Resolução n 9. **Estabelece alíquota máxima para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de que trata a alínea a, inciso l, e § 1º, inciso IV do art. 155 da Constituição Federal**, 1992.

FES; Forum21; Plataforma Política Social; GT de Macro SEP. **Austeridade e retrocesso: Finanças públicas e política fiscal no Brasil**. São Paulo, 2016. Disponível em <http://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/Austeridade-e-Retrocesso.pdf>. Acesso em: 1° nov. 2016.

GARBER, Julie. **State Inheritance Tax Chart**: which states have an inheritance tax?. Disponível em:<https://www.thebalance.com/state-inheritance-tax-chart-3505460>. Acesso em: 19 jul. 2016.

GLOBAL PROPERTY GUIDE. **Japan:** Inheritance tax and law. Disponível em: <http://www.globalpropertyguide.com/Asia/Japan/Inheritance>. Acesso em: 25 jun. 2016.

GOIÁS. Lei n° 11.651/91. **Institui o Código Tributário do Estado de Goiás**. Disponível em: <ftp://ftp.sefaz.go.gov.br/sefazgo/legislacao/Cte/CTE.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

HENREKSON, Magnus. WALDENSTRÖM, Daniel. **Inheritance Taxation in Sweden, 1885–2004**: The Role of Ideology, Family Firms and Tax Avoidance. Uppsala Center for Fiscal Studies: Department of Economics. Working paper 2014:9. Ago. 2014. Disponível em: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:737697/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016.

IBGE. **Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa de Orçamento Familiares,** 2008-2009.

IBGE. **Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua,** 2016.

IBGE. **Taxa de Fecundidade Total – Brasil – 2000 a 2015**. Disponível em: <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>. Acesso em 10 mar. 2017.

INTERNAL REVENUE SERVICE OF UNITED STATES OF AMERICA. **Estate tax**. Disponível em:<https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/estate-tax>. Data de acesso: 17 jun. 2016.

ITÁLIA. Legge 104, 18 de febbraio del 1992. **Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate.** Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1992-02-17&atto.codiceRedazionale=092G0108&currentPage=1>. Acesso em: 27 jun. 2016.

ITÁLIA. Regio decreto-legge, 13 april del 1939, n. 652. **Accertamento generale dei fabbricati urbani, rivalutazione del relativo reddito e formazione del nuovo catasto edilizio urbano**. Disponível em: <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Aggiornare/Revisioni+parziali+del+classamento+per+microzone/Normative+e+prassi/regiod_l13041939_652/regio_decreto_652_1939.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

LIMA, Bianca Pinto. Famílias antecipam sucessão para escapar de possível alta de impostos. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 27 jul. 2015. Economia. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/suas-contas,familias-antecipam-sucessao-para-escapar-de-possivel-alta-de-imposto,1732407>. Acesso em: 13 nov. 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARANHÃO. Lei n° 7.799/02. **Dispõe sobre o Sistema Tributário do Estado do Maranhão.** Disponível em: <http://www.stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=4324>. Acesso em: 26 mai. 2016.

MATO GROSSO DO SUL. Lei n° 1.810/97. **Dispõe sobre os tributos de competência do Estado e dá outras providências**. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/serc/legato.nsf/23b657614c182061042579c80053770d/9b9e5fd2565751de042579cf004d33a6?OpenDocument>. Acesso em: 26 mai. 2016.

MATO GROSSO. Lei n° 7.850/02. **Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de quaisquer Bens e Direitos – ITCD.** Disponível em: <http://app1.sefaz.mt.gov.br/0325677500623408/07FA81BED2760C6B84256710004D3940/375B8C284530106704256C9500491DF8>. Acesso em: 27 mai. 2016.

MINAS GERAIS. Lei n° 14.941/03. **Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD.** Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/l14941_2003.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES DE RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Droits de succession: calcul et paiement**. Disponível em: <http://www.impots.gouv.fr/portal/dgi/public/popup?espId=1&typePage=cpr02&docOid=documentstandard_364>. Acesso em: 24 jun. 2016.

MINISTRY OF FINANCE OF JAPAN. **Calculation of Inheritance Tax**. Disponível em: <http://www.mof.go.jp/english/tax_policy/tax_system/japanese_tax_system_1998/zc001f04.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

NAGASAWA TAX AND CONSULTING OFFICE. **Japanese inheritance and gifts taxes**. Disponível em: <https://www.tax1040nagasawa.com/en-jp-inherit.html>. Acesso em: 25 jun. 2016.

PARÁ. Lei n° 5.529/89. **Estabelece normas à cobrança do Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e Doação e quaisquer bens ou direitos**. Disponível em: <http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/lei/lp1989_05529.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2016.

PARAÍBA. Lei n° 5.123/89. **Institui o Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, e dá outras providências**. Disponível em: <http://legisla.receita.pb.gov.br/LEGISLACAO/LEIS-ESTADUAIS/ITCD/LEI-5123-89/LEI-5123-89_512389.html>. Acesso em: 27 mai. 2016.

PARANÁ. Lei n° 8.927/88. **Dispõe sobre o imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos – ITCMD, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibirImpressao&codAto=11106>. Acesso em: 27 mai. 2016.

PERNAMBUCO. Lei n° 13.794/09. **Dispõe sobre a legislação tributária do Estado relativa ao Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ICD.** Disponível em: <https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/Legislacao/Leis_Tributarias/2009/Lei13974_2009.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

PIAUÍ. Lei n° 6.043/10. **Altera a Lei n° 4.261, de 1° de fevereiro de 1989, que disciplina o Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens e Direito – ITCMD**. Disponível em: <http://servleg.al.pi.gov.br:9080/ALEPI/sapl_documentos/norma_juridica/603_texto_integral>. Acesso em: 27 mai. 2016.

PWC. Japan: Gift and inheritance tax issues for expatriates. Tax Insights from Global Mobility, 20 out. 2014. Disponível em: <https://www.pwc.com/gx/en/hr-management-services/newsletters/global-watch/assets/pwc-japanese-gift-inheritance-tax-issues-expatriates.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016.

RIO DE JANEIRO. Lei n° 1.427/89. **Institui o Imposto Sobre Transmissão "Causa Mortis" e Por Doação, De Quaisquer Bens ou Direitos.** Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/541098e046aa07b7032565540066df22>. Acesso em: 27 mai. 2016.

RIO GRANDE DO NORTE. Lei Estadual n° 5.887/89. **Institui o Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens e Direitos - ITCD e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.set.rn.gov.br/content/aplicacao/set_v2/legislacao/instrumentos/leis/itcd/lei_5887-89-historica_ate_lei_9993-15.doc>. Acesso em: 25 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n° 8.821/89. **Institui o Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e Doação, de quaisquer bens ou direitos.** Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2008.821.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2017.

RONDÔNIA. Lei n° 959/00. **Institui o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD.** Disponível em: <https://www.sefin.ro.gov.br/portalsefin/anexos/898.5420925108996L00_959_ITCD.PDF>. Acesso em: 27 mai. 2016.

RORAIMA. Lei n° 59/93. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Estadual e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.sefaz.rr.gov.br/legislacao/02%20-%20LEGISLACAO%20ESTADUAL/06%20-%20LEIS/LEIS%20ORDIN%C3%81RIAS/1993/Lei%20n%C2%BA%20059%20de%2028.12.93%20-%20Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Sistema%20Tribut%C3%A1rio%20Estadual%20.doc>. Acesso em: 27 mai. 2016.

RUSCH, Aluizio Porcaro. O acúmulo intergeracional de riqueza e tributação de heranças e doações no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 17, n. 113, p. 547-578, 2016.

SANTA CATARINA. Lei n° 13.136/04. **Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD.** Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2004/lei_04_13136.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

SÃO PAULO. Decreto n° 45.837/2001. **Aprova Regulamento do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - (ITCMD), de que trata a Lei nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000.** Disponível em:< http://www.fazenda.sp.gov.br/itcmd/decreto45_837.asp>. Acesso em 10 mar. 2017

SÃO PAULO. Lei n° 10.705/2000. **Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD**. Disponível em: <http://www.fazenda.sp.gov.br/itcmd/LEI_10705consolidada.asp>. Acesso em 10 mar. 2017

SÃO PAULO. Lei n° 10.992/01. **Altera a Lei n. 10.705, de 28 de dezembro de 2000, que dispõe sobre o Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e doação de quaisquer bens ou direitos**. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10992-21.12.2001.html>. Acesso em: 27 mai. 2016.

SECRETARIA DE FAZENDA DO ESTADO DO AMAPÁ. Tabela de atualização. Disponível em: <https://www.sefaz.ap.gov.br/index.php/component/content/article/58-arrecadacao-do-estado/282-tabela-de-atualizacao>. Acesso em: 03 mai. 2016. - Resultado obtido do cálculo de correção disponível no sítio.

SERGIPE. Lei n° 7.724/13. **Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD, e dá outras providências.** Disponível em: <http://legislacao.sefaz.se.gov.br/legisinternet.dll/Infobase3/12-itcmd/lei7724-13.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

TASSE-FISCO. **Guida pratica fiscale alle successioni:** come si calcola l'imposta. Disponível em: <http://www.tasse-fisco.com/persone-fisiche/guida-pratica-successioni-calcolo-imposta-tasse/3982/>. Acesso em: 27 jun. 2016.

TEIXEIRA, Paulo. **Equilíbrio tributário**. Facebook. Disponível em: <https://www.facebook.com/DeputadoPauloTeixeira/photos/a.396715610372500.89447.123368671040530/1012991848744870>. Acesso em: 02 fev. 2015.

TOCANTINS. Lei n° 1.287/01. **Dispõe sobre o Código Tributário do Estado do Tocantins, e adota outras providências**. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/joomlatools-files/docman-files/arquivos/funjuris/lei_de_taxa_judiciaria.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2016.

UNITED KINGDOM GOVERMENT. **Business Relief for Inheritance Tax**. Disponível em: <https://www.gov.uk/business-relief-inheritance-tax/what-qualifies-for-business-relief>. Acesso em: 23 jun. 2016.

UNITED KINGDOM GOVERMENT. **Inheritance Tax thresholds**. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/rates-and-allowances-inheritance-tax-thresholds/inheritance-tax-thresholds>. Acesso em: 23 jun. 2016.

UNITED KINGDOM GOVERMENT. **Inheritance Tax**. Disponível em <https://www.gov.uk/inheritance-tax/overview>. Acesso em: 23 jun. 2016.

USP. **Autor de best-seller, Piketty critica aumento da desigualdade**. FEA. Disponível em: <https://www.fea.usp.br/fea/noticias/autor-de-best-seller-piketty-critica-aumento-da-desigualdade>. Acesso em: 23 jul. 2015.

YDSTEDT, Anders. **Fiscal Lessons**: tens years without the swedish inheritance tax. The Cayman Financial Review, 22 mai. 2016. Disponível em: <http://worldtaxpayers.org/2016/09/fiscal-lessons-ten-years-without-the-swedish-inheritance-tax/>. Acesso em: 16 dez. 2016.

YDSTEDT, Anders. WOLLSTAD, Amanda. **Ten years without the Swedish inheritance tax**. Disponível em: <https://www.svensktnaringsliv.se/migration_catalog/Rapporter_och_opinionsmaterial/Rapporter/inheritance-taxpdf_636574.html/BINARY/Inheritance%20tax.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016.

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Virginia Montenegro de Almeida Cunha

RESUMO

Com a reforma do Código de processo civil, os métodos alternativos de solução de conflitos ganharam foco. Entre eles, a arbitragem, um método privado de solução de conflitos, que passou a ser permitido na seara pública. O instituto da arbitragem, constituído pela Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, tem a importante função de colaborar com a celeridade processual. Pretende-se, então, analisar a arbitragem em sua natureza jurídica, julgamento e procedimentos. Por fim, será apresentado o uso da arbitragem pela Administração Pública em seus contratos após a permissão expressa na lei, analisando pontos como a arbitrabilidade subjetiva e objetiva, a indisponibilidade do interesse público, a aceitação perante os tribunais e os custos despendidos com a inserção da cláusula arbitral nos contratos.
Palavras-chave: Direito administrativo**.** Contratos administrativos. Arbitragem. Procedimento arbitral. Administração Pública.

ABSTRACT

in order to help the Courts the use of alternatives dispute resolutions (ADR) was encouraged by the legislators. Arbitration is an alternative dispute resolution which is used for the resolution of private commercial disputes. This alternative was later allowed in the resolution of disputes in public interest contracts. The arbitration procedure, constituted by Law No. 9,307 of September 23, 1996, has the important function of collaborating with the procedural speed. It is intended, then, to deal in general terms with public interest contracts, from their formation to their extinction. The arbitration will be analyzed in its concept, the possibilities of use and its legal nature. Finally, it will be presented the use of arbitration by the Public Administration in its contracts after the express permission in the law, analyzing points such as subjective and objective arbitrability, the principle of legality and the unavailability of the public interest.

Keywords: Administrative law. Public interest contracts. Arbitration. Arbitration proceedings. Public administration.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o número de processos a serem julgados aumenta cada vez mais, abarrotando o Judiciário. Segundo o relatório anual do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o ano de 2016 foi finalizado com cerca de 79,7 milhões de processos em tramitação. O relatório explica que houve uma baixa de 29,4 milhões de processos, porém o número de processos também aumentou em 29,4 milhões mostrando que ainda é preciso esforço para mudar essa realidade.[1063]

[1063] Justiça em números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf

Ao longo dos anos, atitudes a fim de solucionar os problemas existentes foram tomadas, resultando na Reforma do Judiciário, com a Emenda Constitucional de nº 45. A emenda se mostrou eficiente, ocasionando reformas institucionais, estruturais e processuais, visando tornar o Judiciário mais transparente e ágil, de maneira a simplificar os procedimentos existentes.

O art. 1 da Lei nº 11.419/2006 configura um bom exemplo dessa simplificação de procedimentos pois institui "o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais". Com a edição desta norma foi autorizada, dentre outros, a citação e a intimação por meio eletrônico e a realização de audiências por vídeoconferência, ficando clara a tentativa de adaptação aos tempos tecnológicos vividos pela sociedade.

Como exposto acima, a reforma do judiciário sucedeu várias inovações, contudo, não solucionou o problema do grande número de processos existentes.

Tendo em vista uma Administração Pública mais consensual e eficiente, a dicotomia público e privado é amenizada, permitindo a inserção de institutos do direito privado na esfera pública, tornando-a mais próxima da realidade da sociedade nos dias atuais.

Objetivando a celeridade processual, no ano de 2015, o Código de Processo Civil foi reformado, trazendo em seu texto medidas alternativas de soluções de conflitos que, difundidas no exterior há anos, no Brasil ainda encontravam resistência ao uso mesmo estando uma delas, a arbitragem, positivada desde 1996.[1064]

O método de abordagem escolhido para realizar o trabalho foi hipotético-dedutivo, utilizando a pesquisa bibliográfica que contemplou os estudos publicados. As buscas foram realizadas em diversos trabalhos científicos, como artigos publicados em periódicos nacionais.

A arbitragem será analisada de maneira geral, estudando como funciona o procedimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Na sequência, o uso da arbitragem pela Administração Pública em seus contratos após a permissão expressa, analisando pontos que foram alterados na lei, como por exemplo, a arbitrabilidade subjetiva e objetiva, a indisponibilidade do interesse público, a aceitação nos tribunais, dentre outros.

2 Arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro

Acesso em: 10 out. 2016.

[1064] BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 23 set. 2016.

No Brasil o primeiro aparecimento da arbitragem no ordenamento jurídico se deu na Constituição de 1824, sendo consagrada na Constituição de 1988 e disciplinada em nível infraconstitucional em diversas leis.

O instituto, método alternativo de resolução de conflitos, enfrentou diversos óbices desde sua criação, em virtude da recusa dos operadores do direito a utilizá-lo, alegando sua ineficiência.

Todavia, o surgimento da Lei nº 9.307/96 modificou o cenário, fortalecendo a arbitragem após anos de descaso. A norma veio para consolidar certos pontos controvertidos que dificultavam seu uso, como a inexistência de regulamentação quanto às cláusulas compromissórias e a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral para que ele pudesse produzir efeitos.[1065]

Em 2001, durante o julgamento de um recurso em processo de homologação de sentença estrangeira[1066] pelo Supremo Tribunal Federal, questão sobre a constitucionalidade da lei 9.307/96 foi levantada. O Ministro Moreira Alves propôs que o julgamento fosse convertido em diligência no intuito de se ouvir o Ministério Público Federal acerca da possível contrariedade, ou não, da Lei de arbitragem perante o princípio fundamental do acesso a Justiça.

Em sua manifestação o Procurador Geral da Republica aduz que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não determina que os interessados levem suas contendas via de regra, ao Judiciário; na hipótese do litígio versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito como constitucional e recomendável as partes. O Procurador também chamou atenção para o artigo na Lei 9.307/96 que garantiu as partes livre acesso ao Poder Judiciário caso haja alguma violação de direitos por inobservância das regras fixadas para a arbitragem. [1067]

2.1 Natureza jurídica

A natureza jurídica da arbitragem suscita grandes discussões. Há quem defenda que o instituto é um ato privado entres as partes e, desse modo, possui natureza contratual – Teoria Privatista[1068]; por outro lado, há quem sustente que a arbitragem decorre do poder estatal e por essa razão tem natureza jurisdicional – Teoria Publicista[1069] - e, por fim, há quem argumente uma natureza híbrida do instituto – Teoria Intermediária.

[1065] CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei 9.307/96. 3.ed.rev.,atual, e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.
[1066] SE 5206 AgR, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004.
[1067] Idem.
[1068] Apoiam a teoria privatista os autores Cristiane Maria Henrichs de Souza Coutinho e César Fiúza.

[1069] Ada Pellegrine Grinover defende uma concepção ampla de jurisdição.

Os defensores da teoria privatista alegam que a arbitragem é baseada na autonomia da vontade das partes, não podendo o Estado interferir em suas escolhas.

Além disso, chamam atenção para a possibilidade de revisão da decisão dos árbitros pelo poder judiciário ficando, dessa maneira, impossível considerar a natureza do instituto jurisdicional.

Para a teoria publicista, o poder investido nos árbitros para tomar decisões emana do Estado. O mesmo tem controle de todas as arbitragens que acontecem em sua jurisdição, nivelando o árbitro ao juiz de direito para todos os fins, tendo este poder de fato e de direito sem sujeitar suas sentenças a recurso ou homologação do Poder Judiciário.

Sedimentando esse entendimento, o art. 31 da Lei nº 9.307/96[1070] explicita a paridade entre as decisões dos árbitros e dos juízes, deixando claro que a decisão da arbitragem também será considerada título executivo.

Para os simpatizantes da teoria intermediária, a arbitragem reúne elementos do direito público e do privado, pois baseia-se na autonomia da vontade das partes e ao mesmo tempo obedece algumas limitações tal qual o processo jurisdicional.

Ana Tereza Palhares Basílio e André R. C. Fontes explicam:

> A palavra de ordem dos adeptos dessa forma de pensar se revela na locução jurisdição convencional. Para sustentar uma noção exata dos capítulos de direito privado e público no mesmo fenômeno da arbitragem, asseveram que ela seria uma criação da vontade dos particulares e, portanto, de feições contratuais, que se desenvolve em bases jurisdicionais, como seriam exemplos às sujeições e as limitações a que a vontade das partes é submetida, como ocorre nos tribunais, no exercício mais tradicional da jurisdição.

Eles entendem que o juiz e o árbitro possuem a mesma função de julgar a contenda vinculando as partes a um resultado, desse modo, a arbitragem *"*seria uma instituição contratual nas suas origens e jurisdicional nos seus efeitos". '[1071]

2.2 Sujeitos da arbitragem

[1070] Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.
[1071] BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. **Notas introdutórias sobre natureza jurídica da arbitragem.** 2007.Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2007-jul-31/notas_introdutorias_natureza_juridica_arbitragem >. Acesso em: 11 set. 2016.

O art.1º da lei trata sobre os sujeitos que podem fazer uso da arbitragem para resolver futuros conflitos. Conhecida como arbitrabilidade subjetiva, apenas pessoas capazes de contratar são permitidas a adotar o instituto, sendo elas, pessoas físicas ou jurídicas. O art. 1º também especifica o tipo de objeto tratado na arbitragem, resumindo-se apenas aos direitos patrimoniais disponíveis[1072], requisito também encontrado no art. 852 do Código Civil.[1073]

Com a mudança trazida pela Lei nº 13.129/2015, foi dada à Administração Pública direta e indireta o direito de utilizar a arbitragem para resolver seus litígios. Contudo, a permissão para a Administração fazer uso de meios extrajudiciais para soluções de conflitos já se encontrava disciplinada em outros diplomas legais, como veremos no próximo tópico.

2.3 Julgamento de direito e equidade

A arbitragem possui um caráter de maior flexibilidade, uma vez que fica a critério da parte escolher entre uma arbitragem de direito ou de equidade.

Entendemos como arbitragem de direito a utilização de regras (nacionais ou internacionais) escolhidas pelas partes a serem aplicadas ao mérito da controvérsia, por sua vez, o julgamento por equidade se mostra adequado quando o litígio envolver conhecimentos técnicos muito peculiares, os quais o legislador não contemplou com leis, possibilitando ao árbitro decidir a contenda da maneira que ele compreender mais justa.

Para Carmona, na viabilidade de escolha do julgamento "prestigiou-se o grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas da aplicação da Lei.[1074]

2.4 Convenção arbitral

O instrumento que as partes dispõem para submeter um litígio a arbitragem chama-se genericamente de convenção de arbitragem e especificamente como cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é encontrada no corpo do próprio contrato que gerou a controvérsia ou documento em separado que se refira ao contrato. A cláusula é autônoma, portanto, ainda que o

[1072] Direitos os quais as partes podem transacionar livremente, de acordo com a vontade, pactuando entre si situações em conformidade com seus objetivos.
[1073] Art. 852 Código Civil. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.
[1074] Op. cit., p. 5.

contrato seja nulo, há possibilidade de a mesma ser válida, cabendo ao árbitro decidir todas as questões controvertidas.

O compromisso arbitral será assinado após o surgimento do conflito e mediante a anuência de ambas as partes.

Na convenção de arbitragem, as partes definirão a forma do procedimento escolhendo entre a arbitragem *ad hoc* ou institucional.

Selma Lemes explica o procedimento *ad hoc*:

> Na arbitragem *ad hoc* as partes, para o caso específico e particular, fixam as regras de procedimento que desejam ver aplicadas pelo árbitros ou tribunal arbitral. A arbitragem é administrada pelas próprias partes e o árbitro não dispõe de assistências especial de um organismo externo.[1075]

Adotando este procedimento, as partes têm liberdade total para escolher as regras, que serão específicas para o caso em discussão. Por sua vez, na arbitragem institucional, as regras serão regidas de acordo com a instituição escolhida, que organizará o procedimento arbitral. Diante disso, o processo seguirá todos os ritos predeterminados pela Câmara.

Após esgotados todos os ritos predeterminados, será proferida a sentença de caráter definitivo, impositivo e obrigatoriamente expressa em um documento escrito, tendo os julgadores um prazo de seis meses para proferi-la, caso não haja um prazo estipulado pelos litigantes; tempo este passível de prorrogação se o envolvidos e o árbitro estiverem de comum acordo.

A sentença deverá cumprir requisitos formais listados no art. 26; do contrário, será nula. Na sentença, será indicada as custas processuais e as verbas sucumbenciais.

Proferida a decisão e as partes anuindo, os efeitos produzidos equivalem aos mesmos de uma sentença judicial e, caso condenatória, constituirá um título executivo. Com a criação da Lei de Arbitragem, tornou-se desnecessária a homologação da decisão pelo Poder Judiciário, tornando o instituto mais independente.

Diante da rejeição da sentença por uma das partes, o interessado poderá pleitear no Poder Judiciário a declaração de nulidade, se o motivo estiver entre os elencados no art. 32 da Lei 9.307/96. Na hipótese de ser declarada nula, caberá ao árbitro ou tribunal proferir nova sentença.

[1075] LEMES, Selma Maria. Arbitragem institucional e ad hoc. IN: MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos Fundamentais Da Lei De Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Selma Lemes também chama atenção para o prazo para propositura de ação anulatória da sentença arbitral; o que a norma antes silenciava, a Lei nº 13.129/15 trouxe de forma expressa.[1076]

A viabilidade da propositura de ação anulatória da sentença arbitral chamou atenção para outro ponto: é preciso que a sentença arbitral siga precedente judicial, como acontece nas decisões proferidas por juízes estatais?

Para os profissionais que atuam na área, o assunto é controverso. Parte da doutrina alega que escolhido o direito brasileiro para incidir sobre o procedimento, ao árbitro é defeso deixar de observar a norma jurídica geral[1077], por outro lado, outros estudiosos sustentam que mesmo escolhido o Código de processo civil para incidir subsidiariamente ao procedimento arbitral, o mesmo se restringiria à anulação da decisão judicial, não cabendo a ampliação para sentença arbitral.

A possibilidade do árbitro proferir sentença parcial também foi trazida pela lei 13.129/15 [1078]. A sentença parcial na arbitragem seguirá as regras previstas no Código de Processo Civil, com isso, poderá o juiz decidir parcialmente o mérito quando um ou mais pedidos formulados se mostrarem incontroversos ou estiverem em condições de julgamento imediato.[1079]

Estudado em linhas gerais e sem a intenção de esgotar o assunto, o procedimento arbitral se mostra eficiente e ágil, de maneira a ser considerado um mecanismo útil para complementar o Judiciário e, consequentemente, fortalecer o acesso à Justiça.

3 ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No ano de 1996 foi criada a Lei 9.307 que regulamentou a arbitragem e, consequentemente, fortaleceu o instituto jurídico entre os operadores do direito. A arbitragem revelou-se uma solução alternativa de conflitos muito proficiente e reduzindo o encargo do Poder Judiciário.

[1076] Art. 33, § 1o A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

[1077] O art.1040 do CPC trata de precedentes judiciais e dispõe como as partes devem se comportar caso acórdão proferido seja dissonante do acórdão paradigma.

[1078] Art. 23, § 1o Os árbitros poderão proferir sentenças parciais.

[1079] Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:
I - mostrar-se incontroverso;
II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

A utilização da arbitragem pela Administração Pública por muito tempo foi um assunto polêmico no meio jurídico. Um dos primeiros casos envolvendo a arbitragem e Administração Pública foi o caso Lage[1080] considerado o *leading case* sobre o tema.

Por meio do Decreto 9.521/46 foi incorporado à União bens e direitos, especificamente navios, pertencentes à Organização Lage tendo em vista o estado de guerra do país. O Decreto também instituiu que a quantia devida à titulo de indenização ao espólio seria decidida por meio de juízo arbitral, sendo irrecorrível.

Devidamente constituído o juízo arbitral, foi sentenciado um *quantum* referente a restituição de CR$ 288.460.812,00, o que resultou em um projeto de lei encaminhado pelo Governo ao Congresso para abertura de crédito relativo ao pagamento do montante. Ocorre que, o mesmo foi arquivado após parecer do Procurador –Geral alegando ser inconstitucional o juízo arbitral.

Devido a situação, o espólio recorreu ao Judiciário que, em primeira instância, obteve êxito para recebimento do montante. Decisão também seguida no Tribunal de Recursos que alegou ser legal o juízo arbitral.

Tendo em vista a decisão, a União interpôs dois recursos extraordinários, os quais foram negados pelo Tribunal, resultando no Agravo de instrumento n^0 52.181 julgado pelo STF.

O Supremo Tribunal Federal confirmou a decisão do Tribunal de Recursos tendo como relator o Min. Bilac Pinto que em sua decisão afirmou que o juízo arbitral era válido até mesmo nas causas contra a Fazenda Pública, criando precedente para os demais casos envolvendo a Administração Pública.

A edição da Lei 9.307/96 nada trouxe em relação ao uso do método nos contratos administrativos. Todavia, o fato de não haver expresso na lei de arbitragem não impediu que outros diplomas legais regulassem os contratos privados da Administração.

Por não haver autorização legislativa, a escolha pela arbitragem encontrou muita resistência, especialmente nos Tribunais de Contas, que alegavam a indisponibilidade do interesse público e, consequentemente, a impossibilidade da incidência da arbitragem.

Isso fica visível na resposta do TCU à consulta feita pelo Min. de Minas e Energia acerca da admissibilidade do juízo arbitral nos contratos administrativos no ano de 1993. Na decisão o Min. Homero Santos julgou ser o juízo arbitral "inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da

[1080] STF AI 52.181/GB, Relator (a) Min. BILAC PINTO , TRIBUNAL PLENO, julgado em 14/11/1973, DJ 15-02-1974.

supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)".[1081]

Os Tribunais de Contas também alegavam que em decorrência do art.55, § 2º da Lei 8.666/93 que consta a necessidade de cláusula que declare "competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual", a arbitragem automaticamente seria repelida.

O advento da Lei 8.987/95 pôs termo no argumento da ausência da autorização legislativa. A norma autorizou o uso de meios privados de solução de conflitos em contratos de concessão e permissão de obra pública, sendo acompanhada por outros diplomas que do mesmo modo permitiram o uso.

Dignas de menção, temos a Lei nº 9.472/97, no art. 93, inciso XV,[1082] a Lei nº 11.079/04, art.11, inciso III,[1083], e mais recente, o decreto 8.465/15, que regulamenta a utilização da arbitragem na resolução de disputas envolvendo o setor portuário[1084] .

3.1 Arbitrabilidade subjetiva e objetiva

Apesar de já ser utilizada na prática, o legislador considerou válida a inclusão na norma. Editada a Lei 13.129/15, a mesma trouxe algumas modificações; uma delas foi a inserção expressa no art. 1, § 1º, permitindo à Administração Pública utilizar-se da arbitragem para solucionar seus litígios.

> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
>
> § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis

Ocorre que pelo conceito exposto no caput do artigo, entende-se que a Administração já estava incluída nesta arbitrabilidade subjetiva, seja pelas diversas decisões nos tribunais autorizando, seja pelo próprio texto da lei.

A norma autoriza pessoas capazes de contratar a fazer uso do instituto jurídico, nos remetendo à lista de pessoas jurídicas de direito público no Código Civil.[1085] Todas elas possuem personalidade

---

[1081] Decisão 286/1993 – Plenário, Rel. Homero Santos. 15/07/1993.
[1082] O Art. 93, inciso XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.
[1083] Art.11, inciso III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.
[1084] Regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário.
[1085] O art. 41 do CPC dispõe que são pessoas jurídicas de direito público interno:

jurídica própria e, consequentemente, são capazes de contratar. Para o advogado Giuseppe Giamundo Neto:

> [...]a redação de seu artigo 1º estabelece que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". O sentido da palavra "pessoas", na forma utilizada pela lei, abrange, inclusive e além das pessoas de direito privado, as pessoas jurídicas de direito público interno, nos termos da definição dada ao termo pelo Código Civil. Portanto, também sob o prisma da Lei de Arbitragem, entendemos que tal procedimento é plenamente viável nas relações contratuais de direito público, ficando restrito seu uso, contudo, aos litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis.[1086]

No tocante à arbitrabilidade objetiva, a norma também deixa claro que só poderá ser objeto de arbitragem direitos patrimoniais disponíveis e, neste sentido, Selma lemes pontua que:

> [...] passam a ser suscetíveis de solução arbitral apenas as questões que não dizem respeito às atribuições de *jure imperii*, nem de direito, mas de questões de fato puramente patrimoniais. Sob o magistério de Bielsa, emérito administrativista argentino e praticamente pioneiro em abordar a utilização da arbitragem pelo Estado, verificamos que, para definição do que pode e não pode ser submetido à arbitragem, o que é considerado ou não direito disponível, na linguagem da lei de arbitragem, (art.1) é necessário efetuar a distinção ente "atos administrativos de autoridade"(latu sensu) e atos de simples gestão"(gestão patrimonial).[1087]

Os atos de império não podem ser objeto de arbitragem porque são decisões tomadas pelo Estado exercendo seu papel de autoridade. O mesmo não se pode falar dos efeitos, uma vez que poderão ter um resultado patrimonial. Por outro lado, os atos de gestão acontecem quando o poder público atua sem as prerrogativas que possui sobre o indivíduo, similar aos atos praticados pelos particulares.[1088]

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

[1086] GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **A importância da arbitragem nos contratos administrativos.** 2008**.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-set-12/importancia_arbitragem_contratos_administrativos > Acesso em: 20 out. 2016.

[1087] Op. cit.

[1088] DI PIETRO , Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos.** 2015. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2 > Acesso em: 5 dez. 2016.

Na I Jornada de prevenção e solução extrajudicial de litígios de 2016, foram inclusos nos enunciados referentes à arbitragem dois possíveis objetos de arbitragem envolvendo a Administração Pública, tais como controvérsias ligadas *I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas*.[1089]

Ademais, ainda sobre a arbitrabilidade objetiva, uma polêmica recaía sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois estudiosos sustentavam que todos os direitos da Administração eram indisponíveis, logo, não se sujeitariam à arbitragem.

3.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público

O princípio da indisponibilidade do interesse público faz parte dos princípios que regem a Administração. Este princípio implica na impossibilidade de o Poder Público renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por esse motivo, mediante lei, poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia.[1090]

Diante desse conceito muitos doutrinadores alegavam a impossibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública, pois o interesse público tornava todos os direitos da Administração indisponíveis. No entanto, é necessário entender com uma visão mais simples o que seria interesse público.

Na prática é difícil separar interesse público do interesse privado, dado que não existe uma definição una para a expressão. O público e o privado estão conectados, sendo necessário o estudo caso a caso pela autoridade administrativa.[1091] A doutrina divide o interesse público em primário e secundário[1092].

[1089] CJF. **CJF publica íntegra dos 87 enunciados aprovados na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios. Acesso em: 5 dez. 2016.

[1090] MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

[1091] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, mai. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>. Acesso em: 05 jan. 2017.

[1092] No mesmo sentido, autores como Marcelo Alexandrino, Celso Antônio Bandeira de Mello, Renato Alessi e Calmon de Passos.

O interesse público primário consiste nos interesses da sociedade como um todo, enquanto o interesse secundário equivale ao interesse do Estado como sujeito de direito.

Para Marçal, o interesse secundário não pode ser considerado um interesse público. "Ousa-se afirmar que nem ao menos são 'interesses", na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito.[1093]

Quanto aos direitos patrimoniais do poder público considerados indisponíveis, Di Pietro, ao explicar o assunto, defende que o interesse público em si próprio é indisponível em razão da titularidade pertencer à sociedade e não à Administração Pública, que possui apenas o dever de gerenciar. Logo, não poderá utilizar da forma que deseja.

No entanto, para a autora, o interesse público não torna todos os direitos indisponíveis, visto que em certas situações é exatamente com o argumento do interesse público que o contratado tem direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, garantindo a prestação do serviço.[1094]

Seguindo o entendimento, Marçal pontua que:

> [...] existem questões de cunho meramente patrimonial. Se a Administração Pública deixou de pagar uma prestação contratualmente prevista sob o fundamento da infração às especificações técnicas contratuais, essa é uma questão patrimonial, de natureza disponível. O conflito entre a Administração Pública e particular, envolvendo a interpretação das cláusulas contratuais, é uma questão disponível, precisamente porque a cláusula a ser interpretada foi criada pela vontade disponível das partes.[1095]

Visto isso, seria um equívoco considerar todos os interesses da Administração Pública indisponíveis, pois há contratos administrativos que versam única e exclusivamente de direitos patrimoniais e, dessa maneira, são passíveis à arbitragem.

No julgamento de um recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal[1096], a Ministra Ellen Gracie se posicionou no sentido de que o interesse público é de fato indisponível, porém não pode ter caráter absoluto. Haverá situações em que ele precisará ser relativizado no intuito de atender ao interesse coletivo.

3.3 Arbitragem nos Tribunais

[1093] Op. cit.
[1094] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos.** 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2. Acesso em: 05 dez. 2016.
[1095] Op. cit.
[1096] RE 253885, rel Min. Ellen Gracie, T1, j.04/06/2002, DJ 21-06-2002.

No que tange ao Tribunal de Contas da União, o uso do instituto jurídico pela Administração Pública não era um assunto pacífico até o ano de 2015 com a modificação na lei. Em suas decisões de maioria contrária ao uso, os Ministros alegavam a indisponibilidade do interesse público e a necessidade de autorização legal específica.

Um processo referente ao relatório de levantamento de auditoria no ano de 2005 realizado nas obras de Recuperação de Trechos Rodoviários – Divisa SC/RS- Aceguá - na BR-153/RS, no Rio Grande do Sul, pedia ao Departamento Nacional de Infra - Estrutura dos Transportes - DNIT a supressão da cláusula arbitral. No relatório constava que os contratos firmados pelas partes eram nulos porque tratavam de objeto de natureza pública, sendo, portanto, indisponível e contrário ao art. 1º da Lei nº 9.307/96 e ao interesse público.

Em seu voto o Ministro Marcos Bemquerer citou as decisões divergentes sobre o assunto. Discorreu que o Tribunal de Contas adotava o entendimento de que os conteúdos dos contratos administrativos eram indisponíveis, sendo assim, não podiam submeter-se à arbitragem.[1097]

Outro processo julgado em 2013, também referente a um levantamento de auditoria realizada nas obras de construção de unidades estacionárias de produção no exterior a cargo da Petrobrás, o Ministro Benjamin Zymler alegou, entre outros pontos, que embora o objeto do contrato fosse considerado disponível, o mesmo seria nulo, porque não havia legislação específica autorizando a cláusula arbitral.[1098]

No entanto no decorrer de seu voto, o Ministro ponderou e permitiu seguindo o entendimento do STJ, que a parte, uma sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, adotasse a cláusula arbitral, mas que, contudo, a cláusula "*não fosse restrita à atividade fim da empresa, devendo entretanto ser justificada técnica e economicamente e ser de acordo com a prática de mercado"*.[1099]

Embora considerado um assunto controverso no Tribunal de Contas da União, o entendimento aplicado até a mudança na Lei, era a possibilidade do uso da arbitragem pelas empresas públicas prestadores de serviços públicos e pelas sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, entendimento igualmente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Esse entendimento se observa na decisão do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308 – DF, o qual o Min. Luiz Fux explica sobre o julgamento do tribunal:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO

[1097] Acórdão 1.271/2005 Plenário, TC-005.123/2005-4, Relator Marcos Bemquerer Costa, 24.08.2005.
[1098] Acórdão 2145/2013-Plenário, TC 006.588/2009-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 14.8.2013.
[1099] Idem.

> [...]
>
> 3. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.
>
> [...]
> 5. Contudo, naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.
>
> [...]
> **10. Nestes termos, as sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1o, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.** (grifos nossos)[1100]

Como visto, para o Superior Tribunal de Justiça o uso da cláusula arbitral pelas empresas públicas e sociedades de economia mista já era perfeitamente possível para futuros litígios que envolvessem direitos patrimoniais de cunho econômico.

3.4 Julgamento por equidade, o sigilo do processo e escolha da Câmara arbitral

O julgamento com base na equidade equivale na escolha das regras que serão seguidas no processo pelas partes.

Em virtude da modificação da lei, ficou expresso que, devido ao princípio da legalidade o qual o poder público é vinculado, os litígios da Administração Pública submetidos a arbitragem não poderão ser julgados por equidade.[1101]

No que refere ao sigilo aplicado a arbitragem, tem-se que no direito privado não é obrigatório, mas em regra é utilizado para poupar as empresas envolvidas no processo devido a possível apresentação de documentos que, se divulgados, prejudicariam os litigantes.

O procedimento arbitral adotado pela Administração Pública não poderá ser sigiloso, haja vista a previsão expressa na lei de arbitragem e a obediência ao princípio da publicidade listado no art.37 da

---

[1100] AgRg no MS 11308 / DF, Rel Min Luiz Fux, 28/06/2006.

[1101] PESTANA, Marcio. **Administração pública e a abitragem:** Um histórico do uso da arbitragem na solução de litígios e interpretações conflitantes nas relações jurídicas da administração pública. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI164449,71043-Administracao+publica+e+a+abitragem. Acesso em: 10 jan. 2017.

CF. O princípio consiste no dever de a Administração Pública externar seus atos para a sociedade, resultando em uma maior proximidade entre eles.

Todavia, Wallace Paiva Martins Junior avalia que essa publicidade em alguns casos poderá ser mitigada em prol do interesse público e da privacidade, pois em determinados casos "o conhecimento público normal e imediato comprometeria o interesse público, a atuação administrativa e a estabilidade das relações da sociedade e do Estado". [1102]

Em se tratando da Administração Pública, o sigilo só poderá ocorrer caso derive de lei. No entanto, Eugenia Cristina Marolla chama atenção para o fato de que o princípio vincula o Poder Público e não o particular, de forma que "a ausência do dever de sigilo na arbitragem não implica em que todas as informações obtidas pela Administração Pública, durante o procedimento, sejam consideradas públicas e, portanto, passiveis de divulgação". [1103]

Em relação à necessidade de instituição de arbitragem *ad hoc* ou institucional relativos ao Poder Público, a lei 13.129/15 foi omissa. A forma *ad hoc* proporciona uma liberdade de escolha para as partes que, se aplicado nos casos envolvendo Administração Pública, na prática tornaria o processo mais complexo[1104].

Uma vez adotada a arbitragem institucional, um ponto crucial precisaria ser analisado: a necessidade de licitação para escolha da Câmara arbitral.

O processo de licitação é o meio pelo qual a Administração possui para atingir o interesse público mas não possui caráter absoluto[1105].

Na hipótese de licitação para escolha da Câmara arbitral, o processo se tornaria confuso uma vez que, o método da arbitragem é adotado para resolver conflitos que surjam durante a execução do contrato, havendo a possibilidade de não ocorrer nenhuma divergência durante o mesmo.

Outro ponto seria em relação ao montante cobrado posto que, as Câmaras cobram valores baseados na quantia que está sendo discutida e, desse modo, impossibilitaria a estipulação de valores no edital da licitação.

[1102] MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa:** publicidade, motivação e participação popular, 2 ed – Sao Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.
[1103] MAROLLA, Eugenia Cleto. **A arbitragem e os contratos da administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2016, p. 157.
[1104] OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Resende. **Inexigibilidade de licitação na escolha do árbitro ou instituição arbitral nas contratações públicas.** Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/10/28/inexigibilidade-de-licitacao-na-escolha-do-arbitro-ou-instituicao-arbitral-nas-contratacoes-publicas/. Acesso em: 16 out. 2017.
[1105] Ver artigos 25 e 26 da Lei 8666/93 que tratam sobre hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação.

O Decreto 8.465/2015, que trata sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário, traz em seu art.7º que a escolha do árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes.

Nas palavras de Flavio Amaral Garcia,

> Considerando o arrematado absurdo que seria licitar a contratação de árbitro, é bem provável que a inexigibilidade se delineará como a solução pragmática que prevalecerá nas futuras indicações de árbitro, o que, contudo, revela um grave equívoco conceitual, porquanto contratualiza uma relação de índole jurisdicional, ainda que não estatal, na qual a escolha é determinada em ato unilateral da Administração Pública[...].[1106]

O equívoco conceitual que trata o autor acima, diz respeito ao caráter não contratual da relação dos árbitros com o ente público. A relação entre os envolvidos não configura uma relação contratual, pois a escolha das partes por árbitros mostra-se um ”ato jurídico unilateral de cunho discricionário”.[1107]

Exemplificando essa dispensa de licitação na contratação de câmara arbitral, vejamos o caso a seguir.

A empresa Águas de Itu S/A e o Município de Itu firmaram um contrato de concessão o qual havia uma cláusula promissória, porém vazia[1108].

O Município, em uma breve síntese, decretou a intervenção do serviço e passado algum tempo, rescindiu o contrato de concessão. A empresa requerente protocolou junto à Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB) um requerimento de arbitragem com base na cláusula compromissória prevista em contrato.

O Município foi devidamente notificado mas se mostrou contrário a instituição da arbitragem e, por essa razão, a empresa demandou uma ação perante o Poder Judiciário com base no art. 7 da Lei 9.307/96.

A ação objetivava obter a celebração consensual de compromisso arbitral que estipulasse as condições faltantes para a instauração da arbitragem ou suprimento desse consenso pelo Poder Judiciário

---

[1106] GARCIA, Flavio Amaral. **A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: licitar ou não?.** Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-não. Acesso em: 10 out. 2017.

[1107] JUSTEN FILHO, Marçal. **Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de arbitragem e os Árbitros.** Disponível em: http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/uploadAddress/Marcal_Justen_Filho__Escolha_de_Instituicoes_e_Arbitros_e_a_Lei_de_Licitacoes[68835].pdf. Acesso em: 15 out. 2017.

[1108] Cláusula Compromissória Vazia é aquela que determina que as disputas surgidas em razão do contrato serão resolvidas por arbitragem, mas não faz referência expressa às regras que conduzirão tal arbitragem.

e assim como requereu, a concessão de tutela provisória para autorizar o prosseguimento da arbitragem já iniciada.

Em relação a escolha da Câmara pela empresa concessionária, o magistrado da 3ª vara cível de Itu decidiu dentre outros pontos, que "*as escolhas de árbitro e da Câmara arbitral se adequam às hipóteses de inexigibilidade de licitação. Trata-se de hipótese específica em que há necessidade de profissionais ou empresas de notória especialização, conforme autorizado pelo artigo 25, da Lei n. 8.666/93.*"[1109]

Ainda que haja a controvérsia sobre o caráter não contratual da relação entre as partes envolvidas, percebe-se que a inexigibilidade de licitação já vem sendo aplicada acompanhando o que já preconizava a Lei Mineira de arbitragem e o Decreto 8.465/2015.

3.5 Regime de precatórios

A execução da sentença arbitral envolvendo a Fazenda Pública ainda é polêmica. A arbitragem é um instituto jurídico que preza pela eficiência e a celeridade no direito privado, mas ao ser aplicada no regime jurídico público pode não apresentar os resultados desejados.

Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas federal, estadual e municipal em razão de sentença judicial, são pagos por meio de precatórios em ordem cronológica, buscando a isonomia entre os credores.[1110]

No que diz respeito à sentença arbitral, a doutrina diverge sobre como seriam feitos os pagamentos devidos pela Administração Pública, pois, como está disposto no artigo 31 da 9.307/96, a mesma tem natureza jurídica de sentença e, sendo condenatória, constitui título executivo, logo, entraria na fila dos precatórios.

Uma pergunta cabível a se fazer: é possível ao poder público pagar de forma espontânea os valores decorrentes das sentenças arbitrais, sem precatórios?

Os estudiosos do tema divergem. Para Leonardo Carneiro da Cunha, o pagamento deve ser feito unicamente por meio de precatório ou requisição de pequeno valor – RPV, como aponta o art.100 da CF, não incluindo as sociedades de economia mista e empresas públicas, cujo regime jurídico é de empresa privada.[1111]

[1109] Processo nº 1005577-98.2016.8.26.0286/TJSP; Juiz: Fernando França Viana, julgado em 19/04/2017.
[1110] Art. 100 da Constituição Federal.
[1111] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Opinião 47 – a arbitragem e a administração pública**. Disponível

Entendimento este empregado em parecer elaborado pela Advocacia Geral da União, trata sobre o pagamento de valores devidos à Agência Nacional do Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis – ANP pela União, decorrente de sentença arbitral.[1112]

O procurador federal traz à tona o art. 100 da Carta Magna que trata sobre precatórios. Segundo ele a omissão da lei sobre pagamentos decorrente de sentenças arbitrais não resulta em regime diferenciado de pagamento devido a sua equiparação a sentença judicial.

O pagamento por via que não fosse a de execução judicial ofenderia a Constituição e "equivaleria a criar uma casta privilegiada de credores que se furtariam à disciplina constitucional da matéria apenas porque, ao invés de litigarem com a Administração Pública pela via jurisdicional comum, preferiram se submeter à arbitragem".[1113]

Em sentido contrário, Adilson Dallari aduz que o pagamento feito pela Fazenda Pública de maneira espontânea é possível e não fere o princípio da isonomia ou impessoalidade, caso este acordo seja com um único credor. Para o autor, o pagamento só seria feito por precatório na hipótese de o Poder Público se recusar a fazê-lo.[1114]

Nesta linha de raciocínio, Rafael Carvalho Rezende Oliveira defende a viabilidade do pagamento espontâneo pela Administração Pública. Para ele, é preciso que o ente público tenha dotação orçamentária suficiente para o pagamento do montante devido, dessa forma outros credores não seriam prejudicados.[1115]

Em relação aos princípios da isonomia e impessoalidade, o pagamento voluntário não iria de encontro "isso porque, a própria forma arbitral de solução de controvérsias decorre diretamente da lei e, nas relações contratuais, deve ser considerada pelos interessados que participam da licitação pública."[1116]

---

em: http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-47-a-arbitragem-e-a-administracao-publica-2/ Acesso em: 8 jan. 2017.

[1112]AGU. **Processo administrativo nº00407.001306/2009-57**. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vm3O0xzZ_twJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/25049633+&cd=7&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari Acesso em: 14 jan. 2017.

[1113] Idem.

[1114] DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a fazenda pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 177-192, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43866/44724>. Acesso em: 20 jan. 2017.

[1115]OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Arbitragem e Poder Público: pagamento voluntário burla o sistema de precatórios?** . 2016. Disponível em: < http://genjuridico.com.br/2016/12/19/arbitragem-e-poder-publico-pagamento-voluntario-burla-o-sistema-de-precatorios/#_ftn7 > Acesso em: 10 jan. 2017.

[1116]Idem.

Para Flávio Willeman, o normal seria que a execução por meio de sentença arbitral contra a Fazenda Pública seguisse o regime de precatórios. Todavia, ele menciona a mudança de paradigmas no direito administrativo e como essa mudança afeta nosso ordenamento jurídico.[1117]

Como exemplo, o autor traz a lei federal nº 11.079/04 que permite, dentre outras opções, a possibilidade do pagamento pela Administração de obrigações pecuniárias por meio de um fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.[1118]

Essa permissão é muito questionada pelo fato de não haver lei complementar regulamentando a concessão de garantias, como consta no art.163 da CF. No caso de sentença arbitral condenando o Poder Público ao pagamento por meio de fundo garantidor, Flávio Willeman alega que:

> […] não há óbice constitucional e legal para a Administração Pública se submeter a um regime jurídico contratual, respeitando os princípios de direito público, estabelecendo em lei, como garantia para a eventualidade de prejuízos oriundos do seu inadimplemento, que os valores serão pagos por um fundo com personalidade jurídica de direito privado, ou de bens públicos especialmente destinados a este tipo de garantia.

> […]conclui-se ser possível à Administração Pública pretender ser eficiente ao se submeter à solução de conflitos utilizando-se de meios alternativos à normal tutela jurisdicional, máxime pela via da arbitragem, bem assim não ser inconstitucional, excepcionalmente, que a sentença arbitral que impuser condenação pecuniária à Fazenda Pública seja satisfeita sem a expedição de precatório judicial, desde que exista previsão legal e contratual neste sentido, e também estabelecendo que os valores serão suportados por fundos privados ou públicos criados para esta finalidade – tal qual acontece com as PPPs – e/ou com a destinação específica de bens que serão afetados a esta finalidade (garantia real).[1119]

[1117] WILLEMAN, Flávio Araújo. **Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais E Pagamentos De Condenações Pecuniárias Por Precatórios Judiciais.** Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IET_8X48TKAJ:download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07ArcodosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br . Acesso em: 29 jan. 2017.

[1118] O art.8 da lei dispõe sobre as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:
I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
VI – outros mecanismos admitidos em lei.

[1119] Op. cit.

O uso da arbitragem, que tem como características marcantes a adaptação procedimental e a celeridade, foi expressamente permitido para a Administração Pública e, por isso, a nosso ver, é natural que procedimentos seguidos pela Fazenda Pública sejam adaptados e simplificados, respeitando o princípio da legalidade, considerando atender o interesse público e, dessa maneira, diminuir o volume de processos.

3.6 Questões pontuais

3.6.1 Despesas do procedimento arbitral

O alto custo com despesas e custas do procedimento fez surgir um fenômeno nomeado de *Third Party Fund* que está se tornando cada vez mais comum no Brasil.

Intitulado como Financiamento da Arbitragem por Terceiros, o mesmo consiste em um terceiro, que não esteja envolvido no conflito, financiar todas as despesas e custas em troca de um percentual obtido em caso de êxito.

Para os advogados Rafael Francisco Alves e Lígia Espolaor Veronese o financiamento incentiva a utilização da arbitragem pelas empresas:

> O que podemos esperar é uma competição cada vez mais acirrada entre os fundos pelos casos potencialmente mais rentáveis e entre as partes pelos fundos com condições de financiamento mais vantajosas. Essa é a competição saudável, que contribui para otimizar a alocação dos recursos escassos em qualquer economia. Por outro lado, as diretrizes e regras criadas pelos órgãos arbitrais (domésticos e internacionais) tem se mostrado suficiente para coibir práticas indevidas com a utilização desse mecanismo, sem que seja necessária qualquer alteração legislativa a propósito. Mais uma vez, em termos de regulação da arbitragem, prevalece a máxima de que menos é mais.[1120]

Um tema ainda incipiente na arbitragem brasileira, mas de suma importância para os envolvidos no procedimento, o financiamento por terceiros ainda será muito explorado pelos estudiosos, pois não há legislação específica sobre o tema.

Ademais, ainda referente aos gastos com arbitragem, no que se refere ao pagamento das custas do procedimento envolvendo a Fazenda Pública, a lei silencia. Contudo, no Decreto nº 8.465/2015[1121],

---

[1120] Alves,Rafael Francisco; Veronese, Lígia Espolaor. **Arbitragem e empresas em crise: o novo Mercado de financiamento por terceiros.** Disponível em: https://www.jota.info/artigos/arbitragem-e-empresas-em-crise-o-novo-mercado-de-financiamento-por-terceiros-05082016. Acessado em: 05 out 2017.

[1121] O Decreto, como já mencionado, regula o setor portuário.

a norma elenca que as despesas serão pagas pelo contratado quando o procedimento arbitral for instaurado.[1122]

Selma Lemes explica que o argumento do alto valor do procedimento da arbitragem é mitigado pelos particulares quando os custos de transação arcados por eles são colocados no papel. Para a autora, a confiança que os contratados possuem na arbitragem reflete diretamente na tarifa cobrada aos usuários finais, que poderá sofrer uma redução de até 20%.[1123]

3.6.2 Lei de arbitragem mineira

A fim de incentivar os particulares a firmarem contratos com os entes da Administração Pública, direta ou indireta, o Estado de Minas Gerais editou uma norma estadual nº 19.477/11 tratando da utilização da arbitragem na seara pública, em busca de uniformidade e um norte para envolvidos[1124].

Considerada pioneira no Brasil em se tratando do assunto, a lei trouxe segurança aos administradores receosos com o método alternativo temendo ações de responsabilidade junto aos Tribunais de Contas ou ações de improbidade administrativa no término de seus mandatos.

A lei mineira dispõe sobre pontos que a Lei nº 9.307/96 silencia. O primeiro diz respeito ao árbitro, a quem a lei estadual estabelece em seu art.5º requisitos para exercer a função

> Art. 5° São requisitos para o exercício da função de árbitro:
>
> I - ser brasileiro, maior e capaz;
>
> II - deter conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato;
>
> III - não ter, com as partes nem com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição de Juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil;
>
> IV - ser membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado.

[1122] Art 3º, inciso VII - as despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento.

[1123] LEMES, Selma Maria. **Incentivos à arbitragem na administração pública.** 2016. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/IncentivosaArbitragemnaAdministraçãoPública%20-2016.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

[1124] A lei 9.307 é e tem força de Lei Federal, destarte, esta é soberana e não se confunde nem ao menos se equipara as leis Estaduais. No entanto, como dispõe o art.24 da Constituição Federal, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados e, inexistindo lei federal que verse sobre o assunto, caberá aos Estados legislar sobre o assunto para atender suas peculiaridades. Desse modo, a lei estadual mineira editada anos antes da modificação da lei 9.307, segue válida por não haver nenhuma contrariedade e sim, complementações.

O segundo ponto é referente à câmara arbitral, que preferencialmente terá que ter sede no Estado e deverá cumprir alguns requisitos.[1125] Tratando-se da Administração Pública o legislador optou no primeiro momento, dar mais segurança aos envolvidos elegendo a arbitragem institucional como forma de solucionar a contenda.

Outro aspecto importante da lei corresponde às custas do procedimento, que segundo o art.11, parágrafo único, serão adiantadas pelo particular, desde que previsto no edital da licitação.

Na opinião dos advogados Ricardo Dalmaso Marques e Fernanda Dias de Almeida, a lei mineira foi muito benéfica para os parceiros privados que celebram contrato com o Poder Público, pois proporcionou segurança jurídica e "contribuiu para a disseminação de uma verdadeira cultura arbitral no setor público".[1126]

A lei mineira de fato foi um grande passo para a consolidação da arbitragem no âmbito público, considerada de grande valia aos operadores do direito que puderam se familiarizar com o tema, passando a adotá-lo com segurança e assim consolidar a utilização do método.

Conclusão

Inequívoca as mudanças nos paradigmas do direito administrativo; devido à necessidade de adaptar-se à era da consensualidade, o Poder Público vem atenuando algumas de suas prerrogativas, amenizando a verticalização existente, objetivando uma aproximação com o particular com o intuito de obter maiores investimentos privados.

Regida pelos princípios da economicidade, eficiência e proporcionalidade é razoável que Administração Pública se adapte para desempenhar suas atividades, haja vista a possibilidade de deparar - se com situações que exijam fazer uso de um instituto típico do direito privado na seara pública, como acontece com a arbitragem nos contratos administrativos.

Método de solução alternativo de conflitos, a arbitragem tem ganhado maior visibilidade no meio jurídico pelas suas vantagens e peculiaridades.

[1125] O art. 10 da Lei estadual dispõe que a câmara arbitral escolhida para compor litígio será preferencialmente a que tenha sede no Estado e deverá atender ao seguinte:
I - estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos;
II - estar em regular funcionamento como instituição arbitral;
III - ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo;
IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

[1126] MARQUES, Ricardo Dalmaso; ALMEIDA, Fernanda Dias de. **A submissão de entes da Administração Pública à arbitragem – a lei mineira de arbitragem (lei estadual 19.477/11)**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI144769,31047-A+submissao+de+entes+da+Administracao+Publica+a+arbitragem+a+lei. Acesso em: 18 dez. 2016.

Antes da mudança com a Lei nº 13.129/15, a arbitragem já se aplicava aos contratos privados da Administração e, por se mostrar eficaz, foi instituída por lei para os contratos administrativos típicos.

A norma trouxe, dentre muitas outras mudanças, a permissão expressa para a Administração Pública utilizar o método a fim de dirimir seus conflitos. Todavia, foi clara quando citou a possibilidade do uso da arbitragem para solucionar apenas litígios que envolvessem direitos patrimoniais (lembrando que direitos de cunho patrimonial podem decorrer de direitos indisponíveis).

Para a Administração Pública fazer uso da arbitragem foram necessárias algumas adaptações. Nos contratos administrativos, o cabimento da arbitragem resumir-se-á às cláusulas econômicas, aquelas que versam sobre o equilíbrio econômico-financeiro. Em se tratando do julgamento, este só poderá ser de direito e decidido por um Tribunal arbitral, sendo vedado o veredito por um único árbitro. Por fim, aos árbitros caberá analisar o contrato de maneira técnica e rigorosa, avaliando a melhor saída para os litigantes.

A inserção da cláusula arbitral nos contratos administrativos abarca uma série de benefícios para as partes envolvidas tais como, a celeridade do processo, a flexibilidade das normas e a tecnicidade dos julgadores que, na maioria das vezes, são especializados no assunto da contenda.

A economia contratual também está inclusa no rol das vantagens da arbitragem, pois, quando há a previsão de cláusula arbitral, o preço oferecido pelo particular é menor, devido à economia dos custos de transação (custos indiretos, como o valor que o particular terá que arcar caso o contrato não seja cumprido).

Ainda que expressa a permissão da utilização da arbitragem em contratos administrativos, pontos ainda suscitam controvérsias. Todavia, em se tratando da Administração Pública, estudos e debates se mostram imprescindíveis, a fim de enriquecer o tema e, dessa maneira, tornar a utilização do procedimento arbitral efetiva.

Nesse cenário, nota-se que a inclusão da cláusula arbitral em contratos administrativos só tem a beneficiar a Administração Pública e seus administrados. Logo, é fundamental uma mudança cultural dos gestores e operadores do direito, que ainda se mostram temerosos quanto ao uso, para que o procedimento passe a ser reputado como regra e não um como meio alternativo de solução de conflitos.

REFERÊNCIAS

AGU. **Processo administrativo nº00407.001306/2009-57**. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vm3O0xzZ_twJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/25049633+&cd=7&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari Acesso em: 14 jan. 2017.

ALVES,Rafael Francisco; Veronese, Lígia Espolaor. **Arbitragem e empresas em crise: o novo Mercado de financiamento por terceiros**. Disponível em: https://www.jota.info/artigos/arbitragem-e-

empresas-em-crise-o-novo-mercado-de-financiamento-por-terceiros-05082016. Acessado em: 03 out 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Breves observações sobre o procedimento arbitral**. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Arenhart%20-%20formatado.pdf. Acesso em: 12 dez. 2016.

BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. **Notas introdutórias sobre natureza jurídica da arbitragem.** 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jul-31/notas_introdutorias_natureza_juridica_arbitragem> Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. **Lei 13.129**, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. **Lei 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em 23 set. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 286/1993**, Plenário acerca consulta do Ministro de Minas e energia sobre a utilização da arbitragem em contratos administrativos. Rel. Homero Santos. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/KEY%3AACORDAO-COMPLETO-5150/DTRELEVANCIA%20desc/false/1. Acesso em 03 jan. 2017.

BRASIL, Minas Gerais. **Lei estadual 19.477/11**, 12 de janeiro de 2011. Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências. Disponível em: http://www.normasbrasil.com.br/norma/?id=142010. Acesso em 14 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal de contas da União. **Acórdão 1.271/2005-Plenário, TC-005.123/2005-4**, Relator Marcos Bemquerer Costa, 24.08.2005. Disponível em<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kZJgytT7P34J:www.tcu.gov.br/Consulta

s/Juris/Docs/judoc%255CAcord%255C20050905%255CTC-005-123-2005-4.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>. Acesso em 13 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal de contas da União. **Acórdão 2145/2013-Plenário, TC 006.588/2009-8**, Relator Ministro Benjamin Zymler, 14.8.2013. Disponível em< http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4RSKkcVpoPUJ:portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A24D309895014D339E613D6FFF%26inline%3D1+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari.> Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no mandado de segurança 11308**. Distrito Federal, Relator Min. Luiz Fux. 28/06/2006. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147580/agravo-regimental-no-mandado-de-seguranca-agrg-no-ms-11308-df-2005-0212763-0/inteiro-teor-12864814. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso especial 253885**, Rel Min. Ellen Gracie, T1, j.04/06/2002. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28253885%2ENUME%2E+OU+253885%2EACMS%2E%29%28PRIMEIRA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z98erud>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento nº 0000189-27.2011.8.19.0021,** Sexta Câmara Cível, Des. Teresa De Andrade Castro Neves. Julg 12/11/15. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C65E9B8477764D5F4F8C31A390A31C6AC5030B59482C> Acesso em: 11 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo nº 1005577-98.2016.8.26.0286 .**Juiz: Fernando França Viana, julgado em 19/04/2017. Disponível em < https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=7Y00028RH0000> . Acesso em: 30 maio. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.**Agravo regimental em sentença estrangeira**, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001. Disponível em < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep> . Acesso em: 30 nov. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3.ed.rev.,atual, e ampl. – São Paulo: Atlas,2009, p.4.

CARMONA, Carlos Alberto. Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. **Revista brasileira de arbitragem**, v.18, p. 7-26, 2008. Disponível em: <https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/199999/mod_resource/content/1/CARMONA,%20Carlos%20Alberto.%20Ensaio%20sobre%20a%20Sentença%20Arbitral%20Parcial.%20Revista%20Brasileira%20de%20Arbitragem,%20v.%2018,%20p.%207-26,%202008..pdf> Acesso em: 20 dez. 2016.

CJF. **CJF publica íntegra dos 87 enunciados aprovados na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios. Acesso em: 5 dez. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Opinião 47 – a arbitragem e a administração pública**. Disponível em: http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-47-a-arbitragem-e-a-administracao-publica-2/ Acesso em: 8 jan. 2017.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a fazenda pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 177-192, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43866/44724>. Acesso em: 20 jan. 2017.

DI PIETRO , Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos.** 2015. <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2> Acesso em: 05 dez. 2016.

FELIZARDO, Renata Mangualde. **A sentença arbitral deve observar o precedente judicial?** 2017. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI251426,91041-A+sentenca+arbitral+deve+observar+o+precedente+judicial> Acesso em: 20 jan. 2017.

FERNANDES, Francisco Luiz; FERNANDES, Thallita Maria Moreeuw. **Princípio da juridicidade.** Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13405&revista_caderno=9.> Acesso em: 05 ago. 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. rev e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. – Rio de janeiro: editora FGV,2013.

GARCIA, Flavio Amaral. **A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: licitar ou não?.** Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-não. Acesso em: 10 out. 2017.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **A importância da arbitragem nos contratos administrativos.** 2008**.** <http://www.conjur.com.br/2008-set-12/importancia_arbitragem_contratos_administrativos >. Acesso em: 20 out. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de arbitragem e os Árbitros.** Disponível em: http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/uploadAddress/Marcal_Justen_Filho__Escolha_de_Instituicoes_e_Arbitros_e_a_Lei_de_Licitacoes[68835].pdf. Acesso em: 15 out. 2017.

Justiça em números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf Acesso em: 10 out. 2016.

LEMES, Selma Maria. Arbitragem institucional e ad hoc. IN: MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos Fundamentais Da Lei De Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEMES, Selma Maria. **Prescrição, sentença parcial, prazos e árbitros**. 2015. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%202%20-Prescrição,%20sentença%20parcial,%20prazos%20e%20árbitros.pdf> Acesso em: 06 jan. 2017.

LEMES, Selma Maria. **Incentivos à arbitragem na administração pública.** 2016. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/IncentivosaArbitragemnaAdministraçãoPública%20-2016.pdf>. Acesso em: 10 dez 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6.ed. Niterói: Ímpetus, 2012.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da administração pública**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa:** publicidade, motivação e participação popular, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Ricardo Dalmaso; Almeida, Fernanda Dias de. **A submissão de entes da Administração Pública à arbitragem – a lei mineira de arbitragem (lei estadual 19.477/11)**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI144769,31047-A+submissao+de+entes+da+Administracao+Publica+a+arbitragem+a+lei.>Acesso em: 18 dez. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo:** (de acordo com as Leis 8.666, de 21.6.1993, com as alterações introduzidas pelas Leis 8.883, de 8.6.1994, 9.032, de 28.4.1995, 9.648, de 27.5.1998 e 11.196, de 21.11.2005). 14. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, mai. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496. Acesso em: 05 jan. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Arbitragem e Poder Público: pagamento voluntário burla o sistema de precatórios?**. 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/12/19/arbitragem-e-poder-publico-pagamento-voluntario-burla-o-sistema-de-precatorios/#_ftn7>. Acesso em 10 jan 17.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Rezende. **Inexigibilidade de licitação na escolha do árbitro ou instituição arbitral nas contratações públicas.** Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/10/28/inexigibilidade-de-licitacao-na-escolha-do-arbitro-ou-instituicao-arbitral-nas-contratacoes-publicas/. Acesso em: 16 out. 2017.

PESTANA, Marcio. **Administração pública e a abitragem:** Um histórico do uso da arbitragem na solução de litígios e interpretações conflitantes nas relações jurídicas da administração pública. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI164449,71043-Administracao+publica+e+a+abitragem. Acesso em: 10 jan. 2017.

WILLEMAN, Flávio Araújo. **Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais E Pagamentos De Condenações Pecuniárias Por Precatórios Judiciais.** Disponível em:http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IET_8X48TKAJ:download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07ArcodosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br . Acesso em: 29 jan. 2017.