

Revista Jurídica da **PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE**

Volume 11, anual, 2016

**REVISTA DA
PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO ACRE**

Centro de Estudos Jurídicos

MARIA LÍDIA SOARES DE ASSIS
Procuradora-Geral do Estado do Acre

**LEONARDO SILVA CESÁRIO
ROSA**
Procurador-Geral Adjunto

SÁRVIA SILVANA SANTOS LIMA
Corregedora-Geral da PGE

**RODRIGO FERNANDES DAS
NEVES**
Procurador-Chefe do Centro de Estudos
Jurídicos

Qualquer parte desta publicação
pode ser reproduzida desde que
citada a fonte, sendo proibidas as
reproduções para fins comerciais.
A revista é disponível virtualmente
no site www.pge.ac.gov.br.

Procuradoria-Geral do Estado do
Acre - Centro de Estudos Jurídicos
- Avenida Getúlio Vargas, 2852,
Bosque, Rio Branco, AC, CEP
69900-589.
Fone: (68) 3901-5100 / 3901-5102.
www.pge.ac.gov.br
imprensa.pge@ac.gov.br

CONSELHO EDITORIAL

Daniel Gurgel Linard
Daniela Marques C. de Carvalho
Francisco Evaldo Martins R. Pádua
Harlem Moreira de Sousa
Janete Melo d'Albuquerque Lima
Leonardo Silva Cesário Rosa
Neyarla de Souza Pereira
Pedro Augusto França de Macêdo
Rodrigo Fernandes das Neves
Tatiana Tenório de Amorim

EQUIPE DO CEJUR

Maria do Socorro Braga de Oliveira
Sulanira Barroso Carvalho
Eliany Mansour do Valle
Evaniza Nery Martins Rodrigues
Maria Ivone Pereira dos Santos

CHEFIA DA COORDENADORIA DE DIVULGAÇÃO E IMPRENSA

Vinícius da Silva Cardozo

ARTE DA CAPA

Ivan Campos Moreira

EDITORAÇÃO

Rafaella Magalhães dos Santos

11^a Volume - Versão *on-line* (2016).

Todos os direitos reservados

A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em
parte, constitui violação dos direitos autorais (Lei no 9.610).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre.
Vol. 11., Centro de Estudos Jurídicos/PGE, 2016.
Periodicidade Anual.

ISSN: 2316-6045

CDD – 340.05 CDU – 34(05)

PROCURADORES DO ESTADO

Adriano Freitas Coelho	Maria Eliza Schettini C. H. Viana
Alberto Tapeocy Nogueira	Maria José M. Nascimento Postigo
Andrei Cezar Windscheid Cruzeiro de Holanda	Maria Lídia Soares de Assis
Avelino Ferreira Barbosa Filho	Mauro Ulisses Cardoso Modesto
Caterine Vasconcelos de Castro	Mayko Figale Maia
Cristovam Pontes de Moura	Neyarla de Souza Pereira
Daniela Marques C. de Carvalho	Paulo César Barreto Pereira
Daniel Gurgel Linard	Paulo Jorge Silva Santos
David Laerte Vieira	Pedro Augusto França de Macedo
Edson Américo Manchini	Rafael Pinheiro Alves
Érico Maurício Pires Barboza	Raíssa C. Fonseca e Albuquerque
Francisca Rosileide de O. Araújo	Rodrigo Fernandes das Neves
Francisco Armando de F. Melo	Rosana Fernandes Magalhães
Francisco Evaldo M. Rosal Pádua	Sárvia Silvana Santos Lima
Gabriel Peixoto Dourado	Saulo Lopes Marinho
Gerson Ney Ribeiro Vilela Junior	Silvana do Socorro Melo Maués
Gustavo Faria Valadares	Tatiana Tenório de Amorim
Harlem Moreira de Sousa	Thiago Guedes Alexandre
Hélio Varella de Albuquerque Júnior	Thiago Torres Almeida
Janete M. D'Albuquerque Lima	Thomaz Carneiro Drumond
João Paulo Aprígio de Figueiredo	Tito Costa de Oliveira
João Paulo Setti Aguiar	
Leandro Rodrigues Postigo Maia	
Leonardo Silva Cesário Rosa	
Luciano Fleming Leitão	
Luciano José Trindade	
Luís Rafael Marques de Lima	
Luíz Rogério Amaral Colturato	
Márcia Krause Romero	
Márcia Regina de Sousa Pereira	
Marcos Antônio Santiago Motta	
Maria de Nazareth M. de A. Lambert	

PROCURADORES DO ESTADO JUBILADOS

Ademilde Marinho Soares
Aquileu José da Silva Filho
Azeilda Benevides Viga
Derci Maria de Lima
Dione Daher Oliveira de Menezes
Felix Almeida de Abreu
Francisco Elno Jucá
Frederico Jorge Magalhães Pereira de Lira
Ivan Fernandes da Cunha Filho
José Maria Torres de Albuquerque
José Rodrigues Teles
Maria Ferreira Martins de Araújo
Maria Perpétuo Socorro de Souza Gomes
Maria Tereza Flor da Silva
Mario Izídio dos Santos
Marize Anna de Oliveira Singui
Marluce Costa de Oliveira
Maurinete de Oliveira Abomorad
Oriêta Santiago de Moura
Roberto Ferreira da Silva

IN MEMORIAN

Alberto Augusto de Oliveira
Cristovam Lima de Oliveira
Francisco Fernandes de Melo
João Batista Aguiar
Maria da Conceição Castelo Branco Coelho

SUMÁRIO

ARTIGOS

Da Aplicação da Contagem em Dias Úteis Prevista no Artigo 219 do Código de Processo Civil ao Procedimento dos Juizados Especiais	
Paulo Jorge Silva Santos	11
Reflexões Sobre os Efeitos do Regime Jurídico Público e a Impossibilidade da Prorrogação Automática nos Contratos de Locação de Imóveis em que a Administração Pública Figure como Locatária	
João Paulo Aprígio de Figueiredo	31
Do Serviço de Registro de Créditos de Carbono em Plataforma Internacional no Âmbito do Sistema de Incentivo a Serviços Ambientais do Estado do Acre – SISA: possibilidade de contratação direta.	
Rodrigo Fernandes das Neves	67
Questões Relevantes Acerca da Pretensão de Inserção Progressiva dos Juízes Federais na Jurisdição Eleitoral de Primeira Instância	
Caterine Vasconcelos de Castro	
Luciano José Trindade	105
Repensando a Liquidação no Processo do Trabalho: Os Reflexos na Execução Contra a Fazenda Pública e a Inadequação Normativa para as Hipóteses de Terceirização	
Vinícius Cerqueira de Souza	139
Usucapião Extrajudicial instituído pelo novo código de processo civil	
Márcia Krause Romero	165

Implicações Teóricas e Pragmáticas Vinculadas ao
Procedimento de Desapropriação por Utilidade e Necessidade
Pública e por Interesse Social
Paulo Cesar Barreto Pereira 189

Estudo Sobre a Obrigatoriedade de Atendimento às Requisições
para Entrega de Cópia dos Prontuários Médicos de Pacientes
Atendidos na Rede Pública Estadual
Janete Melo d'Albuquerque Lima 225

A Abstrativização do Controle Incidental de Constitucionalidade
Exercido pelo Supremo Tribunal Federal: Um Estudo a partir da
Reclamação nº 4335/AC

Marcos Paulo Pereira Gomes 251

PARECER

Análise jurídica acerca da obrigatoriedade de cumprimento da
resolução tce/ac nº 97/2015.

Janete Melo d'Albuquerque Lima 281

APRESENTAÇÃO

A Revista da PGE/AC chega ao seu 11^a volume, em meio eletrônico, mantendo sua relevância como referência em publicação acadêmica em nosso Estado, apresentando manifestações jurídicas acerca de temas de grande impacto para a administração pública, bem como abordando questões emergentes, decorrentes de modificações legislativas recentes ou implantação de políticas públicas inovadoras. Nesse contexto, compartilhamos a presente obra na certeza de sua contribuição para melhoria dos serviços jurídicos ofertados pela Instituição, em benefício do interesse público e da qualidade das políticas públicas estaduais.

Rio Branco, 26 dezembro de 2016.

Rodrigo Fernandes das Neves
Chefe do Centro de Estudos Jurídicos

DA APLICAÇÃO DA CONTAGEM EM DIAS ÚTEIS PREVISTA NO ARTIGO 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Paulo Jorge Silva Santos¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar a discussão a respeito da aplicação da contagem em dias úteis ao procedimento processual dos Juizados Especiais e, notadamente, trazer à baila fatos e argumentos que demonstram que deve incidir a regra do artigo 219 do CPC de 2015. Será feita uma abordagem de acordo com as normas previstas na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, as quais dispõem sobre a aplicação e resolução de conflitos de normas jurídicas no Direito pátrio. Por fim, apresenta uma crítica a respeito do decisionismo e a falta de coerência jurídica da não observância do artigo 219 do CPC ao procedimento dos Juizados Especiais.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Juizado Especial. Prazo processual. Dias úteis. Dias corridos.

1. INTRODUÇÃO

A questão ora posta em discussão no presente artigo é nova no Direito brasileiro. O motivo é porque ela foi inaugurada com a edição do Novo Código de Processo Civil - CPC, o qual aportou no mundo jurídico pátrio através da Lei n. 13.105 no dia 16 de março de 2015.

¹ Procurador do Estado do Acre, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Acre, Membro Titular da Comissão do Advogado Público da OAB Seccional Acre. Graduado pela Universidade Federal do Estado do Acre. Pós-Graduando em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp, em Direito Tributário pela Universidade Estácio de Sá e em Direito Urbanístico pela Universidade Cândido Mendes.

Dessa forma, há pouca doutrina e discussões práticas consubstanciadas em arestos jurisprudenciais a respeito da matéria.

Antes de abordar a temática em tela, veja-se a literalidade do artigo 219 do CPC: “Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”.

A princípio, este autor sempre viu com clareza solar a aplicação da contagem em dias úteis ao procedimento processual dos juizados especiais. Conforme chegava o dia em que o CPC de 2015 viria a emanar seus efeitos, uma discussão surgiu no ordenamento jurídico brasileiro: devem os procedimentos dos juizados especiais observar o art. 219 do CPC de 2015?

Com isso, logo se vê a capacidade dos operadores do direito em complicar a interpretação das leis.

Muitos argumentos começaram a surgir no intuito de defender a contagem em dias corridos para os procedimentos que tramitam nos juizados especiais. Na defesa dessa ideia, tem-se como precursora e maior expoente a eminentíssima Ministra Nancy Andrighi, atual Corregedoria do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que se posiciona no sentido de que a adoção da nova regra – art. 219 do CPC – atentaria contra os princípios fundamentais dos processos analisados pelos juizados, como a economia processual e a celeridade.

A corregedora afirmou que:

(...) jamais poderíamos aplicar o Código de Processo Civil, nem em caráter subsidiário e tampouco nas eventuais omissões da Lei 9.090, porque, enquanto o processo nos juizados é regido pela simplicidade, informalidade e oralidade, na Justiça

tradicional, o processo é orientado pelo rigorismo das formas e pelo tecnicismo previsto no CPC. Essa é uma das leis [9.099] das mais avançadas e democráticas existentes no sistema legal. Então, vou ser repetitiva: é vedada, é proibida a aplicação do Código de Processo Civil, o novo ou o velho, no âmbito dos juizados especiais, sob pena de cometermos um pecado capital, que é igualar os juizados especiais à Justiça tradicional (...)².

Para encorpar essa linha de defesa, há quem argumente que assim dever ser porque o novo CPC, quando quis alterar regras no procedimento dos juizados especiais, o fez expressamente, a exemplo dos embargos de declaração, fato este que não se repetiu quanto à regra de contagem dos prazos³.

Entretanto, na opinião deste autor, tais argumentos não sobrevivem à aplicação da técnica jurídica, das bases de interpretação que todo aspirante a bacharel do Direito enfrenta nos primeiros anos de sua jornada no curso de Direito, quando se depara com a famosa disciplina “Introdução ao Estudo do Direito”, ou mesmo quando estuda as bases do Código Civil, ao ver a Lei de Interpretação das Normas do Direito Brasileiro.

2. DAS PREMISSAS PARA A DEFESA DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 219 DO CPC AO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Antes de tudo, é preciso traçar algumas premissas básicas para entender a celeuma em questão. A principal delas e ponto central deste artigo é que na Lei n. 9.099/95 não há regramento expresso a respeito da contagem de prazos processuais.

² CONJUR. **Regras do novo CPC não se aplicam aos juizados, defende Nancy Andrighi.** Disponível em: <https://goo.gl/cBtJV8> . Acesso em: 25 de outubro de 2016.

³ <https://goo.gl/tWyF7o>

Do mesmo modo, na referida lei não há previsão de muitos institutos processuais previstos no CPC e usados no juizado especial – e, consequentemente, os respectivos prazos - tais como a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, o agravo de instrumento, recurso extraordinário, agravo de instrumento em recurso extraordinário, juízo de admissibilidade do recurso inominado e recurso extraordinário, forma de julgamento dos recursos etc.

São basicamente três prazos na fase cognitiva e recursal que são expressos na Lei n. 9.099/95. Fala-se apenas em prazo de (i) 10 (dez) dias para recorrer e contrarrazoar recurso (Lei n. 9.099/95, art. 42, caput e § 2º), (ii) 5 (cinco) dias para embargos de declaração (Lei n. 9.099/95, art. 49); e (iii) 30 (trinta) dias para habilitação do sucessor do falecido (Lei n. 9.099/95, art. 51, V e VI).

Diante dessas premissas, o interlocutor – notadamente o experiente operador do Direito, sempre presente nessa justiça especial - que lê este artigo já se pergunta: então, se não há regra específica a respeito da contagem dos prazos, assim como também não há regramento expresso a respeito de muitos institutos processuais previsto no CPC, como eles são aplicados nos procedimentos dos juizados especiais?

A resposta para a pergunta acima é a aplicação subsidiária do CPC ao procedimento dos juizados especiais. A respeito da aplicação subsidiária, muitos são os arestos jurisprudenciais dos tribunais pátrios que, ao resolver problemas jurídicos processuais surgidos nos casos concretos em tais procedimentos, afirmam que o CPC é aplicado subsidiariamente ao juizado especial.

Pela doutrina, é válido citar Gajardoni, que, ao escrever na coluna do site Jota, defendeu⁴:

⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A problemática compatibilização do novo CPC com os juizados especiais**. Disponível em: <https://goo.gl/LLc9kR> . Acesso em: 20 de outubro de 2016.

O ano de 2016, todavia, é crucial para a preservação do sucesso dos Juizados. Em março/2016, entra em vigor o Novo Código de Processo Civil, que tem importantíssima aplicação subsidiária aos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública.

Este autor endossa, ainda, o posicionamento acima, defendendo que o CPC, por ser uma lei geral, aplica-se ao procedimento do juizado especial naquilo que não for contraditório. É isso que determina o artigo 2º, §2º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – ao dispor que “A lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”.

Veja-se, ainda, o que determina a regra de transição prevista no art. 1.046, § 2º do Novo CPC: “Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”.

Para pôr uma pá de cal na discussão, há a previsão do artigo 27 da Lei n. 12.153/09, *in verbis*:

Art. 27. Aplica-se subsidiariamente o disposto nas Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.

Poder-se-ia falar que o regramento acima faz referência ao Código de Processo Civil revogado. Entretanto, entra em cena o artigo no art. 1.046, § 4º do Novo CPC para resolver a situação: “As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”.

Não obstante o artigo 27 da Lei n. 12.153/09 não fazer referência de sua aplicação ao procedimento da Lei n. 9.099/95, é

cediço que as regras dos Juizados Especiais formam um sistema de regras que dialogam entre si, conforme determina o artigo 1º, Parágrafo único da Lei n. 12.153/2009:

O sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal é formado pelos Juizados Especiais Cíveis, Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Nesse diapasão, o fato é que muitas regras CPC são aplicadas ao juizado especial. Já era assim antes da vigência do novo CPC, mais precisamente, desde a entrada em vigor da Lei n. 9.099/95.

Tendo-se como premissa que o CPC já era aplicado subsidiariamente ao procedimento do juizado especial, a contagem dos prazos se dava na forma do antigo artigo 184 do CPC de Alfredo Buzaid, ora já revogado, que previa:

Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - for determinado o fechamento do fórum;

II - o expediente forense for encerrado antes da hora normal.

§ 2º Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo único). (Redação dada pela Lei nº 8.079, de 13.9.1990)

No entanto, como cediço, o CPC passou por uma profunda mudança, no intuito de se adequar às mudanças vividas na sociedade do Século XXI, notadamente ao constante aumento de demandas, resolução das demandas de massa, aumento expressivo dos recursos nos tribunais e Tribunais Superiores, transformações tecnológicas no âmbito do sistema de informação etc.

Houve por bem, outrossim, o novo CPC trazer uma regra visando igualar, substancialmente, o advogado e os postulantes de um modo geral à magistratura, no que tange à labuta diária e o descanso semanal. Essa regra é a contagem dos prazos em dias úteis.

Tal regramento foi uma reivindicação da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB e tem como *ratio essendi* justamente permitir que o advogado desfrute do descanso semanal e em feriados como todo outro trabalhador. Isso porque, na forma como era no CPC revogado, dentro da contagem de prazos incluíam-se os fins de semana e os feriados pelo prazo abrangido. Assim, tendo o advogado o prazo de quinze dias, na hipótese desse prazo começar a fluir em uma segunda-feira, teria ele 11 dias úteis para confeccionar a peça acaso quisesse usufruir do fim de semana com família e amigos. Dentro desse prazo de quinze dias começando em uma segunda-feira haveriam dois fins de semana.

E o que falar daqueles embargos de declaração cujo prazo começava a contar na quinta-feira? Teria o advogado o prazo de 3 dias para confeccionar sua peça, acaso pretendesse usufruir o fim de semana como qualquer trabalhador.

Pois bem. Consoante obtemperado alhures, na forma de contagem dos prazos no procedimento dos juizados especiais, socorriam-se todos os operadores do Direito ao revogado CPC, tendo vista, como já dito, inexistir regramento expresso na Lei n. 9.099/95.

Sendo assim, diante da mudança no Código de Processo Civil a respeito da contagem do prazo processual, tal mudança deveria também ser seguida no procedimento do juizado especial.

Trata-se, pois, como se vê, de um silogismo bem simples.

Entretanto, há quem vá de encontro ao silogismo acima. Não obstante, quem é contrário à aplicação da contagem em dias úteis ao procedimento dos juizados especiais não consegue responder a uma questão: da onde se extrairá uma regra editada pelo legislador ordinário, obedecendo as regras de resolução de conflitos e aplicação de normas, prevendo a contagem em dias corridos para os prazos do procedimento do juizado especial?

Além do mais, entendido o motivo pelo qual o legislador decidiu abraçar a contagem dos prazos em dias úteis – usufruto pelo advogado de descanso semanal e em feriados -, não há porque entender que no procedimento dos Juizados Especiais seja diferente.

Frise-se: o legislador que editou a Lei n. 9.099/95, criando todo um arcabouço normativo para fazer valer o artigo 98, inciso I da Constituição Federal - ocasião em que não dispôs, expressamente, sobre a forma de contagem do prazo processual – é o mesmo legislador que entendeu por bem, agora, abraçar a forma de contagem dos prazos processuais em dias úteis.

Veja, no momento em que editou a Lei n. 9.099/95, o legislador ordinário não entendeu relevante inovar um novo regramento para os prazos desta lei. Ele já efetivou os comandos da celeridade, informalidade e oralidade através do próprio procedimento, sem precisar impor uma contagem de prazo diferenciada.

Ainda, no momento em que editou a Lei n. 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil – o mesmo legislador ordinário entendeu, novamente, não ser relevante impor uma contagem de prazos diferenciada para os procedimentos do juizado especial. Quando este legislador quis mudar alguma regra do procedimento do juizado especial, ele o fez expressamente, como, por exemplo, com a atribuição de efeito interruptivo aos embargos de declaração

previstos no artigo 50 e § 2º do art. 83 da Lei n. 9.099/95. Veja-se
abaixo o teor do artigo 1.065 do novo CPC:

Art. 1.065. O art. 50 da Lei no 9.099, de 26 de setembro
de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:
(Vigência)

“Art. 50. Os embargos de declaração interrompem o
prazo para a interposição de recurso.” (NR)

Art. 1.066. O art. 83 da Lei no 9.099, de 26 de setembro
de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:
(Vigência)

“Art. 83. Cabem embargos de declaração quando, em
sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou
omissão.

.....
.....
§ 2º Os embargos de declaração interrompem o prazo
para a interposição de recurso.

.....
.....
(NR) ”

Sendo assim, é de clareza solar a opção do legislador
para que tudo continuasse como era antes, ou seja, se o juizado
especial se socorria do CPC para contar seus prazos – antes, de
forma contínua –, deveria ele continuar a socorrer-se do CPC para
contar os seus prazos processuais, sendo agora na forma de dias
úteis, e não de forma contínua.

É o que acontece hoje em relação a muitos institutos
processuais regrados pelo CPC e que não estão previstos na
Lei do Juizado Especial, não obstante nele usados, tais como
a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, o agravo de
instrumento, recurso extraordinário, agravo de instrumento
em recurso extraordinário, juízo de admissibilidade do recurso
inominado e recurso extraordinário, forma de julgamento dos
recursos etc.

Escolher qual instituto do CPC irá aplicar ou não é agir de forma temerária, ao alvedrio da escolha popular, que através de seus representantes decidiram quais regras seriam aplicadas. Deixar de aplicar a contagem de prazo em dias úteis prevista no CPC, mas, paralelamente, aplicar outros institutos processuais que estão da mesma forma prevista no mesmo diploma processual geral é agir de forma contraditória, incoerente. Dar-se-á origem, com vênia à expressão usada, a uma tirania jurídica. Tirania, pois estar-se-ia subtraindo da vontade popular, sem permissão e sem legitimidade, uma decisão por ela escolhida.

Querer aplicar a contagem contínua, prevista no antigo artigo 184 do revogado CPC Buzaidiano gerará, ainda, uma situação esdrúxula: qual regramento será aplicado acaso o vencimento do prazo se dê em fim de semana, feriado ou que, de qualquer modo, não houver expediente forense? Também não existe essa regra no novo CPC, que deveria ser a lei a ser observada subsidiariamente no procedimento do juizado especial.

Pretender aplicar à força a forma contínua de contagem do prazo processual no âmbito do Juizado Especial sob o único fundamento de que assim estará obedecendo aos princípios da celeridade, informalidade e oralidade que são observados nessa justiça especial é abusar dos mecanismos de interpretação fornecidos pela atual concepção filosófica jurídica do pós-positivismo.

Para se afastar um regramento ditado pelo legislador ordinário, em vigor e aplicável, deve-se, no mínimo, declarar sua inconstitucionalidade. Mas nem mesmo declarando a inconstitucionalidade da contagem de prazos em dias úteis especificamente para o juizado especial faria com que fossem contados tais prazos de forma contínua. Primeiramente porque não há fundamento para a declaração de inconstitucionalidade,

tendo em vista que o legislador constituindo originário apenas determinou, no artigo 98, I da Constituição Federal, que o procedimento do juizado deve ser “oral” e “sumaríssimo”.

Seria um esforço hercúleo tirar do vocábulo “sumaríssimo”, previsto na Constituição, uma interpretação apta a alicerçar a preterição do artigo 219 do CPC em prol da contagem contínua do prazo processual no âmbito do juizado especial, a qual, reitere-se, não tem mais arcabouço no mundo jurídico, pois o diploma em que estava prevista foi revogado – vetusto CPC Buzaidiano.

Os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade estão previstos no artigo 2º da Lei n. 9.099/95. Portanto, incabível a invocação de inconstitucionalidade, pois tais princípios não estão previstos na Constituição, mas sim na lei.

Ainda que se declarasse a inconstitucionalidade, da onde viria o fundamento legal para a aplicação da forma contínua do prazo processual no juizado? De nenhum lugar, pois a lei que previa tal regra foi revogada.

Em suma, querer aplicar a contagem de prazo em dias corridos ocasionará uma ultratividade de norma processual já revogada, sem autorização legal. Não se estar a tratar nem de repristinação e nem de efeito repristinatório. Isso porque não há lei disposta sobre o retorno da vigência do artigo 184 do antigo CPC – repristinação – em obediência ao § 3º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, nem há declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 219 do atual CPC.

Qualquer tentativa de aplicar a contagem contínua do prazo processual no juizado especial caracterizará, a toda

evidência, em uma inclusão de palavras, ou seja, de normas, na própria lei, fato jurídico vedado ao interprete. Será, portanto, uma inovação legislativa ilegítima, pois somente as instituições previstas na Constituição é que detêm a atribuição para inovar o Direito brasileiro.

Como último argumento, e para afastar a defesa de que a forma contínua de contagem traria celeridade ao procedimento, deve-se ter em vista que a tão buscada celeridade no procedimento dos juizados especiais virá com investimentos em recursos humanos e materiais nessa justiça especial.

A adoção desta forma de contagem, em detrimento da contagem em dias úteis, trará ao processo a diminuição de 2 a 4 dias em cada prazo processual. Conforme já dito acima, são basicamente três prazos na fase cognitiva e recursal que são expressos na Lei n. 9.099/95: (i) 10 (dez) dias para recorrer e contrarrazoar recurso (Lei n. 9.099/95, art. 42, caput e § 2º), (ii) 5 (cinco) dias para embargos de declaração (Lei n. 9.099/95, art. 49); e (iii) 30 (trinta) dias para habilitação do sucessor do falecido (Lei n. 9.099/95, art. 51, V e VI); e três prazos na fase recursal que são utilizados aplicando-se subsidiariamente o CPC, (i) 15 (quinze) dias para o agravo de instrumento; (ii) 15 (quinze) dias para o recurso extraordinário e (iii) 15 (quinze) dias para o agravo de instrumento em recurso extraordinário.

Nessa linha de pensamento, a adoção da contagem contínua traria em média de 6 a 12 dias de economia para o procedimento como um todo.

Não obstante, é fato notório e público que há processos esperando movimentação processual e demais julgamentos (sentenças e acórdãos) por muitos mais que 100 dias⁵.

⁵ No site do CNJ é possível verificar tais dados.
Ex.: <https://goo.gl/JNyMKX>

Conclui-se, desta forma, pela pouca densidade do argumento fundado na celeridade que a contagem contínua pode trazer.

É de se registrar que a discussão aqui abordada está gerando uma desnecessária insegurança jurídica, pois muitos juizados especiais do país aplicam a regra prevista no 219 do CPC, a exemplo dos Estados do Amapá, Amazonas, Ceará, Minas Gerais, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima, Distrito Federal e Tocantins⁶.

A respeito do assunto aqui tratado, alguns doutrinadores processualista já manifestaram seus entendimentos.

Pondera o professor Rogério Licastro Torres de Mello que⁷:

De fato, não é razoável ponderar que contar apenas dias úteis para fins de cumprimento de prazos no âmbito da Lei 9.099/95 tornaria o rito desta moroso, ou ainda mais moroso (pragmaticamente falando). É de domínio público que as ações judiciais que tramitam nos juizados especiais cíveis Brasil afora exigem meses e anos para que atinjam sua conclusão, meses e anos estes que não deixarão de ser, com o perdão pela repetição, meses e anos porque alguns poucos dias não úteis foram excluídos do cômputo de prazos!

Em idêntico sentido, colaciona-se posicionamento do renomado professor Leonardo Carneiro da Cunha⁸:

Como já se viu no item 3.4.1 supra, na contagem do prazo em dias, computam-se apenas os dias úteis (CPC, art. 219). Tal regra, que se aplica apenas aos prazos processuais, incide no procedimento dos Juizados Especiais. Neste sentido, o enunciado 415 do Fórum Permanente de

6 MIGALHAS. A inserção do Novo CPC ao procedimento dos Juizados Especiais. Disponível em: <https://goo.gl/jhZgVQ>. Em: 21 de outubro de 2016.

7 <https://goo.gl/Zn5Ewg>

8 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 779

Processualistas Civis: “Os prazos processuais no sistema dos Juizados Especiais são contados em dias úteis”. De igual modo, o enunciado 416 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A contagem do prazo processual em dias úteis prevista no art. 219 aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública”.

Por fim, na mesma posição aqui defendida, o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves concordou com os Enunciados 415 e 416 do Fórum Permanente de Processualistas Civis ao comentar a inovação trazida pelo artigo 219 do CPC em seu livro sobre o Novo Código de Processo Civil⁹.

3. SITUAÇÃO ATUAL DA CELEUMA JURÍDICA

Como já dito em linhas pretéritas, a questão debatida neste artigo ainda gera controvérsias e, mormente, insegurança jurídica.

Em agosto de 2015, sessenta e dois enunciados sobre o novo Código de Processo Civil foram aprovados por cerca de 500 magistrados de todo o País reunidos, durante o seminário O Poder Judiciário e o novo CPC, realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam).

Nesse encontro, foi aprovado o enunciado 45, o qual está assim redigido: “A contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do CPC/2015) aplica-se ao sistema de juizados especiais”¹⁰

O Fórum Permanente de Processualistas Civis, durante encontro realizado em maio de 2015, em Vitória no Estado de Espírito Santo, editou o Enunciado 415, segundo o qual

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3^a ed. São Paulo: Método, 2016. p. 181

¹⁰ <https://goo.gl/OPgScw>

“os prazos processuais no sistema dos Juizados Especiais são contados em dias úteis”. E ainda o enunciado 416: “A contagem do prazo processual em dias úteis prevista no art. 219 aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública”.¹¹

O FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) havia publicado, em março de 2016, a nota técnica 01/2016, afirmando que considerava esse dispositivo incompatível com a simplicidade, economia processual e celeridade dos Juizados¹².

No mesmo mês, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT decide que os prazos em dias úteis se aplicam aos Juizados no Distrito Federal. A decisão foi da Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais do DF¹³.

Em abril de 2016, os Juizados Especiais Federais resolvem pacificar entendimento sobre a questão em seu âmbito, publicando em abril de 2016 a resolução CJF-RES-2016/00393, alterando dispositivos no Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais – TNU -, em especial o art. 6º-A, que agora dispõe: “Na contagem de prazo em dias, computar-se-ão somente os dias úteis”¹⁴.

Em junho de 2016, no XXXIX Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE -, ainda foram editados os enunciados n. 165, referente aos Juizados Especiais Cíveis, e n. 13, relativo aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, segundo os quais¹⁵:

11 <https://goo.gl/Che4jT>

12 <https://goo.gl/GZ68gt>

13 TJDFT. TJDFT decide que contagem de prazos nos juizados especiais seguirá regra do novo CPC. Disponível em: <https://goo.gl/KShklw>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

14 <https://goo.gl/r0wi0y>

15 <https://goo.gl/piMeVu>

ENUNCIADO 165 - Nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua (XXXIX Encontro - Maceió-AL).

ENUNCIADO 13 - A contagem dos prazos processuais nos Juizados da Fazenda Pública será feita de forma contínua, observando-se, inclusive, a regra especial de que não há prazo diferenciado para a Fazenda Pública - art. 7º da Lei 12.153/09 (XXXIX Encontro - Maceió-AL).

É de se registrar que tais enunciados têm força meramente persuasiva, não obrigando ou vinculando as autoridades judiciárias competentes para decidir as questões práticas envolvendo a questão jurídica aqui debatida. Isso porque tais órgãos de interpretação não têm legitimidade constitucional ou legal – ou seja, não há chancela popular – para dar interpretação às leis.

Não obstante, não há dúvidas que tais orientações influem na convicção dos magistrados, o que acaba, na prática, exercendo um papel crucial na aplicação das normas jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, conforme exaustivamente defendido neste artigo, a contagem do prazo processual no procedimento do juizado especial deve ser contado em dias úteis, por ser uma decorrência lógica de interpretação do Direito brasileiro.

Antes de ser visto como um mecanismo que vai de encontro à celeridade do procedimento do juizado especial, a contagem em dia útil traz enormes benefícios para o procedimento, pois melhora a atividade dos postulantes, não se configura como um fator que obstrui as demandas e se mostra como opção escolhida pelo próprio legislador ordinário para ser observada no âmbito dessa justiça especial.

Não há argumentos fundados em bases técnicas jurídicas que permitam inferir que é possível a contagem contínua do prazo processual no âmbito do procedimento do juizado especial. Sendo assim, qualquer tentativa, por parte dos juízos, de aplicar essa sistemática de contagem do prazo processual configurará uma inovação legislativa indevida, pois feita em desacordo com os mandamentos constitucionais, os quais preveem as instituições que podem legislar no Direito brasileiro.

É necessário que os órgãos de interpretação da lei federal, no âmbito do juizado especial, resolvam a presente celeuma jurídica, albergando a contagem em dias úteis e afastando a insegurança jurídica vivenciada hodiernamente.

REFERÊNCIAS

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

_____. Decreto-Lei nº 4.657 (1942). **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília, DF, Senado, 1942.

_____. Lei nº 5.869 (1973). **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Senado, 1973.

_____. Lei nº 13.105 (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Senado, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CONJUR. Prazos processuais de juizados especiais passam a ser contados em dias corridos. Disponível em: <https://goo.gl/LGrxXy>. Acesso em: 25 de outubro de 2016.

CONJUR. Regras do novo CPC não se aplicam aos juizados, defende Nancy Andrigi. Disponível em: <https://goo.gl/mesie4>. Acesso em: 25 de outubro de 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DELLORE, Luiz. Novo CPC e os prazos nos juizados, no processo penal e do trabalho. Disponível em: <https://goo.gl/SpO22w>. Acesso em: 12 de outubro de 2016.

DIAS, Alisson de Sousa. Os juizados especiais e o novo CPC: a questão da contagem de prazos. Disponível em: <https://goo.gl/cWxSS1>. Acesso em: 22 de outubro de 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A problemática compatibilização do novo CPC com os juizados especiais. Disponível em: <https://goo.gl/rfZ2UR>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Novo CPC não é o que queremos que ele seja. Disponível em: <https://goo.gl/BmWKS7>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

MANUCCI, Renato Pessoa. Contagem de prazo em dias úteis nos Juizados Especiais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4725, 8 jun. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/ikIINO>. Acesso em: 28 out. 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Prazos nos juizados especiais em dias corridos: não esperávamos por esta do FONAJE.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo, 2009.

MIGALHAS. **A inserção do Novo CPC ao procedimento dos Juizados Especiais**. Disponível em: <https://goo.gl/vw7VD4> Acesso em: 21 de outubro de 2016.

MIGALHAS. **Juizados Especiais se dividem entre aplicar ou não contagem de prazos do CPC/15**. Disponível em: <https://goo.gl/qpyceW>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC?** Disponível em: <https://goo.gl/NXzsjd>. Acesso em: 05 de outubro de 2016.

TJDFT. **TJDFT decide que contagem de prazos nos juizados especiais seguirá regra do novo CPC**. Disponível em: <<https://goo.gl/R0Ewte>>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LOBO, Arthur Mendes. **Prazos processuais devem ser contados em dias úteis com novo CPC**. Disponível em: <<https://goo.gl/4bze6L>>. Acesso em: 22 de outubro de 2016.

REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DO REGIME JURÍDICO PÚBLICO E A IMPOSSIBILIDADE DA PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS EM QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FIGURE COMO LOCATÁRIA

João Paulo Aprigio de Figueiredo¹

RESUMO: O objetivo principal da Administração Pública é no sentido da adoção de políticas públicas e na prestação de serviços direcionados à sociedade em geral, no foco do bem-estar da coletividade. Para tanto, utiliza-se da manifestação de vontade por meio de acordos e negócios jurídicos, celebrados em diversas espécies de contratos, seja ancorado pela natureza pública de contratos administrativos, ou, por vezes, via contratos regidos predominantemente por normas de direito privado. É consenso que no caso do contrato de locação de imóvel aplicam-se as regras estipuladas na Lei federal n.º 8.245, de 1991 (Lei de Inquilinato), eminentemente de regime privado. Todavia, não afastam as formalidades, as exigências e o atendimento das normas e princípios de direito público. Por isso, é extremamente obrigatória à necessidade de deflagração do procedimento licitatório, com a verificação dos requisitos de dispensa constantes no art. 24, X, e na indispensabilidade do locador apresentar as condições de habilitação fiscal, trabalhista e jurídica, nas formas dos artigos 27 a 29, todos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Aplicam-se, ainda, as relevantes regras da gestão de despesa pública (Lei federal n.º 4.320, de 1964), a fim de aferir a legitimidade no pagamento, diante das condições,

¹ Procurador do Estado do Acre; Pós-Graduado em Direito Processual: Grandes Transformações. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover. Curso Luiz Flávio Gomes – IELF em parceria com a Universidade da Amazônia – UNAMA. Pós-Graduado em Contabilidade Pública e Responsabilidade Fiscal pelo Grupo Educacional UNINTER – Curitiba/PR.

formas, prazos, reajustes, vigência e prorrogação contratual, especialmente no que tange à impossibilidade de contratos sem prazos previamente determinados, ou mesmo da eventual presunção de prorrogação automática, comum na área privada, fundamentada pela determinação expressa no parágrafo único do artigo 56, da Lei de Inquilinato, não aplicável no âmbito do regime público. Diante desses acontecimentos, afigura-se evidente a existência de uma grande simbiose entre os regimes privado e público, dentro da celebração de contrato de locação de imóvel quando a Administração Pública atua como locatária, com parametrização de conduta ímpar, em procedimentos próprios e rígidos a fim de ancorar com legitimidade e legalidade as ações dos administradores públicos.

Palavras-chave: Contrato de Locação. Imóvel. Regime Jurídico Administrativo. Impossibilidade de Prorrogação Contratual Automática. Simbiose entre os Regimes Privado e Público.

1. INTRODUÇÃO

À luz da Constituição da República Federativa do Brasil incumbe à Administração Pública a prestação de serviços públicos pelos quais impõe uma conduta de satisfazer os interesses da sociedade, na efetivação do desenvolvimento social, na geração de emprego e renda, na erradicação da pobreza, etc. O destinatário da atividade desenvolvida pela Gestão Pública é sempre o grupo de cidadãos, nada mais inerente que as políticas públicas se dirijam diretamente à sociedade, com foco no bem-estar da coletividade.

Para o alcance de seu papel o ente público deve lançar mão de todas as medidas, evidentemente sujeitas à observância das regras do ordenamento jurídico em vigor. Neste aspecto, natural se utilizar de diversas espécies de contratos com o intuito de celebrar negócios jurídicos com particulares ou com outros entes públicos, dentre

os quais se destaca ao presente estudo a locação, quando o Poder Público necessita locar imóvel com intuito de instalar determinado órgão destinado à atividade precípua para o qual foi criado.

Embora a definição da natureza de contrato seja a mesma em qualquer órbita do direito, a doutrinária clássica estabelece feições diversas entre os contratos privados e os contratos administrativos, especialmente à medida que se diferenciam quando no último são impostos cláusulas e condições que colocam o Poder Público em situação de superioridade ao oposto contratante.

Há muito se indaga acerca da possibilidade da aplicação de prerrogativas e cláusulas indisponíveis no âmbito dos contratos privados celebrados pela Gestão Pública com terceiros. Preferi não adentrar nas discussões controvertidas que envolvem a natureza jurídica dos contratos realizados pela Administração Pública, optando por privilegiar a análise das relações que envolvem o contrato específico de locação de imóvel com o regime público a que se vinculam os atos da Administração.

Até porque a possível distinção doutrinária ganha contornos ainda mais profundos em relação à natureza que circunda o contrato de locação, na situação em que a Administração figura como locatária, diante da latente dicotomia entre os regimes público e privado, mas que não afasta à observância de princípios e normas gerais norteadores das ações dos gestores públicos.

É consenso na doutrina como na jurisprudência que os contratos de locações pela Administração são regidos, predominantemente, pelas regras constantes da Lei federal n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, apesar disso, a uniformidade das opiniões para aí.

De extrema importância se apresentam as situações vivenciadas no contrato de locação em face do regime

publicístico, exatamente em identificar os limites e confrontações perante o regramento privado aplicado, considerando as normas do regime administrativo, quer motivada pela necessidade da deflagração do procedimento licitatório prévio à celebração do contrato, fator de legitimidade de todo o procedimento a respeito do regime de controle de legalidade dos atos do Poder Público, seja em virtude das conexões relativas aos requisitos da vigência, da prorrogabilidade, do aditamento e da extinção contratual, imperativos no seio do próprio contrato com ações paralelas, administrativamente, a sua execução pelo gestor público.

Na casuística, encontro de modo direto a situação específica da prorrogação automática da vigência nos contratos locatícios, conforme permissivo do parágrafo único, do artigo 56, da Lei de Inquilinato, e sua inconformidade perante as normas públicas.

Dessa forma, o objetivo geral do presente trabalho é no intuito de descortinar a íntima conexão existente entre os regimes privado e público, regente no procedimento contratual de locação imobiliário quando a Administração Pública age como locatária, na prática, máxime na condição particular da inaplicabilidade da prorrogação tácita, que desaguará não só na acentuada conectividade e equilíbrio dos referidos regimes, mas numa simbiose presente neste peculiar tipo de ajuste.

2. CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

SÍLVIO DE SALVO VENOSA menciona que o homem usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico².

² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 7^a ed. 2. reimpr. v. 2. São Paulo: Atlas, 2007, p. 331.

Contrato, conforme leciona a aprazível obra de HELY LOPES MEIRELLES, “é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos³”. Portanto, conceitua-se como sendo a manifestação de vontade que tem por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos.

A doutrina administrativista clássica costuma distinguir dois tipos de contratos celebrados pela Administração: contratos privados e contratos administrativos. Consistem ambos em contratos da Administração que se diferenciam, a partir dos ensinamentos do eloquente JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, quanto ao regime jurídico a que se submetem, acentuando o seguinte:

Os *contratos privados da Administração* regem-se pelo Código Civil ou Comercial, os *contratos públicos da Administração*, ao contrário, pelas características especialíssimas de que se revertem, porque estão sujeitos a regime autônomo, típico, que derroga, ultrapassa ou exorbita *as normas do direito comum*, o que é evidente, porque as pessoas públicas, quando contratam, não se encontram na mesma situação que os simples particulares. Outras as finalidades, outras as condições, outro o regime.

Cláusulas que escapam ao direito comum, *cláusulas exorbitantes típicas* inserem-se nos contratos administrativos, dando-lhe fisionomia peculiar, diversa das que revelam os contratos do direito privado.⁴

A distinção entre os modelos contratuais, marcadamente pela verticalidade trazida pelos contratos propriamente ditos administrativos – em contraposição a natureza de horizontalidade (igualdade) dos contratos típicos privados-, em face de cláusulas exorbitantes que estabelecem condições de superioridade ao ente público, é diferenciada de modo claro na textualização contida no artigo 54, e nas formas conjugadas pelas redações dos artigos 58

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 205.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 5^a ed. rev., ampliada, atual. – Rio de Janeiro: forense, 1977, p. 374.

e 66, todos da Lei federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que define o contrato administrativo com características próprias e típicas, ao passo que, ainda na referida norma legal, na configuração do inciso I, § 3º, do art. 62, decorre a completa separação ao se referir aos demais contratos, por suas prerrogativas próprias de regime comum⁵.

3. DAS CONDIÇÕES E REQUISITOS DO REGIME JURÍDICO PÚBLICO EXIGIDOS PREVIAMENTE, OU EM PARALELO, AO CONTRATO DE LOCAÇÃO QUANDO A ADMINISTRAÇÃO ATUA COMO CONTRAENTE LOCATÁRIA

Segundo CÁIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, citado por Sylvio Capanema de Souza, “locação é o contrato pelo qual

5 Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (...) Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindí-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. (...) Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial. (...) Art. 62. (...) § 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; (...).

uma pessoa se obriga a ceder temporariamente o uso e gozo de uma coisa não fungível, mediante certa remuneração.”⁶

Não se prendendo a historicidade das origens do contrato de locação de bem imóvel, certo é que diversas foram as modificações trazidas pelo tempo, diante das conjunturas políticas e sociais vivenciadas no Brasil, que, nas linhas mencionadas por SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA, ora eram marcadas por leis protecionistas ao locatário, visando compensar a sua vulnerabilidade econômica e fática – normalmente vivenciadas nos períodos de crise social, política ou econômica -, ora em que beneficiava o locador, incentivando à construção de novas moradias, motivadas nos períodos de estabilidade (ou de crescimento econômico), ocasião em que se acentuavam ainda mais os ideais da autonomia da vontade, aguçadas na ideologia dominante do antigo Código Civil de 1916.⁷ Não por outro motivo os surgimentos de inúmeras leis especiais, que passaram a disciplinar o instituto no decorrer do tempo, atualmente regida nos contornos da Lei federal n.º 8.245, de 1991.

Conforme entendimento doutrinário pacífico, nos contratos de locação de imóveis quando o ente público atua como contraente livremente na condição de locatário – assim como nos contratos de seguro, de financiamento, entre outros-, são regidos predominantemente pelas regras de direito privado. Essa é exegese do disposto no inciso I do § 3º, do art. 62 da Lei federal n.º 8.666, de 1993. Nesse sentido:

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de direito civil**, 10^a ed. Forense, 1995, vol. III, p. 170. Apud in: Souza, Sylvio Capanema de. **Comentários ao novo Código Civil, volume VIII: das várias espécies de contrato, da troca ou permuta, do contrato estimatório, da doação, da locação de coisas.** – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 315.

7 SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao novo Código Civil, volume VIII: das várias espécies de contrato, da troca ou permuta, do contrato estimatório, da doação, da locação de coisas.** – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 302-312.

Art. 62. (...)

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

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

Nestes casos, regidos predominantemente pelas regras do regime privado, a posição da doutrina é no sentido de conferir o entendimento da Administração encontrar-se despida em grande parte das prerrogativas inerentes aos contratos administrativos, e, desse modo, no caso da avença locatícia, é de se aplicar as regras de direito privado constantes da Lei federal n.º 8.245, de 1991, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Nesse sentido, leciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

É evidente que quando a Administração firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum. Na verdade, considera-se que, nesse caso, a Administração age no seu ‘**iusgestiones**’, com o que sua situação jurídica muito se aproximada da do particular.⁸

Tais considerações, ainda que satisfatórias quanto à natureza do contrato aplicável pela Administração nas locações de imóveis de particulares, a lume da doutrina sedimentada, apesar disso, demandam aprofundamento quando se busca um novo olhar pela ótica dos princípios e normas gerais do regime público norteadores que devem, irremediavelmente, vincular as ações dos administradores públicos.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 22^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 168.

Sob um ângulo específico, é indiscutível que nos aluguéis de imóveis de particulares prevaleçam as regras de direito privado - como narrado fortemente pela doutrina quando afirma, de forma fria, encontrar-se a Administração despida das prerrogativas próprias do regime público, todavia, acontece que, ainda assim, torna-se necessária pela Administração à observância das normas de direito público, em diversas situações, consoante determinação do supracitado inciso I, § 3º, do artigo 62, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O que se quer afirmar, a princípio, embora o legislador tenha considerado o contrato de locação, na condição de locatária pela Administração, de cunho de natureza estritamente privativa, porém, não afasta a aplicabilidade das normas de direito público, o que o torna em procedimento complexo, com campo de espectro de matiz totalmente modificado em relação ao exigido e praticado apenas por atores privados. As nuances são significativas sob um olhar preciso e minucioso.

Não é por outra razão que a locação necessita passar pelo crivo do prévio procedimento de dispensa de licitação para contratação direta, com a verificação das condições de habilitação do interessado particular a ser contratado (arts. 24, X, 27 a 29, Lei federal n.º 8.666, de 1993).

De igual modo, na observância de a despesa ficar adstrita à vigência do crédito orçamentário respectivo, nesse sentido, preceitua o inciso III, do §2º, do art. 7º e art. 14 da Lei federal n.º 8.666, de 1993, e art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n.º 101, de 04 de maio de 2000)⁹.

⁹ **Art. 7º** As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: (...) § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: (...) III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas

A rigor, a contratação de locação imobiliária na seara pública nasce sobre o véu de um procedimento prévio, vigoroso e rigoroso, constituído em processo administrativo que demanda em conjunto de atos coordenados, desaguando na demonstração do interesse público em manter-se no imóvel alugado, destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração e diante de sua vantajosidade.

Para tanto, não basta a Administração desejar locar por livre vontade, impõe-se necessariamente breve atendimento ao disposto no artigo 24, X, da Lei federal n.º 8.666/93, que trata especificamente dos requisitos necessários, legitimadores, a contratação direta por dispensa de licitação para locação de bem imóvel de terceiro.

Na realização dos ajustes de interesse da Administração Pública licitar é sempre regra. Não licitar é a exceção, conforme preceituam a Constituição da República (art. 37, XXI) e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 2º).

As várias hipóteses em que a Administração poderá, mediante prévia e justificada decisão, deixar de realizar a licitação são elencadas nos incisos do artigo 24 da Lei federal n.º 8.666, de 1993. Nestes casos, ainda que a competição seja viável a realização da licitação pode ser dispensada a critério da Administração.

no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; **Art. 14.** Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa. (Lei 8.666/93). **Art. 16.** A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: **I** - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; **II** - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.(Lei Complementar 101/2000).

Interessa ao estudo a situação descrita no inciso X, que disciplina ser dispensável a licitação:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

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

Primeiro requisito, o posicionamento pacífico é no sentido de conferir a terminologia “atividade precípua da Administração” como sendo aquela ligada a atividade finalística a ser executada pelo órgão ou entidade.

JACOBY FERNANDES leciona:

Qualquer entidade da Administração pode ter dezenas de imóveis necessários para a operacionalização de suas atividades, mas apenas alguns estão dirigidos especificamente para as finalidades ‘precípuas’ da Administração. Esse termo tem por sinônimo a idéia de **principal** ou **essencial**, significando que o imóvel dirige-se à finalidade essencial da Administração.¹⁰

Com efeito, convém destacar trecho do entendimento firmado na Procuradoria Geral do Estado do Acre – PGE/AC, a exemplo do Parecer PGE/PPI n.º 145/2013 (Processo PGE.Net n.º 2013.02.001326), cujo conteúdo caminha nessa perspectiva, *in verbis*:

Vê-se, pois, que o conceito de **atividade precípua da Administração** está ligado às atividades-fim do órgão ou entidade, àquilo para que o órgão ou entidade forá

10 FERNANDES, J. U. Jacoby. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**, 6^a ed., Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 455.

criado, isto é, o aspecto que o destaca dentro da estrutura administrativa.

Por esse prisma, ficou demonstrada que o imóvel almejado destinar-se-á a função essencial da Administração, qual seja o funcionamento do Serviço de Atendimento Móvel - SAMU nesta Capital.¹¹

Idêntico tratamento é defendido no âmbito da Procuradoria-Geral Federal (Advocacia-Geral da União)¹², a exemplo do seguinte excerto firmado no Parecer 01/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU (Processo n.º 00407.001847/2013-61):

11. Note-se que o dispositivo prevê uma série de condições para que se possa fazer uso da escusa do dever de licitar, tais como o “atendimento das finalidades precípuas da administração” (não acessórias)² e «o preço compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia». Merece destaque a vinculação do dispositivo aos motivos da dispensa: a escolha de certo e determinado imóvel (motivo) deve estar condicionada às necessidades de instalação e localização.

12. Cabe aqui destacar a relevância do primeiro requisito (atendimento às finalidades precípuas da administração), pois em se tratando de imóvel para desenvolver atividades meramente acessórias, enquadramento a ser feito conforme o caso concreto, não há sequer de se cogitar a aplicação do dispositivo.

(...)

33. Um dos aspectos distintivos entre a hipótese de dispensa e a de inexigibilidade é que no primeiro caso somente se admite a utilização do art. 24, X, da Lei 8.666/93 quando se tratar de “atendimento das finalidades precípuas da administração”, o que o TCU identifica como sendo a atividade-fim do órgão público, aquela para cujo mister ele existe (cf. nota de rodapé n. 07). Essas características, como se disse mais acima,

11 <http://www.pge.ac.gov.br>, informe processo 002688522013 – Secretaria de Estado de Saúde – SESACRE e código 3214A. Acesso em: 24/02/2016.

12 <https://goo.gl/9Vr6dt> Acesso em: 12/02/2016.

serão apuradas conforme o caso concreto e as atividades desempenhadas por cada órgão da Administração Pública, sendo importante constar dos autos para que se faça o correto enquadramento da possível contratação direta.

Partilha, igualmente, desse posicionamento a Procuradoria-Geral do Distrito Federal¹³ na seguinte forma:

Parecer nº 949/2012 – PROCAD/PGDF.

Processo nº 020.003.216/2012.

Interessado: PROCAD

Assunto: Consulta Parecer - Locação de Imóveis

EMENTA: INEXISTÊNCIA DE IMÓVEL PÚBLICO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. LOCAÇÃO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. FINALIDADES PRECÍPUAS DA ADMINISTRAÇÃO. NECESSIDADES DE INSTALAÇÃO E LOCALIZAÇÃO. PREÇO ADEQUADO. JUSTIFICATIVAS. DECRETO Nº 33.788/2012. FORMALIDADES NECESSÁRIAS.

(...)

a) Imóvel destinado às finalidades precípuas da Administração

É importante que o imóvel seja destinado às finalidades precípuas da Administração Pública, que segundo o dicionário eletrônico Michaelis – UOL significa atividades “principais” ou “essenciais” da organização pública. O bem deve atender a Administração Pública ao executar os planos fundamentais desenhados pelos agentes políticos, prestando serviços públicos, regulando o mercado, praticando atos de polícia administrativa, intervindo e fomentando a atividade econômica privada. Ex.: serviços de energia elétrica, serviços de transporte coletivo, controle dos prestadores de serviço público, prestação de auxílios financeiros, oferecimento de licenças e autorizações administrativas.

A locação para outros fins (v.g., construção de casas populares e oferecimento de moradia a servidor público), em tese, depende de licitação, tendo em vista que os bens

13 <https://goo.gl/Qg2baK>. Acesso em: 16/02/2016.

não estão singularizados pela instalação ou localização de atividades precípuas da Administração. Isto é, o imóvel deve possuir características insubstituíveis para o exercício dos objetivos essenciais da entidade pública; bens para a prática de atividades meio ou meramente acessórias, que não se vinculam à missão principal da Administração, devem ser locados mediante prévio processo licitatório.

Na obra de MÁRCIO DOS SANTOS BARROS possui excerto a qual ilustra o tema quando alude sobre a contratação direta e a extrema necessidade de atendimento das finalidades precípuas da Administração:

A escolha é condicionada às necessidades de instalação e localização do imóvel que atenderá às finalidades precípuas, essenciais, finalísticas da Administração, não se aplicando ao atendimento de atividades meramente intermediárias ou acessórias.¹⁴ (sem grifo no original)

Sob este aspecto, não há como deixar de observar que se trata de uma visão consentânea com a própria especificidade do assunto, normalmente vinculada na contratação de locação para o funcionamento de determinado órgão, departamento ou secretaria do Poder Público. Ponto que vejo de grande relevância e que guarda afinidade para a legitimidade do contrato de locação, sob pena de ilicitude.

A finalidade do aluguel de imóvel de particular no âmbito do serviço público deve, indiscutivelmente, encontrar amparo legal na condição de completo atendimento às atividades finalísticas, de modo algum poderá refletir numa finalidade acessória, em desacordo com a conduta de satisfazer os interesses da sociedade, no bem-estar geral, por meio da prestação dos serviços públicos.

14 BARROS, Márcio do Santos. **502 Comentários Sobre Licitações e Contratos Administrativos.** 2^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora NDJ, 2011, p. 217.

Do mesmo modo, percebe-se que se torna viável a contratação direta em face do segundo requisito do inciso X, do art. 24 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), desde que condicionado a escolha do imóvel às **necessidades de instalação e de localização** em determinado lugar, de natureza ímpar, caso contrário, existindo abundância de imóveis que atendam aos fins desejados, mesmo que seja restrito a um bairro ou região pré-determinada a satisfazer os interesses da Administração, não haverá como contratar diretamente, em face da existência de vários competidores.

Nas lições de DIOGENES GASPARINI, a excepcionalidade é justificada pela natureza da atividade administrativa e especificidades do imóvel o que torna o “bem singular”:

A necessidade de instalação é justificativa para a dispensabilidade quando, por exemplo, a natureza do serviço exige do imóvel onde será instalado certas características (altura do pé-direito, natureza da construção), tanto quanto o é a localização (próximo a um serviço já instalado), por exemplo. Com essa indicação a Administração Pública torna o bem singular; não há outro bem que possa atender aos seus reclamos, e em razão disso pode-se comprá-lo ou locá-lo sem licitação. A hipótese só prestigia a entidade que, em tese, está obrigada a licitar, quando compradora ou locatária. Quando vendedora de bem imóvel, a disciplina é a estatuída no art. 17 do Estatuto federal Licitatório e quando locadora, a regra é a licitação, dado que seu bem pode interessar a mais de uma pessoa, salvo a hipótese da alínea f do inciso I desse artigo.

(...)

Observe-se que a compra para outros fins (construção de casas populares, edifícios públicos), em tese, depende de licitação, tendo em vista que os bens não estão singularizados pela instalação ou localização de atividades precípuas da Administração. Também, e pelas mesmas razões, a locação de residência para outros fins,

como de moradia do juiz da comarca, do representante do Ministério Público ou outro servidor público, há de ser precedida de licitação.¹⁵

A especificação ou localização de determinado imóvel, condicionada ao uso nas atividades precípuas da Administração, esta quando estritamente ligada à atividade final do órgão ou entidade para qual foi criado, e desde que a avaliação aponte para a compatibilidade do preço com o valor praticado no mercado (terceiro requisito exigido), produz em regra os efeitos da ausência de competidores, criando as condições necessárias para a contratação direta por dispensa de licitação para locação do imóvel de terceiro.

A respeito, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que:

A ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse sob tutela estatal ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado. As características do imóvel (tais como localização, dimensão, edificação, destinação etc.) são relevantes, de modo que a Administração não tem outra escolha.¹⁶

Sem dúvida, manifesto foi o propósito do legislador em definir a dispensa somente quando não exista competição de imóveis similares, caso contrário, a realização da licitação é à medida que se impõe.

No que tange à **avaliação prévia**, esta imprime curso direcionado a compatibilidade de preço praticado pelo mercado, por isso, o valor do aluguel não fica a bel-prazer do proprietário, sendo requisito obrigatório para a locação de imóvel pela Administração com dispensa de licitação, quando somente será

15 GASPARINI, Diogenes, 1934- **Direito administrativo**. 8^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 443/444.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14^a ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 323.

válido se o preço ajustado aponte para a compatibilidade com o mesmo valor praticado pelo mercado, avaliação esta a ser presidida por profissional habilitado.

Por outro lado, semelhante às condições acima mencionadas, é necessário, além disso, o proprietário (locador) apresentar as condições de habilitação (arts. 27 a 29, Lei federal n.º 8.666, de 1993), que são exigidas também no âmbito do procedimento de dispensa.

São as seguintes as condições de habilitação exigidas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos aplicáveis ao regime de contrato de locação de imóvel particular:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I – habilitação jurídica;

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista.

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I – cédula de identidade;

II – registro comercial, no caso de empresa individual;

III – ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV – inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V – decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido

pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I – prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 10 de maio de 1943.

Acentue-se, ainda que no terreno da contratação direta cujo procedimento fora dispensado através de previsão legal específica e expressa, com fundamento no art. 37, caput, e inciso XXI, da Constituição da República e art. 24, inciso X, da Lei federal nº 8.666, de 1993, não exime do interessado em contratar com o ente público apresentar as condições de habilitação. Consoante verbera MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁷, implica na própria incidência dos princípios da Administração Pública:

A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios administrativos

17 JUSTEN FILHO, Marçal. Ob cit. p.295.

fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes.

Afigura-se evidente a exigência das condições inerentes às regularidades fiscal e trabalhista, vale dizer, nas requisições de certidões negativas (ou certidões positivas com efeitos de negativas) de débitos federal, estadual, municipal, trabalhista, seguridade social e FGTS, bem ainda na apresentação da declaração a que alude o inciso XXXIII, do artigo 7º, da Constituição da República, situação em que, notavelmente, exige antecedentes de conduta do proprietário perante o Poder Público, seja qual for a esfera de governo.

Essa determinação está de forma latente ligada a princípios a que se sujeita a Administração: moralidade, legalidade, igualdade, interesse público, coletividade, etc. Dentro os quais, oportunamente, destaca-se o princípio da moralidade, quando a Carta Magna exige dos contratados uma conduta honesta e proba, afinada com o interesse e o desejo de uma sociedade justa e livre.

Pelo *princípio da igualdade*, visa não só oportunizar, a qualquer candidato que pretenda contratar com o Poder Público, igualdade de condições em critérios previamente definidos, dando oportunidade na seleção de proposta que se apresente mais vantajosa à Administração, não apenas isso, semelhantemente, consoante afirma GUILHERME PINATO SATO:

Ao requerer a regularidade fiscal, também se está enfatizando o princípio da igualdade entre os licitantes, deixando de privilegiar o concorrente que se encontra em irregularidade com o Fisco e possui menores encargos tributários, menos despesas, em detrimento dos demais que estão quites com as Fazendas Públicas ou ao menos que tenha sido suspensa a exigibilidade de débitos fiscais. A própria Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, cita o princípio da igualdade entre os concorrentes

como fundamental no certame licitatório, e essa isonomia deve prevalecer não somente no julgamento das propostas, mas também nos requisitos econômicos, jurídicos e fiscais previstos na fase de habilitação¹⁸.

Tal é a importância que as condições de habilitação são exigidas em todo curso contratual, seja ele qual for, *ex vi* do artigo 55, XIII, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos¹⁹.

Pelo lado da Administração, a continuidade da avença deve refletir sempre no próprio interesse público em manter-se no imóvel alugado, destinado ao atendimento das suas finalidades precípuas, e diante da manutenção de sua vantajosidade. Algo como necessário e contínuo, a ser sempre exigido e verificado.

Por outro lado, o contrato locatício sofre, por ocasião de sua execução, também, dos efeitos advindos das normas financeiras estatais, em face das condições, formas, prazos, reajustes, vigências e prorrogações que envolvem os contratos na seara pública.

A execução das despesas orçamentárias é realizada em três estágios, previstos na Lei federal n.º 4.320, de 17 de março de 1964, vale dizer, empenho, liquidação e pagamento²⁰.

18 SATO, Guilherme Pinato. **A regularidade fiscal na licitação como meio de proteção ao interesse público.** “Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/18003878>”, acesso em: 1º/04/2016.

19 **Art. 55.** São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...)XIII - A obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.(Lei de Licitações)

20 Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. (...)Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. (...)Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

O empenho é registrado no momento da contratação do serviço (aluguel). Consoante os termos do artigo 58 da Lei federal n.º 4.320, 1964, é ato emanado pela autoridade competente que cria para o Estado a obrigação (nota de empenho). Em suma, constitui-se na reserva de dotação orçamentária para um determinado fim específico.

Trata-se a liquidação na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito (art. 63, Lei federal n.º 4.320, 1964), em especial, a nota de empenho e os comprovantes da prestação efetiva do serviço. O objetivo é apurar a origem e o objeto do que deve pagar, a importância exata e a quem se deve pagar (nota de liquidação).

O pagamento é representado na efetiva entrega do numerário ao respectivo credor, via ordem de pagamento emanada pela autoridade competente (art. 64, Lei federal n.º 4.320, de 1964).

Assim, o modelo de gestão do erário, pela formalização de receitas e despesas à luz do direito financeiro e orçamentário, reveste-se de norma de caráter geral, sempre em prol do interesse público, especialmente advindos dos princípios constitucionais da legalidade, da publicidade, da impessoalidade, da indisponibilidade, do interesse público e da eficiência, tornando-se fase de relevante interesse a fim de aferir a legitimidade, o valor e o aval legal quanto ao pagamento (empenho, liquidação e pagamento) dentro de um interstício de prazo de duração.

4. A VIGÊNCIA, DA IMPRORROGABILIDADE AUTOMÁTICA E DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO QUANDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATUA COMO LOCATÁRIA

Paralelamente as condições normais contidas no tipo de avença que envolve o aluguel de bem imóvel, celebradas no campo privado, divididas normalmente nas responsabilidades e direitos do inquilino e do locador, no bojo do modelo de contrato locatício editado pela Administração, tecnicamente, são constituídas com cláusulas específicas, condições e requisitos próprios “exigidos” pelo regime publicístico.

Não apenas porque se deva aplicar *no que couber* as disposições contidas nos artigos 55, 58, 59, 60 e 61 e demais normas gerais, conforme orientação contida na Lei de Licitações e Contratos Administrativos; a rigor, o contrato de locação celebrado pela Administração se desnatura do modelo consagrado na seara privada, exigindo nova roupagem.

No que tange à vigência contratual celebrado pela Administração, tema principal de análise, sofre igualmente de efeitos da norma pública o prazo locatício, seja pela demonstração da continuidade do interesse em manter no imóvel alugado, sempre destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração e diante da manutenção de sua vantajosidade, mas, de igual modo, deriva da impositividade do modelo de execução contratual nos moldes do regime público, com formas pré-determinadas, notadamente quanto à gestão de recursos públicos, pela formalização de receitas e despesas, conforme visto acima, no relevante interesse a fim de aferir a legitimidade, o valor e o pagamento (empenho, liquidação e pagamento), dentro de prazo demarcado de duração.

Tais condições e limites produzem a situação singular da **impossibilidade de contratos sem prazo** determinado na seara pública, seja qual for o tipo de contrato.

Com efeito, a Lei federal n.º 8.666, de 1993, destaca a estrita observância desta regra no seguinte comando:

Art. 57 (...)

(...)

§3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

Neste caso – e aqui surge uma celeuma, qual seja, a regra contida na redação do artigo 56, parágrafo único, da Lei federal n.º 8.245, de 1991 (Lei de Locação), quando alude sobre a presunção da prorrogação tácita do contrato locatício, com indeterminação de prazo, quando o locatário permanecer no imóvel após o prazo final estipulado.

Dispõe o artigo 56, parágrafo único, da Lei federal n.º 8.245, de 1991:

Art. 56. (...)

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

O caso é demais intensificado ante o fato da regra que proíbe prazo indeterminado na seara pública, na forma do §3º do artigo 57 da Lei federal n.º 8.666/93, não estar albergada pela dissonante contida no disposto no inciso I, do § 3º do artigo 62 do mesmo estatuto, quando restringe a aplicação de regras públicas – e *no que couber*, ao contrato de locação – apenas nas situações intrínsecas e exclusivas constantes dos artigos 55, 58, 59, 60 e 61, portanto, não alcançaria o disposto no artigo 57 e parágrafos.

Nada obstante, torna-se oportuno acentuar que é da natureza dos ajustes das entidades públicas a previsibilidade de duração, independente das modalidades de acordos firmados, notadamente derivada da impositividade do modelo de execução contratual nos moldes do regime público, fixado sempre na observância de regras sobre a gestão de recursos públicos.

Trata-se de requisito objetivo contido em qualquer ajuste firmado pela Administração, especialmente em face do interesse público que vincula a ação estatal, e, dessa forma, a observância somente da Lei de Inquilinato não me parece a melhor linha de entendimento jurídico.

Não faz sentido imaginar que a Administração Pública, uma vez permanecido no imóvel após o término contratual, presumir-se-ia prorrogada a locação nas condições ajustadas, por prazo indeterminado, e, com isso, sepultar (colmatar) todas as demais obrigações legais, o interesse público, bem como os princípios que norteiam o Poder Público.

Assim, embora não seja considerado essencial à natureza dos contratos regidos pelo direito privado, já que seria “comum” nessa seara a possibilidade de celebração por tempo indeterminado, em diversas pactuações, nos contratos da Administração Pública é indispensável que contenha prazo de vigência pré-determinado.

Comungo da tese, inclusive, que em relação à exigência de prazo previamente determinado, tem-se estabelecida uma **norma de caráter geral**, cujo procedimento torna-se requisito indispensável para as ações praticadas pelos gestores públicos, sob pena de ilegalidade.

E, sendo assim, aplicar-se-á a parte final da redação abrangida no inciso I, do §3º do artigo 62 da Lei federal n.º 8.666, de 1993, que alude, expressamente, a possibilidade do emprego

aos contratos privados das *regras gerais* contidas na norma licitatória mencionada.

Realmente se trata de uma regra geral. É questão de raciocínio lógico que se chega pela análise profunda de todo o arcabouço legal atinente ao tema. Por isso, torna-se indispensável o prazo fixo (determinado) de vigência contratual.

A impossibilidade da prorrogação tácita, mesmo com prazo determinado, é bastante defendida por outras Procuradorias. Com efeito, tem-se a manifestação da Advocacia-Geral da União²¹, por intermédio do Parecer 02/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU (PROCESSO N.º 00407.001636/2014-18), com a seguinte ementa:

EMENTA

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

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

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

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

Veja que nem ao menos se torna possível a celebração de contratos de locação com a inclusão de cláusula de prorrogação

21 <https://goo.gl/JZfDUh>. Acesso em: 27/11/2015.

automática, mesmo que essa prorrogação fosse celebrada por prazo determinado e fossem atendidos os demais requisitos legais.

A Advocacia-Geral da União, ao enfrentar o tema, chamou a atenção que *o contrato por prazo indeterminado poderá ser denunciado a qualquer tempo pelo locador, ou seja, caso a Administração-locatária esteja amparada em contrato de locação por prazo indeterminado, ficará sujeita ao direito potestativo do locador de pedir o imóvel de volta, situação por demais insegura para quem exerce atividade pública.*²²

De fato, nesse sentido dispõe o artigo 57 da Lei n.º 8.245, de 1991, *in verbis*:

Art. 57. O contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação.

Portanto, pode-se imaginar, então, numa interpretação bastante sensata, que a locação não residencial pela Administração Pública, de contrato por prazo indeterminado, gera grande risco de instabilidade contratual, situação inaceitável no serviço público.

A Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul²³ sedimentou posicionamento similar na forma do Parecer n.º 14.239/2004, com a seguinte conclusão:

Em relação à prorrogação do contrato, haverá a obrigatoriedade de que seu prazo seja determinado, haja vista que para a Administração é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

Resta revisado neste ponto o Parecer nº 10.391, aprovado em 26.10.1994 e aqueles que o referem.

Ressalte-se, ainda, que se eventual processo administrativo, pleiteando autorização para “renovação” da locação, não for encaminhado à Secretaria da Administração e dos

22 Idem.

23 <https://goo.gl/MJn6YC> . Acesso em: 27/11/2015.

Recursos Humanos, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias do vencimento do contrato, conforme estabelece o artigo 14, do Decreto Estadual 37.180/97 e artigo 2º, da Instrução Normativa SARH nº 03/97, pode, a Administração, exigir a celebração de novo contrato, com a devida justificativa da dispensa de licitação, não autorizando a prorrogação contratual, se assim entender conveniente para a organização dos procedimentos.

De igual modo, partilha desse posicionamento o Tribunal de Contas da União em alguns de seus precedentes, a exemplo do Acórdão nº 1.127/2009/TCU/Plenário²⁴, proferido em sede consulta:

GRUPO I – CLASSE III – Plenário

TC nº 002.210/2009-0

NATUREZA: Consulta

ÓRGÃO: Advocacia Geral da União - AGU

INTERESSADO: Advocacia Geral da União - AGU

SUMÁRIO: CONSULTA. DURAÇÃO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONHECIMENTO.

1. Pelo disposto no art. 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, não se aplicam aos contratos de locação em que o Poder Público for locatário as restrições constantes do art. 57 da Lei.

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

3. A vigência e prorrogação deve ser analisada caso a caso, sempre de acordo com a legislação que se

lhe impõe e conforme os princípios que regem a Administração Pública, em especial quanto à verificação da vantajosidade da proposta em confronto com outras opções, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

No âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Acre foi emitida manifestação que segue a mesma trilha, conforme ementa no Parecer PGE/PPI n.º 162/2015, formulada nos autos PGE.Net n.º 2015.02.001376:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO. CONTRATO DE LOCAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO COMO LOCATÁRIA. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. PRAZO INDETERMINADO. IMPOSSIBILIDADE.

I – Ante o término da vigência contratual, nas locações em que a Administração figure como locatária, não é possível a prorrogação automática considerando a sua incompatibilidade junto às normas e aos princípios de direito público que vinculam as ações dos administradores públicos.

II – A prorrogação do contrato deverá ser, obrigatoriamente, formalizada por meio do termo aditivo correspondente antes de expirada a vigência do prazo contratual.

III – Uma vez extinto o contrato e diante do próprio interesse da Administração em manter-se em imóvel locado, caso demonstrada a manutenção da vantajosidade da locação, deverá ser deflagrado novo procedimento de dispensa, previsto no art. 24, X, da Lei federal nº 8.666/93.

IV – Recomenda-se, por medidas de economia processual e estabilidade jurídica, que a celebração contratual de aluguel seja estipulada, preferencialmente, com duração de 12 meses, ressalvados os casos devidamente justificados.²⁵

Oportuno mencionar, agora mesmo, que se torna também inapropriada a celebração contratual sem prazo, haja vista que impossibilita não só o regular reajuste anual (pelo

25 www.pge.ac.gov.br, informe processo 2015.02.001376 – Secretaria de Estado de Saúde – SESACRE e código 8E617. Acesso em: 24/02/2016.

índice de reajuste contido na avença), mas, de igual modo, torna a condução do procedimento inadequado, sem edições de termos aditivos e apostilamentos – que se tratam antes de tudo em formas claras de controle e legitimidade dos atos pela Administração, correndo o risco de desequilíbrio contratual e regular execução do contrato, em vista da necessidade extrema de acompanhamento do respectivo executor do contrato, conforme determina o art. 67 e parágrafos²⁶, da Lei federal n.º 8.666, de 1993.

Não é por outro motivo, sendo praxe administrativa, a confecção de **aditamento** com a finalidade não somente de alterar dados pessoais dos contratantes, de repactuar preços (equilíbrio econômico-financeiro) ou reajustar preço anual, todavia, igualmente, na possibilidade de prorrogar seu prazo de vigência, que, no caso da locação, é demonstrada pelo próprio interesse público em se manter no imóvel locado e diante da manutenção de sua vantajosidade.

Percebe-se, assim, por meio do **termo aditivo** procede-se a revisão dos termos pactuados diante de **fatores de naturezas técnicas, legais e/ou financeiras**. Como instrumento legal que é deve ser processado a partir das normas de direito público. Decorre dessa conclusão, mesmo na fase de execução contratual de locação, este se aflige de harmonização e adequação aos ditames da norma pública, indiferente ao modelo usualmente utilizado no campo privatístico.

26 **Art. 67.** A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. § 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. § 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes. (Lei de Licitações e Contratos Administrativos)

Devendo atuar de acordo com as regras de direito público, os aditivos são normalmente formalizados nas exigências de forma, de procedimento, de competência, de finalidade, de motivo e de objeto, como qualquer outro ato administrativo praticado no âmbito público.

Nesse condão, atuando como contraente em livre ajuste regido pelo direito privado, percebe-se, de forma clara, que a Administração não deixa de realizar ações e controles exercidos de forma paralela, indiscutivelmente afeiçoadas na conformação do procedimento às normas públicas que vinculam as ações do administrador público, ocasionada, como narrado anteriormente, pelo padrão específico e singular deste tipo de ajuste formalizado.

Diante desse panorama jurídico, quando a Administração atua como locatária, o contrato privado que atingiu seu termo final não poderá ser prorrogado tacitamente, consequentemente, caso não haja a prorrogação via termo aditivo estará extinto.

Nesse ângulo, verifica-se claramente a total discrepância com o regime privado, quando se é permitida a manutenção do ajuste inicial em face da prorrogação automática de sua vigência, situação, deveras, inaceitável no campo público.

A obra de HELY LOPES MEIRELLES possui excerto sobre a matéria em análise:

“A expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do contrato. O contrato extinto não se prorroga nem se renova, exigindo novo ajuste para continuação das obras, serviços ou fornecimentos anteriormente contratados.²⁷

A ausência do termo aditivo ao final da avença, com a continuidade no uso do imóvel, produz a inexistência de cobertura

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob cit. p. 227.

contratual e se configura em tipo de “recontratação” sem licitação, dando azo à ilicitude.

A consequência natural da inexistência de cobertura contratual reflete na promoção da responsabilização²⁸ do agente que deu causa à irregularidade formal e de eventual prejuízo material ao erário público, na forma do artigo 82 da Lei federal n.º 8.666, de 1993, e, bem ainda, na possível abertura de procedimento relativo ao *reconhecimento de dívida* do período indicado de usufruto do bem locado, em favor do locador.

Assim, não há que se falar em prorrogação automática, considerando a sua incompatibilidade junto às normas e aos princípios de direito público que vinculam as ações dos gestores públicos, além do mais, deve ser demonstrado a continuidade do próprio interesse público em manter-se no imóvel alugado e diante da manutenção de sua vantajosidade, decorrendo, portanto, na necessidade de revisão ou manutenção dos termos pactuados perante fatores de naturezas técnicas, legais e/ou financeiras, por via de termo aditivo.

Portanto, a oficialização de termo aditivo para a prorrogação do período contratual deve ser realizada ao longo da constância do tratado que será aditado. Em tal caso, como regra, a prorrogação do contrato locatício só será válida se for confeccionada, por intermédio da celebração do referido aditivo, anteriormente ao término da vigência contratual ajustada, não sendo cabível a confecção de termo aditivo após a sua vigência, com efeito retrocessivo, já que a avença estará extinta.

28 Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi mencionado em linhas pretéritas, articuladas no raciocínio desenvolvido no corpo do presente artigo, pode-se chegar à conclusão de que não há como deixar de observar a existência de certa simbiose no âmbito do contrato locatício de imóvel, tendo a Administração como locatária e com as orientações legais a serem observadas na gestão pública. A proteção do erário e a obrigatoriedade do atendimento as normas e princípios acontecem mesmo na predominância da regência do contrato privado de locação.

Realmente há uma parametrização de conduta, única, somente existente quando a Administração atua como contraente locatária mesmo em ajustamento regido pelo direito privado, com procedimentos próprios e rígidos a fim de ancorar com legitimidade e legalidade a execução contínua do contrato.

A natureza envolvente dos contratos privados, em seus aspectos fundamentais, ganha contorno da ordem jurídica pública por reger a ação do gestor público, de modo que, a não observância de critérios e requisitos, processadas em regras vinculadas, previamente, poderá constituir em uma violação da ordem jurídica estatal, acarretando, por consequência, em eventual ilegalidade e prejuízo ao erário.

Quer no atendimento as disposições do regramento público por ocasião do procedimento de dispensa constante do art. 24, X da Lei federal n.º 8.666, de 1993 e demais dispositivos normativos que regem o tema, para que não fique caracterizada infração à norma licitatória e aos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição da República; seja na inclusão de cláusulas de natureza peculiar, ou, ainda, no *modo operandi* na execução da evença (vivenciado dentro de um processo

administrativo), estabelece-se numa condição *sine qua non* ao contrato de aluguel de imóvel particular pela Administração, caso contrário, produzirá, inexoravelmente, a invalidação do procedimento à luz do arcabouço jurídico público.

Acentuada, ainda, na imprescindibilidade na manutenção das condições de habilitação (jurídica, fiscal e trabalhista), pelo locador, a ser exigida em toda a execução do contrato, e na circunstância de refletir o aluguel imobiliário no próprio interesse público em manter-se no imóvel locado, sempre destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração e diante da manutenção de sua vantajosidade.

A partir disso, tona-se inapropriada, por exemplo, a celebração pelo Poder Público de contratos locatícios sem prazo determinado, muito embora possível celebrá-lo por tempo indeterminado no campo privado. Em tal contexto, também não há como se aplicar na locação de imóvel, quando a Administração Pública seja locatária, a presunção de prorrogação automática, decorrente da permanência tácita após o prazo temporal estipulado no instrumento, permissivo que se extrai do comando expresso do parágrafo único do artigo 56, da Lei do Inquilinato.

Portanto, ainda que existente no mundo jurídico, de cunho civilista, a presunção de prorrogação tácita sofre o revés frente à ordem jurídica pública vigente, que afasta por completo sua utilização.

Dessa maneira, torna-se indispensável para a continuidade da avença locatícia a formalização do termo aditivo para a prorrogação do período contratual, com prazo determinado, a ser processada ainda durante a vigência do instrumento que será aditado, caso contrário, a ausência do termo e a continuidade no uso do imóvel produzirá a inexistência de cobertura contratual,

o que configura em infração à norma licitatória, dando azo à responsabilização do agente público.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BARROS, Márcio do Santos. **502 Comentários sobre licitações e contratos administrativos.** 2^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora NDJ, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 22^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo.** 5^a ed. ver., ampliada, atual. de acordo com a emenda n.º 1, de 1969 e com a reforma administrativa federal. Rio de Janeiro: forense, 1977.

FERNANDES, J. U. Jacoby. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta .** 6^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diogenes, 1934- **Direito administrativo.** 8^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003.

<https://goo.gl/GzUtGg>. Acesso em 12 fev.2016.

<https://goo.gl/SMwcGT>. Acesso em 16 fev.2016.

<https://goo.gl/5LMw5R>. Acesso em 27 nov.2015.

<https://goo.gl/uk4YTe>. Acesso em 27 nov.2015.

<https://goo.gl/pVKpwO> . Acesso em 27 nov. 2015.

<http://www.pge.ac.gov.br>, informe processo 002688522013 – Secretaria de Estado de Saúde – SESACRE e código 3214A. Acesso em: 24/02/2016.

<http://www.pge.ac.gov.br>, informe processo 2015.02.001376 – Secretaria de Estado de Saúde – SESACRE e código 8E617. Acesso em: 24/02/2016.

JUTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14^a ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de direito civil. 10^a ed. Ed. Forense, 1995, vol. III, p. 170. Apud in: Souza, Sylvio Capanema de. Comentários ao novo Código Civil, volume VIII: das várias espécies de contrato, da troca ou permuta, do contrato estimatório, da doação, da locação de coisas. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SATO, Guilherme Pinato. A regularidade fiscal na licitação como meio de proteção ao interesse público. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/18003878>. Acesso em: 1º/04/2016.

SOUZA, Sylvio Capanema de. Comentários ao novo código civil, volume VIII: das várias espécies de contrato, da troca ou permuta, do contrato estimatório, da doação, da locação de coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 7^a ed. 2. reimpr. v. 2. São Paulo: Atlas, 2007.

DO SERVIÇO DE REGISTRO DE CRÉDITOS DE CARBONO EM PLATAFORMA INTERNACIONAL NO ÂMBITO DO SISTEMA DE INCENTIVO A SERVIÇOS AMBIENTAIS DO ESTADO DO ACRE – SISA: POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA

Rodrigo Fernandes das Neves¹

RESUMO: Há cerca de duas décadas o Estado do Acre vem construindo um conjunto de políticas públicas que busca responder aos desafios do Séc. XXI, objetivando se desenvolver economicamente de forma articulada com a proteção ambiental e a justiça social. Uma das mais inovadoras iniciativas foi o estabelecimento do Sistema de Incentivo a Serviços Ambientais do Acre - SISA, o qual criou as instituições e os procedimentos necessários à geração de ativos ambientais, a exemplo de créditos de carbono decorrentes da redução de desmatamento e degradação florestal. O sistema estadual tem como regra de ouro a credibilidade - científica e contábil, de forma que o registro de créditos deve ocorrer em uma plataforma segura e credível. A lei do SISA criou o Instituto de Mudanças Climáticas e Regulação de Serviços Ambientais - IMC, o qual é responsável pela ordenação do setor, tendo no ano de 2013, em razão de cláusula de contrato de cooperação financeira firmado com o Governo Alemão - por meio de seu banco de desenvolvimento KfW - homologado o uso da plataforma mantida pela Markit Group Limited como base tecnológica para o registro local. Além, criou-se uma empresa intitulada Companhia de Desenvolvimento de Serviços Ambientais - CDSA, responsável por representar o Estado do Acre na gestão e na transação de ativos de titularidade do Estado do Acre. Por ser uma sociedade de economia mista,

¹ Procurador do Estado do Acre, mestre em relações internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina.

a CDSA submete-se à Lei Estadual nº 2.697/2013, que regula as contratações deste tipo de empresa no Estado. Referida lei autoriza, em seu art. 13, a inexigibilidade de licitação quando a concorrência se mostrar inviável. Questiona-se, assim, a eventual ocorrência de caso de inexigibilidade de licitação na contratação da empresa Markit para registro de créditos de titularidade do Estado.

Palavras-chave: SISA, REDD+, Registro, Crédito Carbono, Contratação Direta, Empresa Estrangeira.

1. INTRODUÇÃO

O Estado do Acre vem, há décadas, se posicionando como ponta de lança na formulação e execução de políticas públicas ambientais, apresentando potentes exemplos para o Brasil e para o mundo. Os profundos laços da cultura acreana com a floresta desde o início do século passado estabeleceram uma estrutura social apta a internalizar propostas inovadoras que permitam o desenvolvimento econômico em equilíbrio com a preservação do meio ambiente, bem como a formulação de iniciativas estatais pioneiras.

Este artigo encontra-se inserto no contexto de uma das mais inovadoras dentre aquelas iniciativas estatais, ao se buscar solucionar questões práticas de implantação do Sistema de Incentivo a Serviços Ambientais do Acre - SISA, o qual criou as instituições e os procedimentos necessários à geração de ativos ambientais, a exemplo de créditos de carbono no estado, decorrentes da redução de desmatamento e degradação florestal. Estabeleceu-se, no SISA, uma complexa estrutura que forma um conjunto de princípios, diretrizes, instituições e instrumentos capazes de alavancar uma economia inovadora alinhada com as necessidades do Séc. XXI.

Como será visto no corpo do artigo, o referido sistema estadual, em articulação com previsões do Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), tem como regra de ouro a credibilidade - científica e contábil - em relação aos ativos que produz, de forma que o registro de créditos deve ocorrer em uma plataforma de cadastro segura, rastreável e interoperável - características necessárias para transações em nível nacional ou internacional.

Será abordado o fato de que, em razão do alto valor dos ativos, a plataforma de registro deve seguir, ainda, padrões de segurança bancária, de forma a se evitar potenciais fraudes, a exemplo de atuação de *hackers*, sob pena de enormes danos de credibilidade ao sistema - o que já ocorreu, por exemplo, no mercado europeu.

Serão tratados neste artigo, portanto, os imensos desafios administrativos e jurídicos que se apresentaram quando da efetiva implementação e funcionamento do SISA, decorrentes do exercício de sua função de regulação de mercado de carbono, legitimação social, validação científica e inserção nos mercados nacional e internacional de serviços ambientais.

Entre as mais desafiadoras questões jurídicas encontra-se justamente a análise sobre a possibilidade e a forma de eventual contratação, pelo Estado do Acre, de empresa estrangeira para efetuação de registro de créditos de carbono em plataforma segura, o que envolve a análise sistêmica de normas locais e nacionais, bem como a observação das exigências e condições impostas pelas relações internacionais, pública e privada, que regulam o mercado de carbono. Eis o objeto deste artigo.

2. DO CONTEXTO JURÍDICO E FÁTICO *SUI GENERIS*

Questão de imensa complexidade na formulação do SISA foi o estabelecimento de seu arranjo institucional. Um dos grandes avanços do modelo acreano é a proposição de um arranjo que de fato garanta a perpetuidade do Sistema, satisfaça a necessidade de confiabilidade exigida pelo mercado e, ao mesmo tempo, não renuncie às diretrizes e princípios debatidos e pactuados com a sociedade. Assim, o modelo acreano de governança, além de buscar uma institucionalidade estável e a manutenção da legitimidade social, tem por necessidade gerir basicamente duas atividades distintas: a regulação do mercado; e a monetização dos créditos de sua titularidade.

Para exercício da primeira atividade, de regulação, foi criada uma autarquia, o Instituto de Mudanças Climáticas – IMC (Lei Estadual nº 2.308, de 2010). Ele tem a atribuição de estabelecer as normas complementares do SISA, aprovar e homologar as metodologias de projetos, efetuar o pré-registro e o registro dos subprogramas, planos de ação e projetos especiais, bem como a emissão e registro de serviços e produtos ecossistêmicos. Tem por competência, ainda, o controle e o monitoramento da redução de emissões de gases de efeito estufa, dos planos e projetos dos programas e o cumprimento de suas metas e de seus objetivos.

Já do lado do mercado há a Companhia de Desenvolvimentos de Serviços Ambientais - CDSA, constituída como sociedade de economia mista, e que exerce a função de monetizar os créditos do Estado, sendo, nos termos do art. 15 da já citada Lei Estadual nº 2.308/2010, uma empresa criada para, dentre outras atribuições, gerir e alienar ativos e créditos dos serviços e produtos ecossistêmicos gerados no âmbito do Sistema de Incentivo a Serviços Ambientais do Estado do Acre - SISA.

Dada essa base institucional, é importante relembrar o contexto legal em que estão essas organizações inseridas, fazendo-se necessário destacar o que são os serviços ambientais para o sistema jurídico acreano e brasileiro. De acordo com o art. 1º da Lei Estadual nº 2.308/ 2010, o SISA engloba os seguintes produtos e serviços ecossistêmicos:

- a) o sequestro, a conservação, manutenção e aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono;
- b) a conservação da beleza cênica natural;
- c) a conservação da sociobiodiversidade;
- d) a conservação das águas e dos serviços hídricos;
- e) a regulação do clima;
- f) a valorização cultural e do conhecimento tradicional ecossistêmico;
- g) a conservação e o melhoramento do solo.

Não por acaso, o Código Florestal Brasileiro, em seu art. 41, *caput* e seu inciso I, determina a criação de uma política nacional de serviços ambientais, transcrevendo em maior parte o art. 1º da lei acreana (que lhe é anterior) mencionada acima. Além, a lei federal estabelece, no § 5º do mesmo art. 41, a criação de um mercado de serviços ambientais, devendo-se respeitar os sistemas criados pelos estados, como o do Acre, conforme se vê a seguir:

Art. 41 [...]

§ 5º O programa relativo a serviços ambientais previsto no inciso I do caput deste artigo deverá **integrar os sistemas em âmbito nacional e estadual**, objetivando a **criação de um mercado de serviços ambientais**. [grifos nossos]

Além, na parte conceitual estabelecida pelo art. 3º do Código Florestal, o inciso XXVII descreve o carbono florestal da seguinte forma:

Art. 3º [...]

XXVII – crédito de carbono: **título** de direito sobre bem intangível e incorpóreo **transacionável**. [grifos nossos]

Considerando este contexto geral, o objeto deste artigo é justamente verificar a possibilidade de contratação de empresa estrangeira para viabilização de um “registro” da existência dessas unidades de créditos de carbono transacionáveis (unidade certificada de emissão evitada de carbono equivalente), no âmbito do Sistema Estadual de Incentivo a Serviços Ambientais - SISA, criado pela Lei Estadual nº 2.308/2010, na exata forma prevista no Código Florestal.

Complementarmente, é de se lembrar que aquele “registro” de créditos de carbono, como um cadastro, foi previsto nos incs. X e XXI do art. 3º da suprarreferida Lei Estadual nº 2.308/2010, que assim dispôs:

Art. 3º [...]

[...]

X - MQVRT: sistema que se baseia em conceitos nacional e internacionalmente reconhecidos e que assegurem a capacidade de medição, quantificação e verificação - MQV, agregados ao **registro e à transparência dos ativos ambientais - MQVRT;**

[...]

XXI - registro: sistema físico ou eletrônico de cadastro e contabilização dos programas, subprogramas, planos de ação, projetos, serviços ambientais e produtos ecossistêmicos objetivando a criação de um ambiente de transparência, credibilidade, rastreabilidade e interoperabilidade para o SISA;

[grifos nossos].

Esse “cadastro”, chamado de registro de créditos, conforme mencionado na lei, foi criado com a finalidade de estabelecer uma estrutura que garantisse “credibilidade”, “rastreabilidade” e “interoperabilidade” com outros sistemas – nacionais e internacionais.

A questão da integridade do registro de créditos – e a capacidade de seguir toda a sua vida até a chamada “aposentadoria” (retirada do mercado ou desativação), é questão fundamental para a própria existência de um mercado de carbono. Por se tratar de um produto e um mercado novo, a garantia tecnológica e reputacional de inexistência de dupla contagem ou dupla venda de créditos - ou seja, integridade contábil - é, à evidência, uma questão fundamental para a existência do próprio mercado.

Por tal razão, o SISA, como dito anteriormente, previu a criação de uma instituição pública, de natureza jurídica autárquica, para normatizar e gerir este registro, conforme se vê pelo disposto no art. 7º da já mencionada lei:

Art. 7º Fica criado o **Instituto de Regulação, Controle e Registro**, autarquia especial com autonomia econômico financeira e independência administrativa, supervisionada pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente - SEMA e com competência para:

[...]

V - autorizar e/ou expedir os certificados de emissões reduzidas de gases de efeito estufa, **regulamentar e realizar o respectivo registro**; [...] [grifos nossos]

Ao Instituto de Regulação, Controle e Registro, posteriormente renomeado para Instituto de Mudanças Climáticas e Regulação de Serviços Ambientais - IMC, coube atribuição legal de regulamentar e realizar o registro de créditos de carbono, ou seja, estabelecer um cadastro físico ou eletrônico com a finalidade de contabilizar, de forma transparente e rastreável, mencionadas unidades de crédito.

Nesse contexto, considerando a complexidade e especificidade do serviço de registro, e o alto custo de sua implantação e manutenção, mostra-se inviável o estabelecimento de toda a infraestrutura lógica e computacional necessária à

plataforma que, conforme se verá mais adiante, exige padrões bancários de segurança, devido ao alto valor do ativo que hospeda. Assim, o IMC, embora tenha a competência legal, não tem a capacidade - técnica e financeira - para gestão própria da atividade, razão pela qual optou pela homologação de serviço de terceiro.

3. DA DIFERENCIACÃO DAS ATIVIDADES REGULATÓRIA E DE MERCADO

Como dito em momento anterior, é importante diferenciar as duas atividades do Estado no âmbito do sistema: a de regulação do mercado e a de monetização dos créditos de carbono de titularidade do Estado. A contratação do registro de créditos (não da plataforma) encontra-se dentre as atividades de monetização, de responsabilidade da CDSA como já visto. Dessa forma, o IMC, aqui, atua como agência reguladora.

Em outros termos, pode-se dizer que as regras de funcionamento do mercado regional são dadas pelo IMC; já os créditos propriamente ditos, por serem “jurisdicionais” e vinculados ao cumprimento do chamado *Acre Carbon Standard*, pertencem ao Estado do Acre, representados no mercado pela CDSA. Expliquemos melhor:

Se por um lado foi necessária a criação de um Instituto (o IMC), de natureza pública, que regulasse o sistema de serviços ambientais no Acre, de outro se apresentou adequada a criação de uma entidade que pudesse falar a mesma linguagem do mercado, para alavancagem dos ativos ambientais gerados no sistema. Após uma extensa análise e um amplo debate público, entendeu-se como melhor opção a criação, pelo Poder Público, de uma sociedade de economia mista em forma de sociedade anônima a qual, uma vez que possuísse natureza jurídica privada, pudesse atuar com essa característica flexível – justamente da CDSA.

Nesse contexto, é de se lembrar que o Decreto Estadual nº 6.306, publicado no DOE de 2 de setembro de 2013, regulamentou o parágrafo único do art. 15 da lei do SISA. O primeiro ponto a ser destacado em tal decreto é a previsão, no parágrafo único do seu art. 2º, que “**os ativos e créditos** resultantes dos serviços e produtos ecossistêmicos originados nos programas e subprogramas **são de titularidade do Estado do Acre**”.

O mencionado decreto estabeleceu, também, regras para a gestão, pela CDSA, dos créditos de titularidade do Estado do Acre, dispondo assim o seu art. 3º:

Art. 3º Na atividade de gerenciamento dos ativos e créditos de titularidade do Estado do Acre, a CDSA o representará junto a órgãos e entidades nacionais e internacionais para fins de:

- I - trato documental;
- II - validação, verificação e certificação de ativos ambientais;
- III - emissão de créditos;
- IV - registro de ativos e créditos ambientais;**
- V - operações diversas com ativos e créditos ambientais, exceto alienação;
- VI - outras atividades inerentes à gestão.

Evidencia-se, assim, as razões pelas quais a CDSA, para cumprimento de atribuições legais, em especial o previsto no inciso VII do art. 15 da Lei Estadual nº 2.308/2010, nos termos do art. 3º do Decreto Estadual nº 6.306/2013, pode, em abstrato, firmar contrato para realização de registro de créditos de titularidade do Estado do Acre.

Dadas essas informações e abordagem gerais, que demonstram ser uma situação juridicamente *sui generis*, passemos à análise da legislação aplicável, para então verificar

a possibilidade da contratação, por parte da CDSA, de serviços prestados por empresa estrangeira para registro de créditos de carbono de titularidade do Estado do Acre.

4. DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Como já dito, a Companhia de Desenvolvimento de Serviços Ambientais é uma sociedade de economia mista destinada à exploração econômica de serviços ambientais, autorizada a ser criada por meio da Lei Estadual nº 2.308/2010, a lei do SISA, com personalidade jurídica de direito privado. Nesse sentido, conforme destaca Bonfim,

[...] nosso Direito consagra, no art. 173, § 1º, inc. II da Constituição Federal que as sociedades de economia mista estão submetidas regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito privado, inclusive no que diz respeito aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. A adoção do regime jurídico de direito privado justifica-se por ser a forma que a Administração encontrou de propiciar agilidade necessária a essas sociedades, suprimindo a burocracia e formalismo inerentes à Administração Pública Direta.²

Complementarmente, é de se destacar que a Constituição prevê, no mesmo art. 173, § 1º, em seu inc. III, a criação de lei para regular o regime de contratação das sociedades de economia mista, conforme transcrição a seguir:

Art. 173. [...]

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

² BONFIM, Natália Bertolo. **O Interesse Público nas Sociedades de Economia Mista**. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://goo.gl/qQvq0E>. Acesso em: 18 de nov 2016.

[...]

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

Nesse contexto, considerando a previsão constitucional, o Estado do Acre editou, por sua competência concorrente, a Lei Estadual nº 2.694, de 2013, dispondo sobre o procedimento para contratação de obras, serviços, compras e alienações das empresas públicas e das sociedades de economia mista controlados pelo poder público estadual. Conforme destacado em manual da Advocacia Geral da União,

o constituinte derivado outorgou ao legislador ordinário a possibilidade de elaborar estatuto jurídico diferenciado para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, em matéria de licitação, porém mediante lei em sentido formal e material [...] [como é o caso do Acre].³

Por tal razão, no caso em análise, não há dúvidas que, para análise jurídica da potencial contratação, deverá ser observado o disposto na lei estadual suprareferida, atendidos, sempre, os princípios constitucionais instruidores da atividade pública previstos no art. 37 da Constituição da República, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Cuida-se este item, portanto, da premissa maior.

Por outro lado, no dia 30 de junho deste ano entrou em vigor a Lei Federal nº 13.303, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. Referida lei estabelece, dentre outras coisas, as regras gerais de contratação dessas organizações. Todavia, o **caput** do art. 91 da referida lei, ao regulamentar as disposições finais e transitórias, estabelece que as empresas já constituídas antes da

³ AGU. **Lei de Licitações**: entendimentos do TCU. p. 50. Disponível em: <http://goo.gl/EvyA0m>. Acesso Em: 15 nov 2016.

entrada em vigor da lei têm vinte e quatro meses para promover as adaptações para adequação ao novo regime jurídico, prevendo expressamente no § 3º do referido artigo que “permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no **caput**”. Desta forma, importante mencionar a existência da referida Lei Federal e, ainda que, temporariamente, não vinculante ao objeto da análise, permanecerá aqui como elemento referencial.

5. DA PREVISÃO LEGAL EM ABSTRATO PARA CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PELA CDSA

Como já mencionado, trata-se de análise da possibilidade de contratação direta para contratação de serviço de registro de créditos de carbono em plataforma internacional, a ser realizado pela Companhia de Desenvolvimento de Serviços Ambientais – CDSA, cujo contexto da contratação representa uma situação fática e jurídica *sui generis*, como visto anteriormente.

Em tal contexto, a referida contratação é regulada por lei especial estadual, que estabeleceu parâmetros para contratação de obras, serviços, compras e alienações por parte de empresas públicas e sociedades de economia mista do Estado do Acre (a legislação federal, não aplicável ao caso, é tomada apenas como referencial). É no cotejo destes dois universos que se tem que agora mergulhar.

Desde logo é importante mencionar que a Lei Estadual nº 2.694, de 2013, traz diversos critérios e procedimentos, em geral simplificados em relação à Lei Federal nº 8.666, de 1993, para a realização de licitações e contratações no âmbito das sociedades de economia mista do Estado do Acre. Todavia, aos moldes da referida Lei Federal, a norma estadual identifica a possibilidade

de que, em certos casos, a concorrência se mostre inviável, fática ou juridicamente. Vejamos o que diz o art. 13 da Lei acreana:

Art. 13. É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial: [...]

Vemos que, em formato análogo ao estabelecido no art. 25 da Lei Federal, o legislador estadual procurou evitar dispendiosos procedimentos de seleção e contratação quando a concorrência é inviável ou a análise comparativa é subjetiva.

A Lei Federal nº 13.303/2016 traz disposição análoga, ao prever no art. 30:

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:
[...]

Além, em todos os casos, tanto na legislação federal quanto estadual, o rol é meramente exemplificativo. Nesse sentido, além dos casos expressamente previstos, a inexigibilidade se dará sempre que, por aplicação direta do conceito estabelecido no *caput* dos artigos correspondente, houver a inviabilidade de competição. Sobre o tema, vale transcrever a lição de Marçal Justen Filho, quando da análise do dispositivo correspondente na Lei nº 8.666/93:

Tratando-se de instituto complexo como se passa com a inexigibilidade, sua extensão dificilmente poderia ser estabelecida de modo meramente teórico. Dá-se um exemplo bastante esclarecedor. Se não existissem os três incisos do art. 25, muitos seriam tentados a restringir a inexigibilidade apenas aos casos de ausência de pluralidade de alternativas. A existência do dispositivo do inc. III evidencia que o conceito de inviabilidade de competição tem de ser interpretado amplamente, inclusive para abranger os casos de impossibilidade de julgamento objetivo. Em outras palavras, a análise dos

incisos do art. 25 [art. 13, no caso da lei estadual e art. 30 na Lei 13.303/2016, por analogia] permite identificar o conceito de inviabilidade de competição consagrado no caput do dispositivo.⁴

Com tal consideração doutrinária, pode-se destacar que, além da previsão ampla do caput do art. 13 já mencionado, a Lei Estadual também previu as seguintes possibilidades de reconhecimento da inexigibilidade de licitação:

Art. 13. [...]

IV – para contratação de serviços ou aquisição de bens, em situações atípicas de mercado em que, comprovadamente, a realização do procedimento licitatório não seja hábil a atender ao princípio da economicidade;

IX – para comercialização de bens e serviços decorrentes de implantação de políticas públicas estaduais específicas para as quais a licitação se mostre inviável, [...].

Sobre a economicidade, deve-se observar não somente seu aspecto negativo - ou seja, redução de custos - mas também do seu aspecto positivo - aumento do ganho. Isso é importante no sentido de que, no caso concreto, deve-se ter em conta não somente um valor menor pago pelo produto/serviço, mas o incremento do ganho, a exemplo do que sói aqui acontecer, considerando que a credibilidade da empresa registradora é essencial para a comercialização e formação do preço do ativo.

Deve-se observar, portanto, se os fatos identificados na questão se encaixam na previsão legal de inexigibilidade, seja pelo **caput** do art. 13, ou ainda pela aplicação do seu inc. IV e primeira parte do inc. IX.

Pelo exposto, há evidência de que a legislação, federal e estadual, permitem, em tese, a contratação direta nos casos em

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13^a edição. São Paulo: São Paulo, 2009, p. 348.

que se caracterizar a inviabilidade de competição. Assim, para a verificação do objeto concreto, necessário se faz identificar a existência ou não de tal circunstância jurídica.

6. DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA CONTRATAÇÃO

Como visto, o objetivo da contratação é a realização de serviço de registro de créditos de carbono, de forma a torná-los “líquidos” para efeito do mercado. Como se evidenciará à frente, dentre as oportunidades concretas se evidencia a relação com o Governo da Alemanha, por meio do KfW (banco de desenvolvimento alemão), e no futuro próximo por meio da potencial relação com o Estado da Califórnia, no concernente a um mercado comum de carbono. Não se pode olvidar, ainda, o mercado internacional que se viabilizará com a entrada em vigor, a partir de 2020, do mercado internacional regulado de créditos de carbono, viabilizado pelo “Acordo de Paris”, no âmbito da ONU.

Nestas circunstâncias, é importante relembrar que a contratação do registro de créditos do Estado do Acre - necessário para acesso a mercados - se realizar por meio da CDSA decorre de expressa previsão legal (art. 15, VII, da Lei Estadual nº 2.308/2010). Essa atividade de gestão foi detalhada no art. 3º do Decreto Estadual nº 6.306/2013, que estabeleceu como atribuições daquela companhia proceder ao registro de ativos e créditos ambientais do Estado, inclusive com possibilidade de representação “junto a órgãos e entidades nacionais e internacionais” - ora objeto de análise.

Para compreender as razões da contratação é necessário desenhar o contexto nacional e internacional em que o sistema do Acre está inserido. O Estado, conforme visto anteriormente, desenvolveu um Sistema Estadual de Incentivo a Serviços

Ambientais, uma inovadora iniciativa para monetização de esforços públicos e privados de proteção ambiental, e que permite a alavancagem de cadeias produtivas sustentáveis.

De acordo com o WWF, reconhecida entidade internacional do terceiro setor, o subprograma de carbono do acre “representa uma das primeiras políticas públicas de REDD jurisdicional e é considerada a mais avançada em todo o mundo”.⁵ Importante destacar, aqui, a título informativo, texto da Lei Estadual nº 2.308/2010, que assim conceitua REDD+:

A redução de emissões de gases de efeito estufa oriundos de desmatamento e degradação, ao fluxo de carbono, ao manejo florestal sustentável e à conservação, manutenção e aumento dos estoques de carbono florestal.

Não há dúvidas, que a implantação desse Sistema passa, necessariamente, pelo fortalecimento da cooperação do Estado do Acre nos níveis internacional, nacional e subnacional. Essa abordagem ampliada se fundamenta no fato de que há diversos sistemas de financiamento do modelo que são debatidos, dentre outros fóruns, entre as Nações no âmbito da ONU, o que demonstra ser necessário agir localmente, mas pensar globalmente.

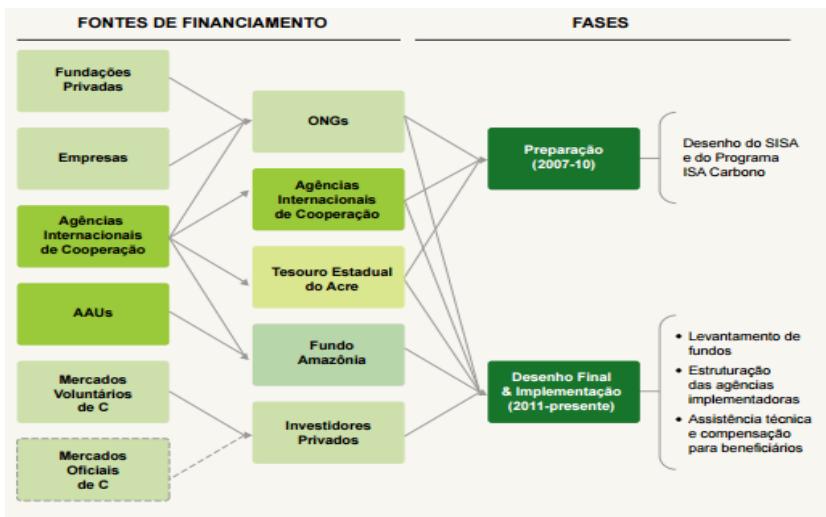
O WWF organizou de forma didática algumas possibilidades desse tipo de arranjo de fontes de financiamento⁶:

A proposta de um “pensamento global” ampliado passa, assim, pela aceitação e internalização, na legislação estadual, dos conceitos técnicos estabelecidos na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima pelo Painel

5 WWF. **O Sistema de Incentivos por Serviços Ambientais do Estado do Acre**, Brasil: Lições para Políticas, Programas e Estratégias de REDD Jurisdicional. Disponível em: <https://goo.gl/BGm4yA>. Acesso em: 18 nov 2016.

6 Idem, ibidem.

Intergovernamental de Mudanças Climáticas (ver acordo de Paris⁷), além de considerar todos os arranjos possíveis no âmbito internacional, inclusive quando se tratar de relação com países – como o governo alemão – ou estados subnacionais – como o Estado americano da Califórnia, cuja negociação de integração de mercado *offset* encontra-se em andamento.



Em todos os casos há exigência de um “registro” dos créditos de carbono que siga padrões internacionais de segurança e rastreabilidade. Trata-se, portanto, de uma inclusão juridicamente complexa de políticas locais em um quadro internacional em formação.

Além, deve-se de fato identificar que o Estado do Acre firmou acordo com o governo alemão, por meio do seu banco nacional de desenvolvimento, o KfW, em uma espécie de “Contrato de Contribuição Financeira”⁸. Esse acordo foi estabelecido no âmbito do programa “REDD Early Movers”⁹ desenvolvido pelo banco, e que busca fomentar iniciativas pioneiras de “REDD

7 Conferir em: <https://nacoesunidas.org/acordodeparis/>

8 Disponível em: <https://goo.gl/l2UqB5>

9 Conferir em: <https://goo.gl/M7Zaks>

Jurisdicional” em todo o mundo. O Acre foi o primeiro a firmar tal contrato¹⁰.

O Acordo, que prevê contribuições financeiras de até dezesseis milhões de Euros, estabelece que o Estado seria beneficiário dos recursos em razão de “**reduções de emissões** do desmatamento passadas devidamente comprovadas, validadas, **registradas** e desativadas”, conforme dispõe o artigo 2º do acordo firmado, o que evidencia, mais uma vez, a necessidade do já mencionado “registro” de créditos de carbono – tendo em vista que o governo alemão identifica justamente a necessidade de garantia do já citado princípio do MQVRT (medição, quantificação, verificação, registro e transparência), previsto na lei do SISA.

Como vimos anteriormente, a Lei do SISA estabeleceu que cabe ao Instituto de Mudanças Climáticas - IMC a competência de regulamentar e realizar, por si ou por terceiro homologado, o registro de créditos no sistema estadual, conforme estabelece o art. 7º da Lei Estadual nº 2.308/2010, já transcrito, cabendo ao Estado do Acre (representado pela CDSA) ou a particulares, titulares de créditos gerados no sistema, solicitar a realização do registro de unidades certificadas de créditos de carbono.

Pelo exposto neste item, fica evidenciado que o Estado do Acre, por meio da CDSA, seja em razão de operação de transação de créditos de carbono junto ao governo alemão, seja em razão das negociações subnacionais, como com a Califórnia, ou qualquer outro meio de financiamento do Sistema, necessita realizar registro destes créditos - e isso deve ocorrer em plataformas seguras e internacionalmente reconhecidas/aceitas pelo mercado, pelos financiadores, pelos parceiros comerciais e pelos doadores. Esse sistema de “registro” de créditos de carbono, como um cadastro, foi previsto nos incs. X e XXI do art. 3º da suprarreferida Lei Estadual nº 2.308/2010, que assim dispôs:

10 Conferir em: <https://goo.gl/RWAAML>

Art. 3º [...]

[...]

XXI - registro: sistema físico ou eletrônico de cadastro e contabilização dos programas, subprogramas, planos de ação, projetos, serviços ambientais e produtos ecossistêmicos **objetivando a criação de um ambiente de transparência, credibilidade, rastreabilidade e interoperabilidade** para o SISA;

[grifos nossos].

Todavia, é importante destacar que o mercado internacional de créditos de carbono de REDD é um mercado em formação, e a correta escolha de plataforma de registro é tema de absoluta importância. Há pouquíssimos “players”, em um universo ainda menor quando se agrega a necessidade de existência de escala, segurança tecnológica e credibilidade para estabelecimento e manutenção de plataformas de registro de créditos.

Trata-se de uma área extremamente sensível, pois se está a falar, em relação ao registro, do “cofre” onde os ativos ambientais são guardados; e, como se sabe, onde há possibilidade de lucro há sempre tentativas de burla e furto, principalmente ao considerarmos se tratar o registro, neste caso, de uma plataforma eletrônica passível de ser “hackeada”.

A União Europeia passou, recentemente, por uma situação grave de violação de seu sistema de registro. Acessando um elo fraco do sistema europeu, *hackers* invadiram, por meio de um ataque eletrônico, a conta de registro de créditos de carbono da República Checa, roubando ativos de mais de sete milhões de euros. Esses créditos foram, então, vendidos a diversas empresas em outros países da Europa, a exemplo da petroleira Shell e do banco *Credit Suisse*. Esse caso resultou, por algum tempo, na paralisação geral em todo o mercado europeu. Quatro

britânicos foram condenados a dezenove anos de prisão pelos crimes cometidos.¹¹

Este caso demonstra os imensos riscos envolvidos com a manutenção do Registro como plataforma tecnológica, bem como a razão da exigência do mercado em relação à garantia da rastreabilidade: imagine-se a situação de grandes empresas em um caso como o mencionado no parágrafo anterior.

Por tal razão, a empresa de auditoria externa *Price Waterhouse Coopers* - pwc editou um documento¹² de orientação a seus clientes intitulado “How to Assess Your Green Fraud Risks”¹³. Em tal documento menciona-se, dentre os riscos potenciais nos chamados “mercados verdes”, a possibilidade de “Cyber Hacking”, como mencionado anteriormente; “Phishing”, quando um fraudador se passa por uma empresa de “registro” e busca obter acesso à conta da vítima; “Double Selling”, que consiste em uma espécie de “reciclagem” de créditos já utilizados, aproveitando-se da falta de um registro comum nos mercados.

Eis as razões, dentre outras, para a previsão legal no Acre de estabelecimento de um registro seguro que permitisse a criação de um ambiente de transparência, credibilidade, rastreabilidade e interoperabilidade para o SISA, nos termos do inc. XXI do art. 3º da Lei, transscrito anteriormente, de forma a se proteger quanto aos riscos já identificados em outros sistemas. Não se pode esquecer que os créditos de carbono somente têm valor em razão da segurança científica de que representam reais reduções de emissões e em razão da integridade da sua cadeia de custódia.

11 SZABO, Michael. **Four British men jailed for role in EU carbon credit thefts**. Agência Reuters. Disponível em <http://goo.gl/WLHW3n>. Acesso em: 14 nov 2016.

12 PWC. How to asses your green fraud risks. Disponível em: <https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/greenfraud.pdf>. Acesso em: 15 nov 2016.

13 Em tradução livre: “Como analisar seus riscos em fraude verde”.

Obviamente, para se desenvolver e manter um “cofre” virtual protegido de ataques não é uma atividade tecnicamente trivial e, muito menos barata, considerando que se deve adotar padrões compatíveis com o setor bancário. Não se pode esquecer que, no caso acreano, os ativos podem alcançar valores de mercado na casa de bilhões de reais.

Por tal razão, o IMC, órgão regulador dos serviços ambientais no Estado - e titular da atribuição de registro – firmou em 2013 termo de cooperação com a empresa Markit Group Limited¹⁴, a qual é, atualmente, a maior empresa registradora de créditos de carbono do mundo e, portanto, detentora de todos os requisitos necessários à proteção dos ativos do Estado. Sobre esse aspecto, será falado novamente mais à frente. Trata-se, aqui, de uma parceria de compartilhamento de tecnologia, e não a contratação em si do registro de créditos, cujos critérios legais serão analisados à frente.

7. DA ANÁLISE SOBRE A SUBSUNÇÃO DO CASO CONCRETO À PREVISÃO LEGAL DE CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Nos itens anteriores, de nºs. 4 e 5, houve a oportunidade de se descrever o arcabouço jurídico aplicável e as condições fáticas da contratação pretendida. O encontro dos dois elementos, ou seja, a análise da subsunção ou não do caso concreto à norma geral, é o objeto deste capítulo.

Nesse sentido, como visto anteriormente, identificou-se a possibilidade legal, em abstrato, da existência de contratação direta de serviços que assumam características únicas, quando identificada a inviabilidade de competição. Em outras palavras,

14 Conferir em: <https://goo.gl/CORCb>

o arcabouço jurídico regula a inexigência de licitação quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição.

Tal é o caso previsto no art. 13 da Lei Estadual nº 2.694, de 2013 (que regula o procedimento de contratação das sociedades de economia mista no âmbito do Estado), o qual converge com o previsto no art. 25 da Lei Geral de Contratos e Licitações, a Lei nº 8.666/93. Em ambos os casos se trata de inexigibilidade de licitação por impossibilidade de competição. Como referência, a nova lei geral de contratação para Sociedades de Economia Mista, de nº 13.303/2016, tem previsão semelhante em seu art. 30.

Foi visto, também, que, no presente caso, a contratação de registro de créditos deve se dar pela Companhia de Desenvolvimento de Serviços Ambientais - CDSA, por representar o Estado do Acre - detentor dos créditos - junto a organismos internacionais, conforme art. 15 da Lei do SISA e seu decreto regulamentador. Em razão de a contratação dever ocorrer pela CDSA, resta clara a incidência do disposto na já citada Lei Estadual nº 2.694/2013.

Assim, para se identificar a existência de subsunção, portanto, deve ser analisada a caracterização de inviabilidade de competição e se, em algum aspecto, há adequação aos casos exemplificativos da lei, como contratação em situações atípicas de mercado e/ou situações de implantação de políticas públicas estaduais em que a licitação se mostre inviável.

É dessa forma que as normas em abstrato devem ser contrapostas à realidade fática encontrada, ou, em outras palavras, analisar-se os motivos determinantes da potencial contratação em contraste à lei aplicável. Passemos então a essa tarefa nos próximos parágrafos.

Definida a aplicação da Lei Estadual nº 2.694/2013, deve-se destacar que referida lei detalha a norma geral de inexigibilidade de licitação em casos de impossibilidade de competição, exemplificando alguns casos de sua incidência. Vejamos o que diz algumas partes do art. 13 da citada lei, pertinentes ao caso concreto:

Art. 13. É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial: [...]

[...]

IV – para contratação de serviços ou aquisição de bens, em situações atípicas de mercado em que, comprovadamente, a realização do procedimento licitatório não seja hábil a atender ao princípio da economicidade;

IX – para comercialização de bens e serviços decorrentes de implantação de políticas públicas estaduais específicas para as quais a licitação se mostre inviável, [...].

Essas previsões legais são macroestrutura onde se deve testar o caso concreto. Para isso, deve-se olhar para os motivos determinantes da potencial contratação e as circunstâncias específicas envolvidas, de maneira a se identificar ou não a subsunção.

Foi visto anteriormente que o registro de créditos de carbono é fator elementar do sistema criado pela lei do SISA, que determina em seu art. 3º a necessidade de existência de sistema de cadastro e contabilização dos créditos, de forma a se criar um ambiente de transparência, credibilidade, rastreabilidade e interoperabilidade.

A providência é necessária pois somente com o registro os créditos se tornam líquidos, de maneira a viabilizar o acesso a fontes de financiamento, como pagamentos por performance, fundos

nacionais e internacionais, e mercados, interno e de *offset*, regulados ou voluntários. Em outras palavras: sem registro, sem transação.

Isso ocorre porque, por se tratar de ativo intangível, a credibilidade da existência do título e de sua individualização, que permita, como visto, sua rastreabilidade, é condição prévia a qualquer dos atores envolvidos nesse universo - portanto, se constitui como regra de ouro do sistema. Por se tratar, igualmente, de ativos que podem atingir a casa do bilhão de reais, sua custódia em sistemas eletrônicos exige níveis bancários de segurança, considerando o risco de invasões, dentre outros. Isso foi igualmente abordado anteriormente.

Destacou-se anteriormente, também, que no ano de 2013 foi firmado termo de cooperação entre o Instituto de Mudanças Climáticas - IMC, órgão responsável pela regulação do mercado de créditos de carbono no Acre, e a empresa Markit Group Limited, que se consubstancia como a maior registradora de crédito do mundo e, portanto, detentora de todos os requisitos necessários à proteção dos ativos do Estado. A relação com a Markit constitui-se como uma espécie de “homologação” da plataforma para efeito de aceitação do registro no âmbito do SISA, sendo ainda a única plataforma reconhecida no sistema acreano. No preâmbulo daquele acordo mencionou-se, em relação ao SISA, que

A primeira transação neste sistema foi alcançada em 2012 por meio de cooperação financeira do Banco Alemão de Desenvolvimento, KfW, baseado no alcance de redução de emissões de carbono decorrentes de desmatamento entre 2011 e 2014. [...] Além do KfW, o programa ISA Carbono tem atraído interesse de outros possíveis participantes [...]

O *know-how* que a Markit oferece para serviço de registro permite a configuração e a hospedagem de um registro para um *standard* de ativos ambientais

especificamente desenhado para o Programa ISA-Carbono, chamado *Acre Carbon Standard*, regulado pelo IMC [...].¹⁵

Observa-se que, neste contexto, hoje todo e qualquer registro de créditos de carbono gerados no âmbito do SISA, para serem transacionados (e cumprirem princípios de MQVRT), acabam, nas condições atuais, por ser registrados na plataforma Markit, justamente para garantir sua integridade contábil, o que passa por cumprimento de regras de *compliance*, como transparência, publicidade e rastreabilidade, além, é claro, de cumprir os mais estritos requisitos de segurança tecnológica do mercado.

Percebe-se, assim, que a escolha da homologação da Markit como plataforma reconhecida pelo IMC se deu, deterministicamente, em razão de o termo de acordo de pagamento por performance de redução de emissões firmado como o Banco KfW, firmado em 2012, prever a necessidade de registro dos créditos especificamente junto à Markit Group - o que de fato ocorreu, tendo-se transferido os créditos entre contas do Acre e do Banco, com a respectiva “aposentação” (*retirement*).

Por outro lado, não se pode esquecer que a Markit Group é a maior plataforma de registro de créditos de carbono do mundo, com 62% do mercado mundial, conforme destacado em relatório produzido pela *Forest Trends* intitulado “Turning Over a New

15 Tradução livre de: “*The first transaction under this system was accomplished in 2012 via the Finance Cooperative of the German Development Bank, KfW, based on the fulfillment of carbon emissions reductions from deforestation throughout 2011-2014. [...] Apart from KfW, the ISA Carbon Program has attracted the interest of other possible participants [...] The know-how that Markit provides for registration services allows for the configuration and hosting of a registry for a standard of environmental assets specifically designed for the ISA-Carbon Program, called the Acre Carbon Standard, regulated by the IMC [...]*”.

Leaf: State of The Forest Carbon Markets 2014”, que assim relatou o contexto mercadológico internacional das plataformas de registro no documento da *Forest Trends*¹⁶:

Over the years, carbon offset registries have played an important role in legitimizing carbon market activities by providing transparent platforms where sellers can upload project documentation and where buyers can retire offsets. Markit Environmental Registry and APX Inc. are the two major registries serving the voluntary carbon market, holding 62% and 34% of offsets transacted in 2013, respectively.

Tal fato certamente se constitui em um fator importante e considerado pelo governo alemão ao requerer a inclusão, no termo de cooperação com o Acre, da determinação da referida empresa como ponto focal de registro - uma vez que a credibilidade das instituições, como dito, é regra de ouro de todo o sistema. Fica evidente, assim, que, para efeito da relação com o Banco Alemão, a única possibilidade disponibilizada para CDSA, em sua atuação como representante do Estado, é o registro junto à Markit. Além do mais, apenas como argumento complementar, a *Markit Group* já participa do mercado de *Cap and Trade* da Califórnia, que é potencialmente o maior mercado a ser acessado pelo Estado do Acre no futuro próximo.

Como se vê, a eventual ocorrência da inexigibilidade para contratação do serviço de registro de créditos em plataforma internacional - objeto desta análise - é circunstancial, no sentido de que depende da relação com parceiros comerciais, apoiadores e investidores. O SISA permite uma variedade enorme de meios de financiamento e comercialização de créditos de carbono, razão pela qual, em cada negócio específico, podem surgir razões que justifiquem a contratação com essa ou aquela plataforma específica

16 TRENDS, Forest. **Turning over a New Leaf: state of the forest carbon markets 2014**. Disponível em: <https://goo.gl/v80NV4>. Acesso em: 23 outubro 2016.

de registro, desde que tal providência seja uma exigência da transação e não prejudique a integridade do sistema estadual (transparência, rastreabilidade, interoperabilidade e segurança).

A visão expressa no parágrafo anterior demonstra a caracterização genérica da inexigibilidade de licitação por clara impossibilidade de concorrência. Além, pode-se descer ainda um nível de detalhamento, de forma a se verificar que o mercado de carbono internacional possui características extremamente específicas e, como visto, *sui generis*, que vão exigir a análise, caso a caso, da possibilidade de gerar concorrência entre plataformas de registro - o que aparentemente não é o caso até o momento, por todas as razões apontadas anteriormente. Esta é, aliás, como já visto, uma causa expressa de inexigibilidade de licitação prevista na Lei Estadual nº 2.694/2013, em seu art. 13, IV, conforme transcrição a seguir:

Art. 13. É inexigível a licitação, quando houver inabilidade fática ou jurídica de competição, em especial: [...]

[...]

IV – para contratação de serviços ou aquisição de bens, em situações atípicas de mercado em que, comprovadamente, a realização do procedimento licitatório não seja hábil a atender ao princípio da economicidade;

Por tudo quanto exposto, considerando o contexto fático apresentado, infere-se a efetiva possibilidade de aplicação das previsões legais ao caso concreto, podendo-se caracterizar, portanto, a inexigibilidade de licitação, nas condições atuais do mercado, para contratação, pela CDSA, da empresa Markit Group Limited como plataforma de registro de créditos de carbono de titularidade do Estado do Acre.

Deve-se, de toda forma, garantir que o contrato final siga padrões de mercado e que seu valor seja equivalente ou mais

vantajoso que o praticado pela empresa com outros clientes, de forma a se demonstrar a integridade da negociação efetuada.

8. DA ANÁLISE DAS QUESTÕES JURÍDICAS ACESSÓRIAS AO TERMO DE CONTRATO COM EMPRESA ESTRANGEIRA FIRMADO PELA CDSA

Uma vez determinado que há possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da empresa Markit para registro de créditos no âmbito do Sistema de Incentivo a Serviços Ambientais do Estado do Acre, resta adentrar a certos aspectos essenciais típicos dos contratos internacionais sujeitos ao direito privado, e aplicáveis ao caso sob análise.

Primeiramente, é importante relembrar a aplicabilidade da Lei Estadual nº 2.694/2013, que estabelece, em seu Capítulo VII, as regras de contratação de obras e serviços por parte das sociedades de economia mista do Estado do Acre. Simbolicamente, destaca desde logo a lei, no § 1º do art. 72, que os contratos “reger-se-ão pelas normas de direito privado e pelo princípio da autonomia da vontade”, servindo esta previsão como moldura geral interpretativa.

Tal previsão é de suma importância pois, apesar de, como já destacado, ser absolutamente necessária a observância dos princípios constitucionais gerais da Administração Pública (art. 37, CF), não se pode perder de vista se tratar, aqui, de um contrato “de direito privado” orientado pelo “princípio da autonomia da vontade”, respeitado o interesse público.

É sabido, entretanto, que nas relações internacionais comerciais de mercado de carbono, o *standard* dos contratos é que sejam os mesmos firmados em língua inglesa e a sua submissão a regime jurídico estrangeiro. Assim, dois elementos acessórios ao

núcleo do contrato, mas absolutamente importantes, devem aqui serem considerados e analisados: a) a possibilidade de se firmar contrato em língua estrangeira; e b) a eleição de foro e legislação estrangeiros para regulação da relação resultante do contrato. Em relação a eles, mais uma vez invoca-se o disposto no § 1º do art. 72 da Lei Estadual nº 2.694/2013, quanto à regência do direito privado e aplicação do princípio da autonomia da vontade da CDSA, ou seja, por ser relação privada aplica-se, em princípio, o Código Civil Brasileiro - CCB.

Em relação ao item “a”, há expressa previsão no CCB acerca das condições de validade de documentos redigidos em língua estrangeira, senão vejamos:

Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País.

É de se perceber, além de uma interpretação apressada do artigo, que a legislação civil não exige que o documento seja *escrito* em português, mas tão somente que “para terem efeitos legais no País” eles devem ser “traduzidos para o português”. Dessa forma, evidencia-se que não há exigência de assinatura de uma via em português, mas que o documento original, em língua estrangeira, seja traduzido. Nesse mesmo sentido, vejamos acórdão em recente julgamento (2015) do Tribunal de Contas da União nos autos TC 006.588/2009-8:

Note-se existir diferença entre exigir a redação do contrato em português e exigir sua tradução quando houver necessidade. Os documentos em língua estrangeira são aceitos no país conforme dispõe o art. 224 do Código Civil. Reforce-se que a única exigência para que produza efeitos legais no país é a sua tradução.

Outro ponto a se considerar é a inexistência de previsão legal para que empresas estrangeiras assinem documentos redigidos em português, diante da insegurança jurídica que se imporia ao contratado. [...] Ressalte-se que

determinar que o contrato seja redigido também em português e assinado por ambas as partes contratantes, sendo uma delas estrangeira, e as mesmas testemunhas, como dispôs o Acórdão 1765/2006-Plenário, é impor obrigação não prevista em lei.¹⁷

Naqueles autos, a Decisão final do colegiado, sob relatoria do Ministro Benjamin Zymler, em relação à exigência de tradução de contratos em língua estrangeira firmados pela Petrobrás, foi no seguinte sentido:

9.3.1. de acordo com o princípio da publicidade, nos futuros contratos redigidos em língua estrangeira, providencie a tradução do instrumento para a língua portuguesa nas seguintes hipóteses:

9.3.1.1. quando houver solicitação nesse sentido efetuada por órgão de controle interno ou externo;

9.3.1.2. quando houver solicitação nesse sentido efetuada por interessado que tiver acesso ao contrato com fulcro na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Pelo exposto, não se identifica nenhuma nulidade em se realizar a assinatura de documento em língua estrangeira, ficando, entretanto, evidenciada a necessidade da CDSA, nos casos mencionados acima, realizar a tradução juramentada do referido documento.

Já em relação ao item “b”, qual seja, a eleição de foro e legislação estrangeiros para regulação da relação resultante do contrato, é comum a exigência, por característica do mercado, da submissão ao regime jurídico da sede da empresa registradora dos créditos para dirimir conflitos decorrentes da execução do contrato. Passemos à análise dessa possibilidade.

O serviço de registro de créditos de carbono, prestado fora do território nacional, segue o formato de um contrato padrão,

¹⁷ TCU. Acórdão nos autos TC 006.588/2009-8.

Disponível em: <http://goo.gl/Sb85Ef>. Acesso em 19 nov 2016.

aos moldes do que ocorre quando da prestação de serviços no mercado financeiro: a existência de um corpo fixo (*terms and conditions*), desenhado para lidar com os riscos controlados de negócio, conhecido no Brasil como “contrato-padrão”¹⁸. Costuma ser, nesse sentido, um contrato-modelo, desenhado com o objetivo de padronizar produtos “comoditizados”. O fato de se desenvolver “produtos financeiros” padronizados decorre da necessidade de previsibilidade dos custos envolvidos. A literatura da *Law & Economics*¹⁹, que busca a aproximação de institutos jurídicos com conceitos econômicos, explica que

por meio de contratos as partes acertam formas de reduzir riscos e maximizar ganhos de forma racional, sendo então pactuado de forma consciente e calculada as convenções; deve-se concluir que este risco é calculado e precificado em especial naqueles acordos que envolvem os players internacionais que se aventuram nesta seara de concorrência.²⁰

Portanto, deve-se compreender sobre o tema, inicialmente, que a CDSA, em nome do Estado, ao contratar

18 Como exemplo, de acordo com a corretora Citi, “contrato-padrão” “representa um acordo, relativo a cada uma das mercadorias ou ativos financeiros, que estabelece as condições para sua negociação nos diversos mercados oferecidos pela Bolsa (futuro, opções, termo e spot). Para a negociação em mercados de liquidação futura é imprescindível que haja padronização de produtos, de modo que todas as características ou especificações da mercadoria sejam previamente conhecidas.” Disponível em: <https://goo.gl/WKsvKD>. Acesso em: 31 Out 2016.

19 FARNSWORTH, Alan. Contracts. 4. ed. New York: Aspen, 2004, p. 29; COASE, Ronald. The firm, the market and the law. Chicago: University of Chicago Press, 1988; POSNER, Richard. Economic analysis of law. 7. ed. New York: Aspen, 2007; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law & economics. Boston: Addison Wesley, 2003. Apud RODRIGUES, Marcelo Borges. A Eleição de Foro Estrangeiro nos Contratos Internacionais à Luz da Jurisprudência Brasileira. Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 5, 2009. Disponível em: <http://goo.gl/AjUVKl>. Acesso em 18 nov 2016.

20 RODRIGUES, Marcelo Borges. A Eleição de Foro Estrangeiro nos Contratos Internacionais à Luz da Jurisprudência Brasileira. Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 5, 2009, pp. 292-326. Disponível em: <http://goo.gl/AjUVKl>. Acesso em: 18 nov 2016.

serviços financeiros cujo preço, como dito, depende diretamente dos riscos envolvidos, necessariamente deve integrar-se às regras de mercado. Trata-se, por um lado, de uma vantagem para o Estado do Acre, uma vez que pode acessar serviços complexos a um, potencialmente, baixo custo, considerando a submissão do serviço a variáveis jurídicas mais estáveis da sede da empresa contratada, em geral EUA ou UE. É, por outro lado, um risco para a Companhia, já que os custos de uma litigância no exterior são, em regra, bem maiores. Por ser um risco do negócio, não cabe à esta análise ponderar esses elementos e sobre qual decisão de negócio deve ser tomada, mas tão somente verificar a possibilidade jurídica das alternativas disponíveis.

Sendo assim, é prudente afirmar que tudo aquilo que é contratado está envolvido no preço, inclusive eventuais riscos e custos para uma empresa em ajuizar uma ação neste país ou em outro. “Inserta neste cenário, deve-se acreditar que a cláusula de eleição de foro foi calculadamente precificada no contrato [...]”²¹, como destaca Marcelo Borges Rodrigues o qual destaca em artigo, ao comentar voto do Ministro Carlos Menezes Direito em um Recurso Especial sobre o tema análogo ao presente, que o ministro

“proferiu em seu voto vista posicionamento extremamente equilibrado e ligado ao complexo mundo dos contratos internacionais; entendeu ele que ‘no momento em que restringirmos a possibilidade de foro internacional, estaremos limitando a capacidade negocial do país em um mundo que, hoje, rapidamente processa contratos em termos supranacionais’, ainda expondo que entendia que quando o contrato é cumprido no exterior e não há filial da empresa no Brasil, já é motivo para desqualificar qualquer violação ao inciso do II do art. 88 do CPC²²

Nesse contexto, completa Marcelo Borges Rodrigues, em seu potente artigo “A Eleição de Foro Estrangeiro nos Contratos Internacionais à Luz da Jurisprudência Brasileira”:

21 Idem, *ibidem*.

22 Idem, *ibidem*.

Nos Estados Unidos da América a cláusula de eleição de foro estrangeiro é respeitada. Exemplificando tal posicionamento podemos citar o emblemático caso *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), *United States Supreme Court*, onde a Suprema Corte Norte-Americana determinou a validade da cláusula que elegeu o foro inglês, em um litígio que versava sobre contrato internacional entre uma empresa americana com uma empresa alemã. Em sua brilhante dicção, o *Chief Justice Burger* afirmou que a expansão dos negócios e da indústria americana dificilmente seria encorajada se insistíssemos com o conceito paroquial de que todas as disputas fossem, necessariamente, resolvidas em nossas cortes e sobre nossas leis. Observação pertinente, também feita no texto citado, é de que existiam fortes evidências que a cláusula era parte vital do acordo e seria irreal crer que as partes não tenham negociado tal cláusula, incluindo na fixação dos valores monetários do contrato, *id est*, analisando economicamente o direito constituído no contrato.²³

Assim, igualmente em relação a este aspecto, inclusive por todas as razões anteriormente expostas da caracterização fática e jurídica sui generis do mercado internacional de créditos de carbono - e em consonância com posicionamento expresso pelo judiciário brasileiro, entende-se possível, em um contexto de mercados padronizados de serviços financeiros, a submissão à legislação estrangeira, quando existam evidências de se tratar de parte vital do acordo.

CONCLUSÕES

Cuidou-se aqui de análise sobre a possibilidade de contratação do serviço de registro de créditos de carbono em plataforma internacional, no âmbito do SISA, a ser realizada pela CDSA. Para se alcançar a resposta à questão indagada,

23 Idem, *ibidem*.

mostrou-se necessário transitar por uma série de normas e conceitos específicos, discutidos no corpo do artigo e sintetizados nas seguintes premissas:

I. A análise sobre a possibilidade de contratação direta de serviço de registro de crédito de carbono em plataforma internacional no âmbito do SISA encontra-se inserida em um contexto jurídico e fático *sui generis*, o que exige do intérprete compreender as normas e os conceitos específicos desse microssistema jurídico.

II. É necessário observar as atribuições estabelecidas pela Lei do SISA ao IMC e à CDSA, de forma a se diferenciar claramente as competências de regulação e monitoramento do primeiro, e de articulação de mercado do segundo, como representante do Estado, o qual é o titular dos créditos de carbono a serem registrados.

III. O Código Florestal ratifica, em seu art. 41, a possibilidade de criação de um mercado de serviços ambientais, conceituando o crédito de carbono como título de direito sobre bem intangível e incorpóreo transacionável e, portanto, passível de registro.

IV. A Lei do SISA prevê a necessidade de criação de sistema de registro, no qual haja cadastro e contabilização dos créditos de carbono gerados no sistema, com objetivo de criar um ambiente de transparência, credibilidade, rastreabilidade e interoperabilidade, baseado em uma abordagem que garanta medição, quantificação e verificação dos ativos ambientais.

V. Cabe ao IMC a tarefa de regulamentar e realizar o registro das emissões reduzidas de gases de efeito estufa no âmbito do SISA, direta ou indiretamente, sendo que no ano de 2013, a autarquia homologou a plataforma mantida pela *Markit Group Limited*, que se constitui como a maior e mais credível registradora de créditos de carbono do mundo.

VI. À CDSA, nos termos art. 3º do Decreto Estadual nº 6.306/2013, que regulamentou o parágrafo único do art. 15 da Lei do SISA, cabe a atribuição de representar o Estado do Acre para fins de registro de ativos ambientais, o que denota a possibilidade e necessidade de contratação

de serviços de registro de créditos de carbono para cumprimento de tal finalidade.

VII. Considerando tratar-se, a CDSA, de uma sociedade de economia mista, seus processos de contratações submetem-se à Lei Estadual nº 2.694/2013, criada em razão do disposto no art. 173, § 1º, III, da Constituição Federal, o qual permite o estabelecimento de estatuto jurídico específico para aquele tipo de empresa. Não é aplicável a Lei Federal nº 13.303/2016, nos termos de seu art. 91, sendo utilizada apenas como referência teórica.

VIII. A Lei Estadual nº 2.694/2013 prevê, em seu art. 13, os casos exemplificativos de inexigibilidade de licitação, destacando-se: a) a possibilidade de se contratar diretamente quando os serviços ocorrerem em situações atípicas de mercado, onde o procedimento licitatório não contribui para o princípio da economicidade (economicidade positiva); b) a possibilidade de contratação decorrentes de implantação de serviços públicos onde a licitação se mostre inviável. O art. 30 da Lei Federal nº 13.303/2016 converge no sentido de que a contratação direta deve ser feita quando houver inviabilidade de competição.

IX. Dentre os motivos que determinam a potencial contratação de uma empresa específica para prestação de serviços de registro de créditos - qual seja, *Markit Group Limited* - destaca-se o termo do “Contrato de Contribuição Financeira” assinado com o Banco de Desenvolvimento Alemão, KfW, em que houve solicitação, por parte do doador, o requerimento de registro especificamente na referida plataforma. Ademais, considerando o altíssimo valor de mercado dos ativos do Estado, restam evidentes os riscos envolvidos na manutenção do registro, que deve ter características de transparência, interoperabilidade e rastreabilidade, constituindo-se como um cofre virtual, em padrão de segurança bancário, com o objetivo de evitar fraudes, ao exemplo de *phishing*, *cyber hacking*, *double selling*, dentre outros, o que é convergente com os serviços prestados pela empresa *Markit*.

X. Constitui-se como regra de ouro para o sistema a credibilidade quanto à integridade dos créditos gerados, de forma que se deve garantir a todo custo a transparência,

a rastreabilidade e a interoperabilidade do registro, uma vez que os créditos, por serem intangíveis, incorpóreos e representativos da ausência de emissões, somente ganham liquidez e tornam-se transacionáveis quando são cientificamente comprovados e estejam presentes todos aqueles elementos, de uma forma crível para mercado.

Assim, com base nas premissas acima, apresenta-se as seguintes conclusões articuladas:

I. Há subsunção do caso concreto à previsão legal de contratação direta por inexigibilidade de licitação, uma vez que a única possibilidade disponibilizada para CDSA para cumprimento do contrato com o banco KfW, na representação do Estado para registro de créditos, é a utilização da plataforma *Markit Group Limited*, sendo aplicável o disposto no art. 13, **caput**, e seus incs. IV e IX, da Lei Estadual nº 2.694/2013.

II. É possível que contratos da CDSA sejam firmados em língua estrangeira, bastando que sejam traduzidos quando houver solicitação nesse sentido efetuada por órgão de controle ou quando assim solicitado em razão da aplicação da lei de acesso à informação, nos termos do acórdão 006.588/2009-8 do TCU.

III. É possível, quando existam evidências de se tratar de parte vital do acordo, a submissão de contrato da CDSA a regras de direito estrangeiro, destacadamente se o serviço contratado assumir características em que, por exigência comum de mercado, haja um contrato-padrão com tal conteúdo.

REFERÊNCIAS

AGU. **Lei de Licitações**: entendimentos do TCU. p. 50. Disponível em: <http://goo.gl/EvyA0m>.

BONFIM, Natália Bertolo. **O Interesse Público nas Sociedades de Economia Mista**. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://goo.gl/qQvq0E>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 13^a edição. São Paulo: São Paulo, 2009

PWC. **How to asses your green fraud risks.** Disponível em: <https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/greenfraud.pdf>.

SZABO, Michael. **Four British men jailed for role in EU carbon credit thefts.** Agência Reuters. Disponível em <http://goo.gl/WLHW3n>.

TCU. Acórdão nos autos TC 006.588/2009-8. Disponível em: <http://goo.gl/Sb85Ef>.

TRENDS, Forest. **Turning over a New Leaf: state of the forest carbon markets 2014.** Disponível em: <https://goo.gl/XNJe71>

WWF. **O Sistema de Incentivos por Serviços Ambientais do Estado do Acre**, Brasil: Lições para Políticas, Programas e Estratégias de REDD Jurisdicional. Disponível em: <https://goo.gl/BGm4yA>.

QUESTÕES RELEVANTES ACERCA DA PRETENSÃO DE INSERÇÃO PROGRESSIVA DOS JUÍZES FEDERAIS NA JURISDIÇÃO ELEITORAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Caterine Vasconcelos de Castro¹

Luciano José Trindade²

RESUMO: Este artigo aborda questões consideradas relevantes no debate acerca da pretensão de inserção progressiva dos juízes federais na jurisdição eleitoral de primeira instância. Para tanto, baseado em consulta de dados oficiais e da legislação, pesquisa bibliográfica, análise de julgados e revisão de literaturas, discorre sobre a origem, natureza, características e atribuições da Justiça Eleitoral, retratando a estrutura de seus órgãos segundo o texto constitucional vigente. Analisa o sentido jurídico histórico-funcional da expressão *juiz de direito* e constata a adequação de sua utilização para designar todos os juízes togados que integram as diversas carreiras da magistratura nacional. Também são abordadas questões como a plausível contribuição da capacidade técnica e institucional dos juízes federais no aperfeiçoamento e na celeridade da Justiça Eleitoral, a importância dos princípios da diversidade de origem e pluralidade de composição da Justiça Eleitoral como mecanismos de aperfeiçoamento da democracia, a

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Pós Graduada em Direito Público pela Faculdade integrada de Pernambuco – FACIPE - Pós graduada em Gestão de Pessoas com Coaching pela Faculdade Monteiro Lobato – FATO, e Pós-Graduada em Psicologia Positiva pela Faculdade Monteiro Lobato – FATO. Graduada pela Universidade Federal do Acre – UFAC. Procuradora do Estado do Acre desde 2002.

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Pós Graduada em Direito Público pela Faculdade integrada de Pernambuco – FACIPE. Graduado em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Autor do livro “*À paz perpétua de Kant e a sociedade internacional contemporânea*”. Procurador do Estado do Acre desde 2002. Foi Conselheiro Seccional da OAB/AC (mandatos 2007/2009 e 2010/2012) e Conselheiro Federal da OAB (mandato 2013/2015).

expressiva estruturação e capilarização da Justiça Federal a partir de 1988 e o possível impacto orçamentário nas despesas públicas decorrente da inserção dos juízes federais na jurisdição eleitoral de primeiro grau. Por fim argumenta que o histórico ativismo da Advocacia em prol da democracia e do fortalecimento das instituições republicanas alinha-se com sólidos argumentos fáticos e jurídicos para a OAB se manifestar favoravelmente à alteração da Resolução TSE N. 21.009, de 5 de março de 2002, para que o exercício da jurisdição eleitoral de primeiro grau seja atribuído aos juízes de direito que integram as carreiras da Justiça Comum, tanto estadual quanto federal.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral; Jurisdição Eleitoral. Juízes de Direito. Juízes Federais.

1. INTRODUÇÃO

A Justiça Eleitoral brasileira foi criada pelo Decreto n.^º 21.076, de 21 de fevereiro de 1932, passando, a partir de então, a integrar a estrutura do Poder Judiciário, com a competência para julgar conflitos judiciais eleitorais, regulamentar o processo eleitoral e organizar, fiscalizar e praticar os atos necessários à realização das eleições.

Contudo, diferentemente dos demais órgãos do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral não dispõe de quadro de juízes próprios, razão pela qual as funções dos juízes eleitorais são exercidas de forma temporária e alternada por juízes advindos de outras carreiras, e também por advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada a partir da segunda instância.

Recentemente o Tribunal Superior Eleitoral foi instado, através da Petição 359-19.2015.6.00.0000/TSE, para alterar a

Resolução TSE nº 21.009, de 2002, que atribui o exercício da jurisdição eleitoral de primeiro grau exclusivamente aos juízes estaduais, pleiteando-se que nela também sejam incluídos os juízes federais.

O objetivo do presente artigo é analisar diversas questões consideradas relevantes acerca da pretensão de inserção progressiva dos juízes federais na jurisdição eleitoral de primeiro grau, tais como: natureza da jurisdição eleitoral, sentido jurídico e função da expressão *juiz de direito*, princípios da pluralidade de composição e diversidade de origem dos membros da Justiça Eleitoral, atual estrutura e capilaridade da Justiça Federal, plausibilidade da contribuição dos juízes federais no aperfeiçoamento e na celeridade da Justiça Eleitoral, possível impacto orçamentário no erário público em razão da alteração pleiteada e o papel da OAB enquanto entidade representativa de Funções Essenciais à Justiça e tradicionalmente atuante em defesa da democracia e dos valores constitucionais.

2. ORIGEM, CARACTERÍSTICAS E ATRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL

A Justiça Eleitoral brasileira foi formalmente criada e passou a integrar a estrutura do Poder Judiciário através do Decreto n.º 21.076, de 21 de fevereiro de 1932 (Código Eleitoral de 1932), vindo a constar expressamente no texto da Constituição Federal de 1934.

Segundo Roberto Moreira de Almeida³, a criação da Justiça Eleitoral idealizava tornar os pleitos mais transparentes e a coibir as fraudes até então existentes no processo eleitoral brasileiro.

³ ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**, São Paulo: JusPodivm, 2012, p. 213.

Desde sua origem a Justiça Eleitoral foi concebida com as finalidades múltiplas de cuidar da regulamentação, organização, execução, controle e julgamento dos processos de escolha dos candidatos a mandatos eletivos (eleições), bem como dos processos de plebiscito e referendo.

Adriano Soares da Costa⁴ destaca que o modelo adotado pelo Decreto nº 21.076, de 1932, instituiu uma Justiça Eleitoral com atribuições não circunscritas meramente ao julgamento dos conflitos judiciais eleitorais, mas abrangente dos aspectos administrativos de organização, fiscalização e execução das eleições, revelando-se uma solução consentânea com a realidade sociopolítica brasileira, seja por confiar ao Poder Judiciário (desinteressado) o equilíbrio do pleito de acesso aos mandatos eletivos, seja por aproveitar parte da estrutura Judiciária existente, já que a atuação mais efetiva da Justiça Eleitoral ocorre no período das eleições, de biênio em biênio, bem como por reunir num único órgão as atribuições administrativas, fiscalizadoras, regulamentadoras e jurisdicionais, possibilitando uma importante harmonia na efetivação das normas eleitorais.

Em síntese, a Justiça Eleitoral detém funções administrativas e normativas que extrapolam o âmbito jurisdicional, de forma que podem ser apontadas como atribuições gerais da Justiça Eleitoral brasileira: a regulamentação do processo eleitoral por meio de instruções, com força de lei; a administração completa de todo o processo eleitoral; a fiscalização do cumprimento das normas jurídicas que regem o período eleitoral; a fiscalização das contas de campanhas eleitorais; o julgamento do contencioso eleitoral, inclusive nos casos que estiver no pólo passivo em decorrência da atividade administrativa do processo eleitoral; a aplicação de penalidades em face das infrações à legislação eleitoral; e a resposta às consultas sobre matéria eleitoral.

⁴ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 268 e ss.

Outro aspecto peculiar da Justiça Eleitoral é de que, diferentemente dos demais órgãos do Poder Judiciário, os Juízes Eleitorais não desempenham suas funções de forma permanente. Ao contrário, se submetem ao princípio da periodicidade da investidura, exercendo temporariamente suas funções. Esse princípio se aplica tanto aos Juízes Eleitorais quanto aos membros dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral, estes todos periodicamente mudados, de maneira que na Justiça Eleitoral também se agrega o princípio da alternância.

Atualmente, a existência e a estrutura da Justiça Eleitoral do Brasil estão previstas nos arts. 92 e 118 da Constituição Federal de 1988, enquanto que o art. 121 estabelece que *Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.*

Entretanto, como tal Lei Complementar ainda não foi instituída, as principais leis que regem o funcionamento da Justiça Eleitoral e a aplicação do Direito Eleitoral são o Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965), a Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, a Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995), a Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009, e as periódicas resoluções normativas do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, que regulam as eleições com força de lei.

Em razão do poder normativo outorgado ao TSE pelo Parágrafo Único do art. 1º do Código Eleitoral, vigora a Resolução/TSE nº 21.009, de 5 de março de 2002, que estabelece normas relativas ao exercício da jurisdição eleitoral em primeiro grau, dispondo que a jurisdição nas zonas eleitorais será exercida por juiz de direito da respectiva comarca, em efetivo exercício, bem como que nas suas faltas, férias ou impedimentos será exercida pelo substituto, de acordo com a tabela do Judiciário Estadual (arts. 1º e 2º).

Contudo, tramita perante o TSE a Petição 359-19.2015.6.00.0000/DF-TSE, na qual a Associação dos Juízes Federais – AJUFE - argumenta a progressiva ocorrência de inconstitucionalidade dessa Resolução, ao atribuir a jurisdição eleitoral de primeira instância exclusivamente aos juízes estaduais, pleiteando a alteração da referida Resolução de modo a incluir, também, os juízes federais.

3. A ATUAL ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA JUSTIÇA ELEITORAL

Os arts. 92 e 118 da Constituição Federal situam a Justiça Eleitoral no âmbito do Poder Judiciário, descrevendo seus órgãos estruturantes. Vejamos:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

- I. o Supremo Tribunal Federal;**
- I. o Conselho Nacional de Justiça;**
- II. o Superior Tribunal de Justiça;**
- III. os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;**
- IV. os Tribunais e Juízes do Trabalho;**
- V. os Tribunais e Juízes Eleitorais;**
- VI. os Tribunais e Juízes Militares;**
- VII. os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.**

Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral:

- I. o Tribunal Superior Eleitoral;**
- II. os Tribunais Regionais Eleitorais;**
- III. os Juízes Eleitorais;**
- IV. as Juntas Eleitorais. (g. n.)**

Nos referidos dispositivos constitucionais se evidencia, desde logo, que o constituinte de 1988 elevou a figura do Juiz Eleitoral ao *status* constitucional de órgão do Poder Judiciário,

tal qual o são o CNJ, o STF, o STJ, os TRF's, o TST, os TRT's, o TSE, os TRE's, o STM, os Tribunais de Justiça e os Juízes Federais, os Juízes do Trabalho, os Juízes Militares e os Juízes dos Estados e do Distrito Federal.

Vê-se, portanto, que a figura do Juiz Eleitoral, enquanto órgão do Poder Judiciário, não se confunde com qualquer outro, nem mesmo com o Juiz Federal ou com o Juiz Estadual.

Por outro lado, importante lembrar, que ao contrário do que se verifica com os demais órgãos do Poder Judiciário que se encontram estruturados em carreiras e cargos próprios e específicos, o órgão Juiz Eleitoral até o momento não foi formal e legalmente estruturado em cargos providos de forma específica, exclusiva e permanente, de modo que suas competências permanecem sendo exercidas mediante a designação de autoridades judicantes oriundas de outros órgãos do Poder Judiciário, para o desempenho da função eleitoral de forma cumulativa e em caráter provisório.

Entretanto, como já advertiu o ministro Gilson Dipp, “a distribuição dessa competência e jurisdição poderia tocar a uma justiça federal eleitoral própria, como sistema judicial e jurisdicional lógico e, pois, equidistante da Justiça Estadual comum e da Justiça Federal comum.”⁵

4. NATUREZA DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL

A natureza da competência da Justiça Eleitoral coloca-se como premissa fundamental para análise da titularidade do exercício da jurisdição eleitoral. E, a esse respeito, parece-nos evidente que a natureza da Justiça Eleitoral é federal.

5 Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão proferido na Petição n. 332-75.2011.6.00.0000/DF.

Com efeito, nos seus aspectos mais elementares, desde a competência legislativa até estrutura administrativa, operacional, orçamentária e financeira, observa-se que a Justiça Eleitoral integra o Poder Judiciário da União. Seu orçamento advém integralmente de verba federal e, administrativamente, observa legislação da União e seus servidores constituem pessoal da União, remunerados com recursos federais.

Soma-se a isso outros aspectos, tais como que a polícia judiciária eleitoral é a Polícia Federal, as multas eleitorais revertem ao Tesouro Nacional e o Ministério Público Eleitoral atua através do Ministério Público da União, sendo dirigido pelo Procurador-Geral da República perante o TSE e pelos Procuradores Regionais da República perante os TRE's.

Importante também observar que compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais, ou seja, as condutas praticadas durante o processo eleitoral que maculam a liberdade do direito de sufrágio, em sua acepção ampla, os quais são espécie do gênero “crimes federais”.

Desse modo, seja pela ótica de sua estruturação administrativa e orçamentária, seja pela interpretação normativa de seu regime e funcionamento, ou ainda pelo reconhecimento de que o bem jurídico que visa compor e/ou resguardar vincula-se, predominantemente, aos interesses republicanos e democráticos do Estado e da sociedade brasileira, impõe-se reconhecer que o regime constitucional vigente posiciona a Justiça Eleitoral como um segmento especializado da Justiça da União e sua jurisdição tem natureza federal.

5. O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE JUIZ ELEITORAL E O SENTIDO JURÍDICO-HISTÓRICO-FUNCIONAL DA EXPRESSÃO JUIZ DE DIREITO

O art. 121, da Constituição Federal, estabelece que Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Como até o momento não foi editada a aludida Lei complementar necessária para disciplinar a organização e competência da Justiça Eleitoral, seu desiderato tem sido cumprido pelo Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965), considerado recepcionado pela Constituição Federal.

De outra parte, como já dissemos, diante da inexistência formal e legal de cargos e carreira de Juiz Eleitoral, a jurisdição eleitoral de primeiro grau tem sido exercida mediante a designação de autoridades judicantes oriundas de outros órgãos do Poder Judiciário, para o desempenho de função cumulativa em caráter provisório, conforme dispõem os arts. 32 e 36, do Código Eleitoral:

Art. 32. Cabe a jurisdição de cada uma das zonas eleitorais a um juiz de direito em efetivo exercício e, na falta deste, ao seu substituto legal que goze das prerrogativas do Art. 95 da Constituição.

Art. 36. Compor-se-ão as juntas eleitorais de um juiz de direito, que será o presidente, e de 2 (dois) ou 4 (quatro) cidadãos de notória idoneidade.

Diante desse quadro clareiam-se duas premissas importantes para o entendimento da legitimidade e adequação da titularidade da jurisdição eleitoral de primeiro grau: (i) os arts. 92 e 118 da Constituição Federal dispõem, taxativamente, que Juiz Eleitoral é órgão do Poder Judiciário e da Justiça Eleitoral; e (ii) face à inexistência formal e legal de cargos e carreira de Juiz

Eleitoral, a jurisdição eleitoral de primeiro grau tem sido exercida mediante a designação de juízes de direito para o desempenho da função eleitoral em caráter cumulativo e provisório.

Desse modo, parece-nos que o cerne da questão analisada reside na necessidade de delimitação do sentido e alcance jurídico-histórico-funcional da expressão juiz de direito constante nos arts. 121, da Constituição Federal, e 32 e 36 do Código Eleitoral.

Nesse diapasão, a pesquisa histórica acerca de sua utilização indica que desde seu surgimento em nosso sistema jurídico, com a Constituição de 1824 – quando sequer federação existia, pois o Brasil era um Estado unitário – a expressão juiz de direito teve a função de distinguir o juiz togado ou letrado, provido de formação jurídica e vitalício, de outras figuras públicas também denominadas de juízes, porém sem formação jurídica e não vitalícios, mas escolhidos por uma categoria ou pela sociedade em caráter temporário, tais como “juiz de paz”, o “juiz classista” e o “juiz leigo”.

A função primeira da expressão juiz de direito é distinguir o juiz togado do juiz não togado, sendo essa distinção relevante e fundamental em relação à jurisdição eleitoral, de modo que sua utilização nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes à organização da Justiça Eleitoral destina-se a evitar, precisamente, que haja atribuição de competências eleitorais a juízes não togados e, portanto, sem as garantias constitucionais da magistratura.

Não se trata de preciosismo inócuo, pois não é desprecioso observar que, no Brasil, entre 1824 e 1875 quem exercia as competências eleitorais era o juiz de paz, não togado, e que jurisdição eleitoral foi atribuída aos juízes de direito somente com o Decreto 2.675, de 20 de outubro de 1875.

A esse respeito Roberto Rosas⁶ ressalta que “o Juiz Eleitoral deverá ser, sempre, Juiz de Direito, nunca tal jurisdição poderá ser atribuída a qualquer leigo, como ocorre nas Juntas Eleitorais, compostas durante as eleições e integradas por leigos presididos por Juiz de Direito.”

Decorre, logicamente, que dessa função distintiva entre juízes togados e não togados, a expressão juiz de direito também serve para designar, no sistema judiciário brasileiro, o profissional com formação jurídica que ingressou na magistratura segundo os preceitos constitucionais e legais vigentes e, por isso, detém as garantias e os deveres a ela inerentes, sendo competente para exercer a jurisdição de acordo com o cargo e a carreira que ocupa na estrutura do Poder Judiciário.

Nesse sentido Marga Tessler⁷ doutrina que juízes de direito são todos os juízes togados, sejam estaduais ou federais, do trabalho ou militares, em oposição, por exemplo, a outras figuras que não gozam das garantias da magistratura, tais como o juiz leigo e o juiz de paz, este previsto nos arts. 14, § 3º, VI, “c” e 98, II, da Constituição Federal.

Consequentemente a utilização da expressão juízes de direito engloba todos os juízes togados e, portanto, abrange igualmente os juízes estaduais e os juízes federais, entendimento que se reforça com o fato de que desde a proclamação da República e a adoção do modelo federativo de Estado, o art. 6º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1891 já dispunha que as magistraturas federal e estadual seriam compostas pelos “juízes de direito” então existentes.

Também não se pode olvidar que de 1937 a 1966 Justiça Federal de Primeira Instância deixou de existir, de modo que todas

⁶ ROSAS, Roberto. Justiça eleitoral. Modelo e importância. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 27, p. 45, Abr, 1999.

⁷ TESSLER, Marga Inge Barth. Em busca da jurisdição perdida. *Interesse Público*, n. 85, p. 115-153, maio/jun. 2014.

as matérias federais também eram julgadas pelos magistrados estaduais, com recursos dirigidos ao Tribunal Federal de Recursos. Essa observação histórica é importante porque foi justamente nesse período que veio à lume o Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965), atribuindo a competência eleitoral de primeira instância aos “juízes de direito”.

Ora, naquela data a primeira instância da justiça comum era composta somente por juízes estaduais, que exerciam toda jurisdição de primeiro grau e, assim, julgavam todas as matérias, inclusive as de natureza federal. Portanto, naquele momento todos os juízes de direito de primeiro grau da justiça comum eram juízes estaduais. Contudo, seja antes de 1937 seja depois de 1966, os juízes federais também eram e são juízes de direito.

Com restabelecimento da Justiça Federal de primeiro grau, através da Lei 5.010, de 30 de maio de 1966, os juízes de direito de primeira instância voltaram a ser tanto os juízes estaduais quanto os juízes federais, parecendo-nos que deve ser essa a interpretação a ser dada para a expressão juiz de direito contida no art. 121, da Constituição Federal, assim como nos arts. 32 e 36, do Código Eleitoral.

E é exatamente por isso que ao dispor sobre a composição dos Tribunais Regionais Eleitorais, o art. 120, § 1º, I, b, da Constituição Federal, determina que entre seus membros haja 2 juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça, precisamente para vedar que esses membros oriundos da justiça estadual sejam escolhidos entre os juízes de paz ou leigos, não togados.

Por óbvio que a expressão juiz de direito não consta no inciso II do referido dispositivo constitucional, que estabelece um juiz federal para composição de cada Tribunal Regional Eleitoral,

por ser absolutamente desnecessária, já que no sistema jurídico atual não há juízes de paz e leigos na Justiça Federal, ou seja, todos os juízes federais são juízes de direito (togados ou letrados).

Esse, aliás, foi o entendimento do ministro do Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, constante de voto proferido no Acórdão n. 332-75.2011.6.00.0000/DF-TSE, ao sustentar que juiz de direito é tanto o juiz estadual quanto o juiz federal e o antônimo de juiz de direito é o juiz classista, o juiz leigo, o juiz de paz. Segundo os argumentos do ministro Marco Aurélio, sendo o juiz federal um juiz de direito e tendo a Justiça Eleitoral natureza federal, não pode haver exclusividade de atuação dos juízes estaduais na primeira instância eleitoral, nem mesmo primazia destes em relação aos juízes federais, sob pena de ocorrer uma inversão de valores em relação ao que ocorre em outras áreas de natureza federal, como na trabalhista e na previdenciária, nas quais os juízes estaduais só atuam quando na localidade não há juiz federal.

Por sua vez, em voto também proferido no Acórdão 332-75.2011.6.00.0000/DF-TSE, o ex-ministro Gilson Dipp ressaltou que a menção ao art. 120, § 1º, I, b, da Constituição Federal, “não implica a certeza de que os juízes eleitorais de primeiro grau devam ser necessariamente juízes de direito estaduais, pois a Constituição só referiu os juízes estaduais que junto com o juiz federal comporiam o segundo grau de jurisdição da Justiça Eleitoral.”

Significa dizer que no que tange ao exercício da jurisdição eleitoral de primeira instância a expressão juiz de direito engloba todos os juízes togados da justiça comum, tanto estadual quanto federal, de modo que tal jurisdição pode e deve ser exercida tanto por juízes estaduais quanto federais.

Nesse ponto, mais uma vez contundentes são os argumentos do ministro Marco Aurélio Mello no mencionado Voto proferido Acórdão 332-75.2011.6.00.0000/DF-TSE:

Inexiste preceito que, interpretado e aplicado, tendo em conta o sistema em sua totalidade, conduza à conclusão de que a Carta da República reserva a exclusividade, o que geraria, a meu ver, contrassenso a tornar o sistema capenga, deixando de haver razão para a participação de juízes federais, nos Regionais Federais, nos Tribunais Regionais Eleitorais e no Superior. Aliás, não é raro, o corregedor, nos primeiros, ser juiz federal.

Não há essa exclusividade, essa primazia e, se houvesse, passaríamos a ter uma diminuição quanto à magistratura federal de primeira instância.

[...] partindo da premissa de que a Justiça Eleitoral é, na essência, Federal, não posso conceber que sejam alijados da primeira instância os magistrados que a compõem, assentando-se a exclusividade da magistratura estadual.

Percebe-se que a legislação infraconstitucional editada após 1988 vem corroborando com esse entendimento, eis que tem passado a designar o Órgão jurisdicional eleitoral de primeiro grau de Juiz Eleitoral, não mais juiz de direito, conforme se observa na Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990) e na Lei das Eleições (lei 9.504, de 30 de setembro de 1997).

Portanto, constata-se que o fato de a Constituição Federal dispor que *Órgão jurisdicional eleitoral de primeiro grau é o Juiz Eleitoral, bem como que a expressão juiz de direito designa todos os juízes togados que integram as diversas carreiras da magistratura nacional*, constituem-se sólidos argumentos para se reconhecer que enquanto não existirem formalmente os cargos de juiz eleitoral, as autoridades judicantes a serem designadas para o exercício da jurisdição eleitoral de primeiro grau devem ser os juízes de direito que integram as carreiras da Justiça Comum, tanto estadual quanto federal.

6. A PLAUSÍVEL CONTRIBUIÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA E INSTITUCIONAL DOS JUÍZES FEDERAIS NO APERFEIÇOAMENTO E NA CELERIDADE DA JUSTIÇA ELEITORAL

As competências conferidas pela Constituição Federal, em seu artigo 109, aos juízes federais, tais como “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas”, “os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União”, “os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal”, indicam que os juízes federais estão habituados a dirimir e compor lides inerentes ao direito público, ao funcionamento do estado, à defesa do patrimônio público e a questões políticas e administrativas que tem grande afinidade com a realização das eleições.

Aliado a isso, o exercício da jurisdição eleitoral pelos juízes federais também deve beneficiar a Justiça Eleitoral em decorrência de sua maior integração existente com as demais instituições federais, *v. g.*, Polícia Federal e Ministério Público Federal, pois os juízes federais, no seu cotidiano, já interagem com os órgãos e agentes públicos federais que desempenham papéis importantes na realização das eleições.

Assim, há evidentes razões para se acreditar que a inclusão dos juízes federais no primeiro grau da Justiça Eleitoral certamente trará qualidade e a agilidade na comunicação entre os órgãos públicos e agregará eficiência e celeridade à atuação a uma Justiça Especializada cujos prazos são reduzidos e que necessita emitir seus pronunciamentos com a máxima rapidez. Não se pode desconsiderar que as matérias cotidianamente julgadas pelos juízes federais tem grande afinidade com o direito eleitoral e que sua maior integração com órgãos federais beneficiarão o funcionamento e a celeridade da justiça eleitoral.

7. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIVERSIDADE DE ORIGEM E PLURALIDADE DE COMPOSIÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL COMO MECANISMOS DE APERFEIÇOAMENTO DA DEMOCRACIA

No modelo constitucional vigente, a composição da Justiça Eleitoral observa o princípio da diversidade de origem de seus membros, que, por sua vez, é corolário dos princípios republicano, democrático, federativo, da impessoalidade e da imparcialidade.

Ao dispor sobre a organização dos Tribunais Eleitorais a Constituição Federal é clara ao prever sua composição plural. O TSE é integrado por Ministros do STF e do STJ e por juristas de notório saber jurídico oriundos da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Já os TRE's são integrados por magistrados estaduais e federais togados e também por juristas de notório saber jurídico oriundos da OAB.

Dessa forma, a Constituição Federal garantiu expressamente a pluralidade de participação e o amplo debate democrático no âmbito da Justiça Eleitoral, assim reconhecido pelo ministro Gilson Dipp por ocasião do voto proferido na Petição 332-75.2011.6.00.0000/DF-TSE, *in verbis*:

Não passa despercebido que o controle do processo eleitoral diz diretamente com o exercício da cidadania e a nacionalidade, podendo dizer-se que, em razão desse alcance, a jurisdição eleitoral, aqui, é especialmente nacional e seus agentes magistrados tipicamente nacionais.

Bem por isso o hibridismo de que se serviu a Constituição para a composição dos tribunais regionais e do Tribunal Superior Eleitoral (tal qual o STJ, aliás, que também é federal na organização e nacional na jurisdição) revela-se sobremaneira apropriado no sentido da Federação e da nacionalidade.

Quanto à jurisdição eleitoral de primeiro grau, inclusive por respeito ao princípio da simetria em relação às instâncias superiores da Justiça Eleitoral, não há razão para se deixar de observar a necessidade do pluralismo federativo na sua composição e o princípio da diversidade de origem de seus membros, o que nos parece que só se poderá ocorrer mediante a designação de juízes estaduais e federais para o exercício, concomitante ou com mandatos alternados, da jurisdição eleitoral na primeira instância.

Essa interpretação sistemática e teleológica do art. 121, da Constituição Federal, soa-nos lógica e razoável, vez que a pluralização na composição do primeiro grau da jurisdição eleitoral certamente contribuirá para o aperfeiçoamento da Justiça Eleitoral, cujo principal objeto de tutela é a própria democracia, que mais preservada e consolidada estará com a participação do maior número de setores da sociedade e do Estado na organização e na realização dos pleitos políticos nacional, assim como na aplicação do Direito Eleitoral.

8. A EXPANSÃO DA JUSTIÇA FEDERAL PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os dados oficiais⁸ acerca da estrutura operacional e de pessoal da Justiça Federal indicam que nos últimos 28 anos houve expressiva estruturação e capilarização. Em 1988 a Justiça Federal tinha apenas 151 Varas Federais em todo país, sendo que na maior parte delas havia apenas um juiz titular. Contudo, atualmente existem 976 Varas Federais, sendo 763 Varas e 213 Juizados Especiais Autônomos.

Quanto ao quantitativo de juízes federais⁹, verifica-se que eram apenas 281 cargos existentes em 1990, porém houve

⁸ Quadro de Varas Federais e Juizados Especiais Federais, atualizado até 10.04.2015. *In*, <https://goo.gl/ibOnAW> com acesso em 25/08/2016.

⁹ Quadro de juízes (as) federais e substitutos, <https://goo.gl/6dOX43> atualizado até 31.12.2016. , com acesso em 25/08/2016.

expressivo aumento a partir de então, passando a Justiça Federal a ter atualmente 2.177 cargos criados, sendo que destes estão providos 2.154 cargos por juízes federais e substitutos, todos aptos, em tese, ao exercício da jurisdição de 1º grau da Justiça Eleitoral.

Observando os números que apontam o baixo número de varas e juízes federais no momento da promulgação da Constituição Federal, comprehende-se que a realidade vivenciada há 28 anos era fática e juridicamente justificadora para que àquela época a jurisdição eleitoral de primeiro grau fosse exercida, exclusivamente por juízes estaduais. Entretanto, diante do atual estágio de estruturação e capilaridade da Justiça Federal, percebe-se que houve paulatina perda de validade constitucional da exclusividade dos juízes estaduais para o exercício da jurisdição eleitoral de primeiro grau, impondo-se reconhecer a ocorrência de sua inconstitucionalidade progressiva.

Nesse sentido, importante destacar que a jurisprudência do STF¹⁰ já reconheceu a inconstitucionalidade progressiva em situação relativamente semelhante, qual seja a excepcional possibilidade do Ministério Público promover a reparação de danos em favor da vítima de crime, quando esta for pobre e a Defensoria Pública não se encontrar devidamente estruturada. Com efeito, o artigo 68, do Código de Processo Penal, possibilitava que o Ministério Público propusesse ação cível de reparação de dano quando a vítima de crime fosse pobre. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o seu art. 134 incumbiu à Defensoria Pública a defesa “dos necessitados”. Porém quando a Constituição entrou em vigor, a Defensoria Pública não estava estruturada em diversos estados, de modo que o STF decidiu que, enquanto isso

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 135328 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno, data: 29.06.1994, Relator Min. MARCO AURELIO; Recurso Extraordinário n. 147776 - Órgão Julgador: Primeira Turma, data: 19.05.1998, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

não ocorresse, o art. 68, do Código de Processo Penal, continuaria sendo aplicado, tornando-se progressivamente inconstitucional à medida que a defensoria viesse a ser efetivamente estruturada.

Do mesmo modo, percebe-se que o exercício da jurisdição eleitoral no primeiro grau apenas por juízes estaduais togados era válido e se justificava no contexto da promulgação da Constituição de 1988 em razão do grau de capilaridade e de estruturação efetiva de que dispunha a Justiça Federal no passado.

Entretanto, hoje a Justiça Federal encontra-se em outra realidade e está efetivamente estruturada com grandes avanços materiais e humanos na primeira instância, de modo que não mais se justifica o exercício da jurisdição eleitoral de primeiro grau apenas pelos juízes togados estaduais.

Essa questão, aliás, parece que não passou despercebida pelo ministro Dias Tofoli, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos em face do Acórdão n. 332-75.2011.6.00.0000/DF-TSE, que manifestou o seguinte pensamento em seu voto:

TOFOLI - Hoje temos cerca de 3 (três) mil zonas eleitorais para 5.500municípios. Poderíamos pensar em uma forma de talvez agregar os juízes federais no rodízio ou, então, em novas zonas eleitorais com interiorização cada vez maior.

Entendemos que referida argumentação é lógica, razoável e plausível, pois se de fato em 1988 a estrutura e o quantitativo de membros da Justiça Federal era insuficiente para o desempenho da jurisdição eleitoral de primeiro grau até mesmo nas capitais dos Estados, a realidade de expansão da estrutura e de capilaridade da Justiça Federal que hoje se constata indica a viabilidade de se integrar, progressivamente, os juízes federais na Justiça Eleitoral de primeiro grau, se mostrando razoável que, no

presente momento, essa integração ocorra nos moldes pleiteados pela AJUFE na Petição 359-19.2015.6.00.0000/TSE, ou seja, em todas as zonas eleitorais onde haja seção ou subseção da Justiça Federal, bem como nos municípios com mais de 200.000 eleitores, ainda que não sediem vara da Justiça Federal.

9. A POSSÍVEL INSERÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS NA JURISDIÇÃO ELEITORAL DE PRIMEIRO GRAU E O RESPECTIVO IMPACTO ORÇAMENTÁRIO NAS DESPESAS PÚBLICAS

Na Petição n. 359-19.2015.6.00.0000, em trâmite perante o Tribunal Superior Eleitoral, na qual requer a alteração da Resolução TSE N. 21.009, de 5 de março de 2002, que estabelece normas relativas ao exercício da jurisdição eleitoral em primeiro grau, a fim de que seja realizado concomitante ou alternadamente por juízes federais e estaduais, a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) demonstra que das atuais 3.037 zonas eleitorais existentes em todo o país, 335 estão localizadas em municípios que já contam com sede de vara federal e outras 615 se localizam em grandes centros com mais de 200.000 eleitores, sendo nesses os casos em que já há possibilidade de juízes federais exercerem a jurisdição eleitoral de primeiro grau.

Portanto, das 3.037 zonas eleitorais existentes a AJUFE argumenta que os juízes federais podem exercer a jurisdição eleitoral de primeiro grau em 945 zonas (335 em municípios que já contam com varas federais e 615 localizadas em centros com mais de 200.000 eleitores), o que representa 31,1% da totalidade das zonas eleitorais.

Com esses dados a AJUFE apresentou ao TSE um estudo sobre o impacto orçamentário nas despesas públicas para o caso

de implantação da alteração que pleiteia, sendo que no caso de exercício concomitante da jurisdição eleitoral de primeiro grau por dois juízes, um federal e um estadual, haveria aumento de aproximadamente 1,4% na rubrica Pessoal e Encargos Sociais das despesas públicas do Poder Judiciário.

Por outro lado, no caso de ser alternância entre os juízes estaduais e federais para mandados de 2 anos na jurisdição eleitoral de primeira instância, não haveria qualquer repercussão orçamentária.

A esse respeito, entendemos que uma visão sistêmica que engloba a situação econômica da sociedade brasileira, do Estado e das políticas públicas, não pode desconsiderar o momento de crise financeira vivenciada pelo país e a necessidade de contenção das despesas públicas, sendo que o Poder Judiciário, que também é Estado, também deve assumir sua cota de responsabilidade.

Parafraseando Margaret Thatcher¹¹, “não existe essa coisa de dinheiro público. Existe apenas o dinheiro dos pagadores de impostos”. Se por um lado, as despesas públicas em geral já estão em níveis estratosféricos, o Poder Judiciário brasileiro é um dos mais caros do mundo e a magistratura brasileira é reconhecidamente bem remunerada, de outro lado o cidadão contribuinte, que é o verdadeiro pagador das despesas do Estado, está no limite de sua capacidade financeira e não merece suportar o peso de novos custos estatais.

Por isso, entendemos que a inserção dos juízes federais na jurisdição eleitoral de primeiro grau não deve provocar aumento das despesas públicas, não se justificando a composição concomitante das zonas eleitorais por dois juízes eleitorais (um federal e um estadual), parecendo-nos adequada, razoável e

¹¹ THATCHER, Margareth. Discurso em vídeo: <https://goo.gl/pqhbYi>, com acesso em 25/08/2016.

justificada a alteração no sentido da alternância de mandatos de 2 anos entre os juízes estaduais e federais na jurisdição eleitoral de primeira instância, pois assim já estariam assegurados os princípios da diversidade de origem e pluralidade da composição.

10. O HISTÓRICO DE ATUAÇÃO DA OAB PELO FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA E DAS INSTITUIÇÕES REPUBLICANAS E SEU POSICIONAMENTO QUANTO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO ELEITORAL POR JUÍZES FEDERAIS

A questão em análise, por sua relevância para a sociedade civil e o Estado brasileiro, a nosso ver não se restringe ao interesse institucional das Justiças Estadual e Federal, menos ainda ao interesse corporativo de seus respectivos membros. Na realidade, certamente que questões inerentes à estrutura, à composição e ao funcionamento da Justiça Eleitoral interessam de modo geral a toda sociedade brasileira e, de modo específico, às instituições republicanas, em especial à Ordem dos Advogados do Brasil, haja vista seu histórico ativismo e prol do fortalecimento da democracia e das instituições republicanas, como também o fato de que a própria composição dos TRE's e do TSE conta com membros oriundos da Advocacia, indicados em lista sêxtupla pela OAB.

Como atividade voltada à defesa de pessoas, direitos, bens e interesses, a advocacia existe desde a antiguidade¹², encontrando-se referências suas no Código de Manu e no Antigo Testamento. Contudo, a advocacia reconhecidamente se firmou e evoluiu graças aos famosos oradores atenienses e notórios jurisconsultos romanos.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia.** 2^a ed., Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica: Conselho Federal da OAB, 1996, p. 13.

Em Roma a advocacia chegou a ser desdobrada em duas funções distintas, a dos patronos que representavam as partes e a dos jurisconsultos, estes dotados de grande conhecimento jurídico e qualidade moral, cujas opiniões (*responsia prudentium*) eram capazes de vincular as decisões judiciais. O próprio Digesto, ou Pandectas do direito antigo, editado pelo Imperador Justiniano I e reconhecido como fonte básica do direito romano, foi a reunião de reunião de 50 livros de pareceres, opiniões e obras de jurisconsultos romanos¹³.

No Brasil a evolução da advocacia ocorreu principalmente após a independência, especialmente a partir do reconhecimento da profissão com a criação dos cursos jurídicos em Olinda e São Paulo, em 11 de agosto de 1827.

De acordo com o atual ordenamento jurídico brasileiro a advocacia congrega as instituições da Advocacia Privada, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública, às quais o constituinte de 1988 conferiu de *status* constitucional de Funções Essenciais à Justiça¹⁴, sendo que ambas são representadas pela Ordem dos Advogados do Brasil, conforme § 1º do art. 3º da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB).

Criada em 18 de novembro de 1930, a OAB desde então sempre esteve alinhada com a preservação e expansão da democracia e da cidadania no âmbito da sociedade brasileira, especialmente ao exigir dos poderes e órgãos estatais compromissos políticos e ações efetivas de implantação dos valores, princípios e regras constitucionais pertinentes ao regime democrático e aos direitos fundamentais.

13 *Ibidem*, p. 13.

14 Seções II, III e IV, do Capítulo IV, do Título IV, “Da Organização dos Poderes”, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, importante rememorar que durante o período do regime ditatorial implantado com golpe militar de 1964 a OAB atuou institucionalmente em todo o Brasil pelo fim da ditadura, pelo respeito aos direitos humanos, pelo restabelecimento do Congresso Nacional, pela restauração da democracia e do Estado de Direito, pela anistia dos presos políticos e por uma nova Constituição, luta essa regulamente enfrentada com coragem e altivez, seja pelos dirigentes da OAB seja pelos advogados¹⁵ no exercício da profissão.

Para exemplificar a forma e as consequências a atuação da OAB em favor da democracia e contra o regime militar, menciona-se que no cinquentenário da OAB, em 1980, então presidida pelo advogado Eduardo Seabra Fagundes, realizou-se a VIII Conferência Nacional dos Advogados¹⁶, nos dias 18 e 22 de maio de 1980, em Manaus, tendo como tema principal a *Liberdade como fundamento e finalidade última da democracia*. Na ocasião, através da “Declaração de Manaus”, documento aprovado e promulgado ao fim da Conferência Nacional, a OAB destacou o distanciamento entre a vontade popular e o regime militar, bem como as dificuldades de se revogar as estruturas legais que sustentavam a ditadura, observando que “o grande problema atual do poder é um problema de legitimidade. Não há poder legítimo sem consentimento do povo. Os advogados brasileiros afirmam que falta legitimidade ao poder institucionalizado em nosso país”.

15 Inúmeros advogados enfrentaram a violência física e psicológica promovida pelo regime militar contra aqueles que defendiam os presos políticos, podendo ser citados, dentre outros, Sobral Pinto, Dalmo Dallari, Antônio Modesto da Silveira, Eny Moreira, Técio Lins e Silva, George Tavares, Alcyone Barreto etc. No filme-documentário “SOBRAL – o homem que não tinha preço”, dirigido por Paula Fiuza e lançado em novembro de 2013, aborda-se a luta do jurista Sobral Pinto (1893-1991) em defesa da democracia e contra as injustiças praticadas contra presos políticos durante a ditadura militar. Já no filme-documentário “Os Advogados Contra a Ditadura: Por uma Questão de Justiça”, lançado em 08/04/2014, o cineasta Silvio Tendler conta a história de advogados que defenderam presos políticos durante os anos de chumbo no país, entre 1964 e 1985.

16 Notícia: <https://goo.gl/14HBVD>, acesso em 30/08/2016.

Como consequência desse posicionamento da OAB em favor da abertura democrática do país, no dia 27 de agosto de 1980, apenas três meses depois da Conferência Nacional, a Diretora de Secretaria da OAB Lyda Monteiro da Silva foi morta ao abrir o envelope de uma carta-bomba enviada por agentes militares e endereçada ao Presidente da OAB.

Esses fatos vieram a ser oficialmente reconhecidos em 11 de setembro de 2015, quando a Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro – CEV/RIO, divulgou¹⁷ relatório concluindo que a carta-bomba que matou a Diretora de Secretaria Lyda Monteiro da Silva foi montada e enviada por agentes do Centro de Informação do Exército – CIE, do mesmo grupo de militares envolvidos no fracassado atentado à bomba ocorrido em 1º de maio de 1981, no estacionamento do Riocentro, durante um show com mais de 10 mil pessoas em comemoração ao Dia do Trabalho.

No mesmo diapasão, após o fim do regime militar, a OAB permaneceu atuando pela restauração da democracia no país, seja na organização de eventos e discussão de proposições no período pré-Constituinte, seja no debate nacional para o aperfeiçoamento das instituições republicanas e na fiscalização e cobrança da concretização dos valores, princípios e regras constitucionais.

Nesse sentido, observam-se bandeiras recentemente empunhadas pela OAB em prol da consolidação da democracia, constatando-se que a OAB atuou pela aprovação de diversos instrumentos normativos voltados ao aperfeiçoamento do processo político-eleitoral, podendo-se citar (i) a Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999, que pune a compra de votos com a cassação de registro ou diploma, (ii) a Lei Complementar nº 135, de 4 de Junho de 2010, que estabelece casos e hipóteses de inelegibilidade visando a proteger a probidade administrativa e

¹⁷ Notícia: **Secretaria da OAB morta em 1980 foi vítima de agentes do Exército, diz comissão.** In <https://goo.gl/U0CECj>, acesso em 30/08/2016.

a moralidade no exercício do mandato; e (iii) a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), que dificulta a prática de caixa dois nas empresas, responsabilizando administrativa e civilmente as pessoas jurídicas que cometam atos ilícitos contra a administração pública nacional.

E, atualmente, em conjunto com outras entidades da sociedade civil a OAB tem fortalecido o movimento “eleições limpas”, visando a aprovação, pelo Congresso Nacional, de uma reforma política democrática que consolide e aperfeiçoe a nossa democracia, propondo-se, dentre outras medidas, a proibição do financiamento empresarial das campanhas políticas, maior participação do cidadão nas eleições, a igualdade de condições entre os candidatos, o fortalecimento e a democratização dos partidos e o estímulo ao debate programático.

Nesse contexto, ao nosso sentir o exercício da jurisdição eleitoral de primeiro grau também ser desempenhado por juízes federais, de forma concomitante ou por mandatos alternados com os juízes estaduais, não só se compatibiliza com os sistemas político-eleitoral e de organização e competência da Justiça Eleitoral traçados pela Constituição Federal, como também reforça e aperfeiçoa tanto a democracia quanto a cidadania, no que se coaduna com o histórico posicionamento da OAB em defesa do Estado Democrático de Direito.

A propósito, esse também parece ser o entendimento do ex-Conselheiro Federal da OAB e Ex-Ministro Marcelo Ribeiro, que por 2 mandatos integrou o TSE como representante dos Advogados, vez que por ocasião do julgamento da Petição n. 332-75.2011.6.00.0000/DF-TSE, consignou em seu voto o seguinte:

Na verdade, vejo com bons olhos a proposta de se ‘federalizar’ a composição da Justiça Eleitoral, ou seja, trazer mais juízes federais para o âmbito da Justiça Eleitoral. Aliás, a Ordem dos Advogados do Brasil

(OAB), quando dela participei, sempre teve esse pleito [...].

Por fim, como não poderia deixar de ser, considerando suas bandeiras históricas da OAB em defesa da democracia e os valores constitucionais que lhes são inerentes, em sessão ordinária realizada em outubro de 2015, o Conselho Federal da OAB decidiu¹⁸ que a manifestação da OAB na Petição 359-19.2015.6.00.0000/DF-TSE deverá ser favorável pela alteração da Resolução TSE N. 21.009, de 2002, a fim de que o exercício da jurisdição eleitoral em primeiro grau seja realizado tanto por juízes estaduais quanto por juízes federais, de acordo com a possibilidade de inserção que a disponibilidade de juízes federais permitir e, preferencialmente, em mandatos alternados.

CONCLUSÃO

Na estrutura delineada pela Constituição Federal de 1988 a Justiça Eleitoral brasileira tem como órgãos o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais. Porém, diferentemente dos demais órgãos do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral não dispõe de quadro de juízes próprios, de modo que as funções dos juízes eleitorais são exercidas de forma temporária e alternada por juízes advindos de outras carreiras, e também por advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada a partir da segunda instância.

Por outro lado, a Justiça Eleitoral é dotada de competência para julgar os conflitos judiciais eleitorais, bem como para editar regras e praticar atos administrativos visando a organização, a fiscalização e a execução das eleições. Assim, com supedâneo no art. 1º, Parágrafo Único, do Código Eleitoral de 1965, o Tribunal

¹⁸ Conselho Federal da OAB, Processo n. 49.0000.2015.009424-9/COP.

Superior Eleitoral editou a vigente Resolução/TSE nº 21.009, de 5 de março de 2002, que estabelece normas relativas ao exercício da jurisdição eleitoral em primeiro grau, a qual dispõe que a jurisdição nas zonas eleitorais será exercida por juiz de direito da respectiva comarca.

Entretanto, sólidos argumentos fáticos e jurídicos demonstram que essa atribuição de exercício da jurisdição eleitoral de primeiro grau exclusivamente aos juízes estaduais tem se tornado paulatinamente inconstitucional, existindo boas razões para a inserção progressiva dos juízes federais em tais funções. Primeiramente, não há dúvidas que a natureza da competência da Justiça Eleitoral é federal, não apenas porque a competência legislativa em direito eleitoral pertence à União, mas principalmente porque a estrutura administrativa, operacional, orçamentária e financeira da Justiça Eleitoral integra o Poder Judiciário da União, o seu orçamento advém integralmente de verba federal e, administrativamente, submete-se à legislação da União e seus servidores constituem pessoal da União, remunerados com recursos federais. Também é de grande relevância observar que a polícia judiciária eleitoral é a Polícia Federal, que as multas eleitorais revertem ao Tesouro Nacional e que o Ministério Público Eleitoral atua através do Ministério Público da União.

Outra questão fundamental é delimitação histórica do sentido jurídico e da função da expressão *juiz de direito* constante nos arts. 121, da Constituição Federal, e 32 e 36 do Código Eleitoral, observando-se que desde seu surgimento em nosso sistema jurídico, com a Constituição de 1824, referida expressão sempre serviu para distinguir o juiz togado ou letrado, aplicando-se igualmente todos os membros de carreira da Magistratura Nacional e, no caso, tanto ao juiz estadual e quanto ao juiz federal.

Os juízes federais também são juízes de direito e inexiste dispositivo constitucional que dê azo à interpretação de

exclusividade da função eleitoral de primeiro grau pelos juízes estaduais, de modo que a melhor exegese histórico-sistemático-teológica é a de que a expressão juiz de direito, contida nos arts. 121, da Constituição Federal, e 32 e 36, do Código Eleitoral, refere-se indistintamente a todos os membros da Justiça Comum, tanto estadual quanto federal.

Soma-se a isso o fato dos juízes federais estarem habituados a dirimir e compor lides inerentes ao direito público, ao funcionamento do estado, à defesa do patrimônio público e às questões políticas e administrativas que tem grande afinidade com a realização das eleições, sendo plausível a contribuição da capacidade técnica e institucional dos juízes federais no aperfeiçoamento e na celeridade da Justiça Eleitoral.

Também é relevante atentar que no modelo constitucional vigente a composição da Justiça Eleitoral observa os princípios da pluralidade de composição e da diversidade de origem de seus membros, que, por sua vez, são corolários dos princípios republicano, democrático, federativo, da impessoalidade e da imparcialidade, de modo que a pluralidade e a diversidade de origem na composição primeiro grau da jurisdição eleitoral mantém a simetria com as instâncias superiores e contribui para o aperfeiçoamento da Justiça Eleitoral, cujo principal objeto de tutela é a própria democracia, que mais preservada estará com a participação do maior número de setores da sociedade e do Estado na organização e na realização dos pleitos políticos nacional, assim como na aplicação do Direito Eleitoral.

Já no que tange à atual estrutura e capilaridade da Justiça Federal, inegável sua expansão exponencial a partir de 1988, indicando-se a perda de validade constitucional da atribuição do exercício da jurisdição eleitoral de primeiro grau exclusivamente aos juízes estaduais, com a viabilidade fática e jurídica de se

integrar, progressivamente, os juízes federais na Justiça Eleitoral de primeiro grau. Se a imediata inclusão dos juízes federais não era constitucionalmente obrigatória e viável em 1988, devido ao baixo quantitativo de varas e juízes federais existentes naquele momento, não se pode negar que hoje, passados aproximadamente 27 anos, com a real expansão estrutural e com a ampliação da capilaridade da Justiça Federal, a participação de seus membros da jurisdição eleitoral de primeiro grau tornou-se progressiva e constitucionalmente possível e obrigatória.

Por fim, considerando o papel institucional da OAB enquanto entidade representativa de Funções Essenciais à Justiça, bem como o histórico de seu posicionamento sempre em defesa da democracia e dos valores constitucionais que lhes são inerentes, constata-se a adequação do posicionamento do Conselho Federal da OAB favoravelmente à alteração da Resolução TSE N. 21.009, de 2002, passando a determinar que a jurisdição eleitoral de primeiro grau seja exercida tanto por juízes togados federais quanto por juízes togados estaduais.

Não obstante, entendemos que essa inserção não justifica a criação e/ou o aumento de despesas públicas, de modo que se apresenta como adequada, razoável e justificada a alteração tão-somente no sentido da alternância de mandatos de 2 anos entre os juízes estaduais e federais na jurisdição eleitoral de primeiro grau.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*,
São Paulo: JusPodivm, 2012.

Conselho Federal da OAB, Processo n. 49.0000.2015.009424-9/
COP.

Constituição de 1824. <https://goo.gl/hEEePp>, acesso em 30/08/2016.

COSTA, Adriano Soares da.*Instituições de Direito Eleitoral, Belo Horizonte*: Del Rey, 2006.

Decreto 2.675, de 20 de outubro de 1875 <https://goo.gl/z2YHe6>, acesso em 30/08/2016.

FIUZA, Paula. SOBRAL – **O homem que não tinha preço.** Documentário. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia.* 2^a ed., Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica: Conselho Federal da OAB, 1996.

ROSAS, Roberto. Justiça eleitoral. Modelo e importância. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 27, p. 45, Abr, 1999.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 135328 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno, data: 29.06.1994, Relator Min. MARCO AURÉLIO; Recurso Extraordinário n. 147776 - Órgão Julgador: Primeira Turma, data: 19.05.1998, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

TENDLER, Silvio. *Os Advogados Contra a Ditadura: Por uma Questão de Justiça.* Documentário. 2014.

TESSLER, Marga Inge Barth. *Em busca da jurisdição perdida.* *Interesse Público*, n. 85, p. 115-153, maio/jun. 2014.

THATCHER, Margareth. Discurso em video, <https://goo.gl/ZAXBO2>, com acesso em 25/08/2016.

Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão proferido na Petição n. 332-75.2011.6.00.0000/DF.

Tribunal Superior Eleitoral. Petição 359-19.2015.6.00.0000/DF.

Tribunal Superior Eleitoral. Glossário Eleitoral Brasileiro. Disponível em: <https://goo.gl/c6XztF>. Acesso em: 09.10.2015.

Tribunal Superior Eleitoral. Quadro de Varas Federais e Juizados Especiais Federais, atualizado até 10.04.2015. *In* <https://goo.gl/CSF3Et>, com acesso em 25/08/2016.

Tribunal Superior Eleitoral. Quadro de juízes (as) federais e substitutos, atualizado até 31.12.2016. <https://goo.gl/SKtW6r>, com acesso em 25/08/2016.

Notícia: <https://goo.gl/KG55Zd>, acesso em 30/08/2016.

Notícia: Secretaria da OAB morta em 1980 foi vítima de agentes do Exército, diz comissão. *In* <https://goo.gl/rIejy9>, acesso em 30/08/2016.

REPENSANDO A LIQUIDAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO: OS REFLEXOS NA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E A INADEQUAÇÃO NORMATIVA PARA AS HIPÓTESES DE TERCEIRIZAÇÃO

Vinícius Cerqueira de Souza¹

RESUMO: A liquidação no processo do trabalho é marcada por uma curiosa peculiaridade. O artigo 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, com o aval da doutrina majoritária, indica a liquidação como atividade meramente coadjuvante e preliminar ao procedimento executivo. Ao assim proceder, com todas as vêniás, restam vulneradas categorias processuais arduamente solidificadas, como a coisa julgada, a execução provisória e definitiva, e até mesmo o regime de pagamento previsto no artigo 100 da Constituição Federal. Após revisitar as categorias basilares do processo, e com auxílio do novo Código de Processo Civil, propõe-se uma solução para os conflitos identificados.

Palavras-chave: Processo do Trabalho. Liquidação. Execução. Terceirização. Precatórios. Devido Processo Legal.

1. AS AÇÕES PROCESSUAIS, A ATIVIDADE JUDICIAL E OS MÓDULOS DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL

O exame do artigo 884 da Consolidação das Leis do Trabalho exige que sejam revisitadas as categorias básicas da teoria geral do processo.

¹ Vinícius Cerqueira de Souza - Procurador do Estado do Acre (fev/2016 a nov/2016); Procurador do Estado do Rio Grande do Sul (atual). Especialista em Direito Tributário e Planejamento e Especialista em Direito Administrativo (Universidade Cândido Mendes).

Pelo princípio da inafastabilidade, a atividade jurisdicional abrange todas as etapas necessárias à supressão da autotutela: compete-lhe analisar a existência da pretensão material deduzida, delimitar sua abrangência e garantir a sua satisfação. Conquanto enraizada num mister indissolúvel, a atuação jurisdicional é repartida em etapas tradicionalmente destacadas entre as atividades de conhecimento, liquidação e execução.

A referência a estas três categorias é repetida de forma tão corriqueira que o aplicador do Direito pode ser levado à falsa crença de que é esta a única forma de operacionalizar a jurisdição.

Tome-se como exemplo a evolução legislativa (regada por acirradas divergências doutrinárias) na classificação das ações processuais. Quando do surgimento do Código de Processo Civil de 1973 (CPC-73) era forte o domínio da teoria quinária, que sustentava a existência de 05 espécies de ação: a constitutiva (que dispensa ulterior execução), a declaratória (que também prescinde de execução), a condenatória (que dependia de posterior processo de execução e de liquidação antes de satisfazer o direito), a mandamental (que era amparada desde o início pela técnica de execução indireta, sem necessidade de novo processo) e executiva *lato sensu* (guiada pela técnica de execução direta). Mesmo no berço do CPC-73, já havia na doutrina quem dissesse que as ações de prestação eram sempre condenatórias, pouco importando a forma de execução da sentença.

Como bem expõe o eminentíssimo Fredie Didier Júnior², as alterações no direito positivo quanto às técnicas de execução puseram em evidência aquilo que os partidários da teoria ternária há muito sustentavam: as pretensões processuais não podem ser classificadas conforme a técnica de execução da sentença posterior. As alterações legislativas implementadas sobre o

² DIDIER JÚNIOR., Fredier. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1. Salvador: Editora Juspodíum, 2016.

Código Buzaid delimitaram a atividade jurisdicional em módulos de conhecimento, liquidação e execução, válidos para todas as ações de prestação conforme a necessidade do caso concreto.

O Código de Processo Civil de 2015 deixa ainda mais claro que a repartição dos módulos procedimentais é meramente organizacional, viabilizando o julgamento antecipado de parte do objeto do processo e assegurando a execução imediata de decisões interlocutórias.

Guiado pelo quadro panorâmico retratado pelas alterações do processo civil desde o CPC-73 e ainda pelas inovações consignadas no Novo Código, o intérprete de hoje tem o privilégio de constatar que todas as categorias processuais devem ser articuladas não como um fim em si mesmas, mas como instrumento pautado de modo coerente para a integralidade da prestação jurisdicional. As espécies de ação processual e os módulos de atuação apresentados ao juiz devem ser, antes de tudo, fiéis a este objetivo.

No bojo de uma ação condenatória o juízo da causa encontra-se tradicionalmente no módulo de conhecimento, o que não impede a prolação de decisões interlocutórias executáveis de pronto.

Perceba-se que a doutrina não nega a possibilidade de execução de decisões interlocutórias, limitando-se a questionar o fundamento teórico desta atividade. Havia no círculo doutrinário ao menos duas correntes que buscavam explicar a exequibilidade da decisão interlocutória à luz do artigo 475-N, I, do CPC-73. De um lado, dizia-se que ao se referir a “sentença” o dispositivo estaria a englobar qualquer decisão judicial, o que conferiria à decisão interlocutória o status de título executivo. Outros, fiéis ao princípio da taxatividade dos títulos executivos, pregavam a ruptura do princípio da *nulla executio sine titulo* para declarar que

a decisão interlocutória não era título executivo, mas agregava certeza suficiente para lastrear os atos executivos.

A divergência doutrinária encontra-se aparentemente superada pelo artigo 515, inciso I, do novo Código, mas continua presente no Processo do Trabalho, ao menos a partir da leitura do artigo 876 CLT.

As considerações até aqui apresentadas põem em evidência que, no plano teórico, nada impede a criação de um procedimento que congregue as atividades de conhecimento, liquidação e execução da obrigação. O desafio que se impõe é estruturar o processo de forma que a atuação judicial seja coerente e eficaz, à luz do princípio do devido processo legal e dos seus corolários.

2. AS ATIVIDADES DE LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO: O MODELO ADOTADO NO PROCESSO DO TRABALHO

No que concerne à liquidação, tema especificamente relevante para o presente estudo, lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero³ destacam que o procedimento “constitui sempre providência integrativa da sentença exequenda, com o objetivo de oferecer liquidez ao título antes ilíquido”. Por isso mesmo, arrematam os insignes processualistas, “a decisão sobre a liquidação é, claramente, uma decisão sobre o mérito, ou, mais precisamente, uma decisão sobre parcela do mérito posto na ação que deu origem à sentença condenatória”.

Com razão os eminentes doutrinadores. A liquidação consiste em etapa processual cognitiva inclinada a especificar

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.409.

uma das parcelas da obrigação litigiosa: a extensão da obrigação, o *quantum debeatur*, parte essencial da relação jurídica material.

Outro indicativo de que a liquidação integra a atividade tipicamente cognitiva é o cabimento de ação rescisória para impugnar o capítulo decisório acerca dos cálculos de liquidação, com o questionamento das regras de direito material concernentes à quantificação da dívida⁴.

A atividade de liquidação aparta-se substancialmente, portanto, dos atos de constrição e expropriação que definem o procedimento executivo. Neste, a profundidade da cognição judicial é severamente limitada, dedicada que está quase que exclusivamente aos desdobramentos processuais da execução. Enquanto a liquidação reporta-se a um dos elementos da relação material, a execução centra-se no encadeamento de técnicas processuais tendentes à satisfação do direito já reconhecido, seja pela via da execução direta, seja por meio de coerção indireta.

No direito positivo, a própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) reconhece a existência de atividade predominantemente cognitiva durante a atividade de liquidação. O artigo 884, por exemplo, autoriza a produção de prova testemunhal para a quantificação da obrigação.

Na CLT, porém, o procedimento de liquidação encontra-se topologicamente inserido no capítulo destinado ao processo de execução. Tal circunstância evidentemente não altera a natureza da atividade judicial ali desempenhada, de sorte que a chamada execução trabalhista em verdade possui a dupla atribuição de liquidar o débito e enfim instrumentalizar a sua satisfação.

A duplicidade de atribuições deste módulo processual, com algum auxílio da imprecisão legislativa, traz a reboque questionamentos teóricos e sérios problemas práticos.

4 TST, SDI-2, Processo nº 434048-74.1998.5.04.5555, Relator Ministro José Luciano de Castilho Pereira, julgado em 21/11/2000.

2.1 FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DO PROCEDIMENTO PARA HOMOLOGAÇÃO DOS CÁLCULOS

O artigo 879 da CLT está inserido na Seção “das disposições preliminares” na execução e prevê a bilateralidade de audiência antes da homologação dos cálculos:

Art. 879 - Sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos.

§ 1º-B. As partes deverão ser previamente intimadas para a apresentação do cálculo de liquidação, inclusive da contribuição previdenciária incidente.

§ 2º - Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.

Ao ditar que “o juiz poderá” oportunizar a manifestação das partes antes de homologar os cálculos, o parágrafo §2º do artigo 879 transmite a impressão de que a prévia oitiva dos interessados poderia ser dispensada. Neste sentido, aliás, inclina-se parcela relevante da doutrina, ora homenageada na pessoa o ilustre Carlos Henrique Bezerra Leite⁵:

Parece-nos que o art. 879 da CLT, ao prescrever que “sendo ilíquida a sentença ordenar-se-á previamente a sua liquidação”, deixa claro que a liquidação constitui simples procedimento prévio da execução. É exatamente por essa razão que não se pode falar — ao menos nos processos trabalhistas individuais — que a liquidação constitui ação autônoma.

[...]

Se a liquidação de sentença no processo do trabalho fosse realmente uma ação, haveria obrigatoriedade do contraditório (CF, art. 5º, LV), o que, nos termos do

⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p.1035.

art.879, §2º, não ocorre, haja vista que, depois de tornada líquida a conta, o juiz “poderá abrir às partes o prazo sucessivo de 10 dias para impugnação fundamentada da decisão”. Igualmente, se a liquidação fosse um processo autônomo, ao juiz seria obrigatório abrir vistas às partes (CF, art. 5º, LV), deixando tal ato processual de ser mera faculdade do magistrado.

Com todas as vêrias, esta impressão inicial mostra-se insustentável na análise sistemática da CLT e não resiste à filtragem constitucional, sempre necessária numa sociedade de intérpretes que reconhece a força normativa da Constituição e a eficácia imediata dos direitos fundamentais.

Como assinalado anteriormente, a posição topológica da atividade não altera sua natureza jurídica: a liquidação é etapa cognitiva, seja ela prevista como processo autônomo, como fase processual individualizada ou como atividade inaugural do módulo processual de execução.

Ademais, a CLT não prevê a homologação dos cálculos antes da manifestação das partes: as partes serão primeiramente intimadas para impugnar a conta, e não somente para impugnar a decisão de homologação. Se assim não fosse, bastaria à CLT prever a intimação do executado para a oposição de embargos à execução, dispensando qualquer referência à impugnação aos cálculos. *Permissa venia*, a proposta da doutrina tradicional incute uma contradição lógica no sistema procedural.

Para além da contradição lógica no procedimento, tal interpretação mostra-se incompatível com a Constituição Federal.

Basta registrar que a garantia do juízo continua sendo pressuposto para a oposição de embargos à execução (artigo 884, *caput*, CLT), o que por si só constitui razão suficiente para impor que a decisão de liquidação seja fundamentada e precedida

do contraditório. Se o poder de disposição constitui um dos atributos da propriedade privada, e se o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, então nos parece claro que a constrição patrimonial deve ser precedida da manifestação da parte interessada.

Qualquer posicionamento contrário, *permissa venia*, reconheceria um caráter meramente formal ao direito ao devido processo legal que, como toda garantia constitucional, possui dimensão objetiva e subjetiva⁶:

- a) na dimensão subjetiva, a norma constitucional determina que o Poder Público protegerá o direito subjetivo frente a particulares e ao próprio Estado;
- b) já na dimensão objetiva, a prescrição constitucional possui efeito irradiante e norteia a elaboração das regras infraconstitucionais. Noutros termos: todas as prescrições do direito objetivo (leis infraconstitucionais) devem ser estruturadas de modo a garantir a proteção ao direito fundamental, sendo inconstitucional qualquer previsão que o restrinja, ressalvadas as situações descritas no próprio texto constitucional e as regras de mútua delimitação, firme na premissa de que não há direitos absolutos.

Não se afigura constitucionalmente admissível um procedimento que a homologação de cálculos seja feita à revelia dos interessados, mormente quando a defesa processual posterior exige constrição patrimonial ditada exatamente pela decisão unilateralmente tomada. A atuação judicial distante das partes encerra, portanto, dupla violência ao executado.

Anote-se que o atendimento ao Texto Constitucional não consiste necessariamente em retardo da marcha processual.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.166.

Muito ao revés, trata-se de um caso em que o estabelecimento do contraditório otimiza o desenvolvimento da relação processual em prol do interesse do exequente.

Isto porque a parte final do artigo 879, §2º estabelece que, uma vez oportunizada a manifestação do executado, cabe a este manifestar sua insurgência de forma específica sob pena de preclusão. Destarte, o pleno atendimento ao devido processo legal atende simultaneamente ao direito fundamental do executado e à legítima pretensão do exequente, que poderá se valer dos instrumentos de satisfação quanto à parcela incontroversa.

O benefício para ambas as partes é notório, com pleno respeito à Constituição Federal e interpretação otimizada do texto legal.

2.2 ESPÉCIES DE EXECUÇÃO CONFORME O DESFECHO DA ETAPA DE LIQUIDAÇÃO E AS CONDIÇÕES PARA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O artigo 884, §3º expressamente considera que a decisão na qual o juízo homologa os cálculos de liquidação tem natureza de “sentença”. No procedimento híbrido proposto pela CLT, porém, esta decisão não põe fim sequer à fase cognitiva de liquidação: porque não cabe recurso imediato, o procedimento ingressa na fase de execução antes que estas matérias de cunho cognitivo estejam acobertadas pela coisa julgada material.

Numa espécie de contraditório deferido, o artigo 884 da CLT desloca para a fase de embargos à execução todas as questões verificadas desde a fase de liquidação até o momento da constrição patrimonial. De seu turno, o acesso à instância recursal somente é franqueado por intermédio do agravo de petição a ser interposto contra a sentença que julga os embargos à execução:

Art. 884 - Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

§ 1º - A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

§ 2º - Se na defesa tiverem sido arroladas testemunhas, poderá o Juiz ou o Presidente do Tribunal, caso julgue necessários seus depoimentos, marcar audiência para a produção das provas, a qual deverá realizar-se dentro de 5 (cinco) dias.

§ 3º - Somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação, cabendo ao exequente igual direito e no mesmo prazo.

§ 4º Julgar-se-ão na mesma sentença os embargos e as impugnações à liquidação apresentadas pelos credores trabalhista e previdenciário.

§ 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

O modelo proposto pela Consolidação das Leis do Trabalho torna potencialmente desafiador o atendimento à segurança jurídica e a manutenção da coerência teórica.

Primeiro, será preciso observar a fase de liquidação e a extensão das impugnações ali consignadas. Em caso de impugnação total, a ausência de coisa julgada material sobre um dos elementos da obrigação (*quantum debeatur*) impõe a conclusão de que a execução será provisória: basta lembrar que o contraditório é diferido e que a garantia do juízo não implica concordância com os cálculos, mas sim a intenção de impugná-los em primeiro grau e, eventualmente, elevar esta parcela do processo à instância recursal pela via do agravo de petição.

Enquanto pendente recurso desprovido de efeito suspensivo, a execução provisória poderá ser instaurada, ao passo que o recurso com efeito suspensivo impede absolutamente a instauração da execução (definitiva ou provisória), exatamente porque neste caso a decisão que quantifica a obrigação ainda não produz qualquer efeito. A execução provisória somente será convertida em definitiva quando o capítulo decisório referente ao *quantum debeatur* restar acobertado pela coisa julgada, único momento em que se poderá reconhecer judicialmente a imutabilidade da obrigação material — ressalvada, obviamente, a possibilidade de ação rescisória.

Acaso a impugnação aos cálculos tenha sido parcial, ou na ausência de impugnação aos cálculos, ter-se-á a viabilidade de execução definitiva quanto à parcela incontroversa. Nesta hipótese, porque a homologação dos cálculos deve ser fundamentada e considerando que o enquadramento topológico da decisão no procedimento não define seu conteúdo (prova disso é a popularização da chamada “decisão parcial de mérito”), é possível concluir que a execução da parcela incontroversa e já homologada será definitiva.

Admitir que a execução é definitiva não é o mesmo que reconhecer a legitimidade da pretensão executiva. O executado permanece com o direito de apresentar defesa processual concernente ao procedimento executivo ou mesmo suscitar as questões de mérito admissíveis neste estágio processual, como é o caso clássico do pagamento ou a controvertida hipótese de prescrição intercorrente.

Perceba-se ainda que a sistemática da CLT sugere um sistema no mínimo curioso: a execução é iniciada sem que se saiba se ela será definitiva ou provisória. Esta constatação é essencial para a preservação do artigo 100 da Constituição Federal, que

delimita as hipóteses de execução contra a Fazenda Pública a partir de título executivo judicial:

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.

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Por expressa determinação constitucional, a inclusão da verba necessária para pagamento somente se dará em relação às obrigações acobertadas pela coisa julgada. A exigência foi consignada de forma expressa a partir da Emenda Constitucional nº 30/2000⁷ e desde então vem sendo soberanamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao menos no que concerne às obrigações de pagar quantia.

Pela clareza, pela didática e pela extensa referência jurisprudencial, merecem destaque as palavras do Ministro Celso de Mello, decano do Pretório Excelso⁸:

Cumpre observar, por oportuno, que o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que, tão-somente a partir do advento da

⁷ Constituição Federal, 100, §1º, redação anterior à Emenda Constitucional nº30/2000: “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte”.

⁸ STF, 2ª Turma. AgRg no AI 495638/SP. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgado em 10/06/2014.

Emenda Constitucional nº 30, de 13/09/2000 – que deu nova redação ao § 1º do art. 100 da Carta Política –, tornou-se inviável a possibilidade jurídico-legal de instaurar-se execução provisória contra a Fazenda Pública, pois o dispositivo em questão passou a exigir, de forma expressa, o trânsito em julgado da sentença judicial condenatória da entidade de direito público (AI 243.967-AgR/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES – AI 402.876-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 255.531-AgR/RJ, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 430.319/RS, Rel. Min. EROS GRAU – RE 463.936/PR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.).

Sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Corte Constitucional já teve a oportunidade de destacar que a apresentação de embargos à execução parciais — que não impugnam todo objeto da execução — autoriza a expedição de precatório quanto ao valor incontrovertido, sem prejuízo do processo de conhecimento quanto à parcela ainda litigiosa⁹:

Longe fica de conflitar com o artigo 100, § 4º, da Constituição Federal enfoque no sentido de ter-se a expedição imediata de precatório relativamente à parte incontrovertida do título judicial, dando-se seqüência ao processo quanto àquela impugnada por meio de recurso.

Questão mais delicada — mas que extrapola as pretensões do presente estudo — consiste em definir se o fracionamento autorizado pela Corte Constitucional repercute no regime de pagamento do débito: qual o regime pagamento quando o débito global vindicado deve ser processado mediante precatório, mas a parcela incontrovertida está abaixo do valor admitido para as requisições de pequeno valor?

O certo é que a raiz constitucional destas normas as tornam aplicáveis a toda e qualquer espécie de processo judicial e viabiliza, por consequência, o cotejo entre os posicionamentos

⁹ STF, 1ª Turma. RE 458110. Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgado em 13/06/2006, DJ 29-09-2006.

do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

O STJ¹⁰ alinha-se ao posicionamento do Tribunal Constitucional:

Com efeito, é firme no STJ a orientação jurisprudencial de que, em execução contra a Fazenda Pública, é possível a expedição de Requisitório de Pequeno Valor - RPV e precatório da parte incontroversa, prosseguindo-se a execução, quanto à parte não embargada, e compatibilizando-se, assim, o processo de execução contra a Fazenda previsto no CPC (arts. 730 e ss.) e as determinações do art. 100 da Lei maior.

Também o TST¹¹ teve a oportunidade de definir que é definitiva a execução da parcela não embargada, ressalvando a provisoriadade da execução quanto à parcela questionada nos embargos à execução:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. 1. FAZENDA PÚBLICA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Caminha a jurisprudência desta Corte no sentido de ser cabível, desde que não importe em ato expropriatório, a execução provisória contra a Fazenda Pública, sobretudo diante da garantia constitucional da razoável duração do processo. No caso, o acórdão recorrido noticia que não foi praticado qualquer ato expropriatório contra o patrimônio do ente público. Além disso, o Regional foi expresso ao consignar que, após o julgamento dos embargos, a execução provisória aguardará o trânsito em julgado da decisão. Nesse contexto, não se vislumbra ofensa ao art. 100, §§ 1.º ao 6.º, da CF. 2. JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Decisão recorrida em harmonia com a OJ nº 382 da SDI-1 do TST. Incidência do art. 896, § 4º, da CLT e

10 STJ, 2^a Turma. AgRg no AREsp 368.378/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013.

11 AIRR-131101-75.2011.5.17.0003, Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 7/5/2014, 8.^a Turma, Data de Publicação: DEJT 9/5/2014.

da Súmula n.º 333 desta Corte. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

Tais considerações são de fundamental observância para que se sejam respeitados os preceitos da Constituição Federal, verificados os elementos da obrigação e as etapas cognitivas do processo judicial.

3. PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE E DA ADAPTAÇÃO: A INCOERÊNCIA DO SISTEMA ADOTADO NAS HIPÓTESES DE TERCEIRIZAÇÃO E A APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A massificação das terceirizações, inclusive no âmbito da Administração Pública, justifica a racionalização de um procedimento executivo adequado a esta relação jurídica peculiar.

Em obra dedicada à comunicação entre direito material e direito processual, José Roberto Santos Bedaque¹² leciona que “Processo é instrumento para realização do direito material, nas situações em que tal não se deu espontaneamente. Seu escopo é atuar o direito e pacificar. Não obstante distinto de seu objeto, a ele se liga por intenso nexo de finalidade”. Firme na noção de instrumentalidade proposta por Dinamarco¹³, Bedaque sustenta que o procedimento deve ser adaptado à tutela do direito material em questão.

Crítico do conceito tradicional de instrumentalidade, o saudoso Calmon de Passos enfatizava a impossibilidade de

12 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo.** São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.61.

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

distinguir absolutamente o direito material do direito processual: se o direito é essencialmente linguagem humana, e se o processo é a forma de expressão do direito material, então os contornos do direito processual definem, tanto quanto o direito material, a eficácia social das normas jurídicas. O processo, portanto, juntamente com o direito material, dita o modo de ser das relações jurídicas (e não apenas as instrumentaliza). A corajosa e lúcida reflexão é digna de nota:

Também linguagem é o direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar o direito da linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem. Sendo assim, separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável. Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um.

Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual¹⁴.

Noutra obra, o processualista baiano teve a oportunidade de reafirmar sua convicção sobre a relação processual e concluir que “se dissociarmos o processo de produção do direito do devido processo constitucional de produção do direito, a ordem jurídica onde isso ocorra jamais poderá ser qualificada como a de um Estado de direito democrático”¹⁵.

14 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**. Revista Síntese e Direito Civil e Processual Civil. Ano II, n. 07, set/out. 2000, p.21.

15 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de Uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p.76.

Ainda que sob a tradicional noção de instrumentalidade enraizada nas lições Bedaque, mas também (e principalmente) à luz da exata compreensão de processo externada por Calmon de Passos, nota-se a extrema relevância da indicação de um procedimento judicial apto a lidar com a relação jurídica material. Neste campo, o procedimento previsto pelo artigo 884 da CLT fracassa inegavelmente ante as relações jurídicas materiais definidas pela Súmula 331 do TST.

3.1 A INADEQUAÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA DO ARTIGO 884 DA CLT ÀS HIPÓTESES DE TERCEIRIZAÇÃO: APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CPC

O procedimento misto de execução e liquidação previsto na CLT parece-nos inadequado para lidar com as hipóteses materiais de responsabilidade subsidiária, notadamente no que concerne a um dos institutos de direito material mais relevantes da atualidade: a terceirização. Convém rememorar a atual redação do enunciado da Súmula 331, do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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 nº 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.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O item IV da Súmula destaca o caráter subsidiário da responsabilidade civil do tomador de serviços, enquanto a sociedade prestadora (tida como efetiva empregadora) responde de forma principal.

A partir desta premissa, e com essepeque no rito do artigo 884 da CLT, é comum que o mandado de citação seja remetido ao devedor principal, com prazo para pagamento do débito ou apresentação de embargos à execução após a garantia do juízo. Frustrada a execução em face do devedor principal, o Judiciário dirige-se ao responsável subsidiário e conferindo-lhe igual prazo para pagamento ou oposição de embargos.

Há aqui uma inadequação procedural com consequências talvez incorrigíveis no curso do processo.

Se a liquidação é etapa cognitiva e deve se submeter ao regime da coisa julgada (tanto assim que a execução operada na pendência de agravo de petição é tida como provisória), então o responsável subsidiário não se vincula ao cálculo homologado pelo juízo num procedimento protagonizado apenas pelo exequente e

pelo devedor principal. Cogite-se, por exemplo, a hipótese de inércia do devedor principal frente aos cálculos apresentados: poderia o responsável subsidiário ser onerado mesmo sem ter participado do procedimento de liquidação, ou teria ele o direito à apresentação de impugnação aos cálculos e à utilização dos embargos à execução?

A resposta é evidente, vem sendo aplicada na praxe processual e pode ser extraída do item IV, da Súmula 331 do TST:

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.

Ora, se a atividade de liquidação propõe-se a delimitar um dos elementos da obrigação, conclui-se que o responsável subsidiário não se vincula à decisão homologatória proferida sem sua participação.

Há ainda um segundo obstáculo teórico, com repercussões práticas imediatas: como admitir que o mesmo débito possa originar decisões distintas, especialmente quando o polo ativo é exatamente o mesmo em ambas as liquidações? Seria possível acobertar duas sentenças homologatórias de cálculos com valores diferentes, uma para cada executado, mas vinculadas a um mesmo exequente e a uma só relação jurídica material?

O obstáculo teórico afigura-se intransponível, notadamente diante do que dispõe o Novo Código de Processo Civil:

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Salvo melhor juízo, o problema não pode ser sanado com olhos no artigo 884 da Consolidação das Leis do Trabalho. O dispositivo, parece-nos, não foi arquitetado para instrumentalizar a execução nas hipóteses de terceirização de mão de obra, e inaptidão das regras processuais frente a um dos temas mais relevantes no direito material impõe a busca por soluções dentro do ordenamento jurídico.

O impulso natural seria a aplicação da Lei de Execuções Fiscais, diante do permissivo consignado pelo artigo 889 da CLT:

Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

A verdade, porém, é que também a Lei de Execuções Fiscais (LEF) é inapta a auxiliar a execução trabalhista nos casos de terceirização. É que todo o procedimento da LEF é organizado a partir de premissas que não se repetem no processo do trabalho: (1º) a execução é fundada em título extrajudicial já liquidado, e (2º) os sujeitos passivos da execução já participaram da elaboração do título em prévio processo administrativo. Nenhuma destas situações ocorre no processo trabalhista, o que inviabiliza a invocação da LEF para fins de determinação da postura do sujeito passivo no processo de execução.

Nem se diga que o procedimento da execução fiscal comporta o redirecionamento da execução fiscal aos sócios da pessoa jurídica executada, atingindo assim sujeitos não mencionados expressamente na certidão da dívida ativa. O redirecionamento de fato é possível, mas apenas como medida excepcional e pressupõe ato ilícito no qual o sócio abusa do direito referente à blindagem patrimonial proporcionada pela pessoa jurídica. Não é esta, absolutamente, a situação jurídica

do tomador de serviços, o que quebranta qualquer tentativa de equiparação.

Enfim, parece-nos que ausência de norma dedicada à execução trabalhista nas hipóteses de terceirização regidas pela Súmula 331 do TST atrai o modelo previsto no Código de Processo Civil, cujo artigo 15 prevê aplicação subsidiária e supletiva em relação à CLT. Atento à inovação legislativa, Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁶ busca diferenciar a aplicação subsidiária da aplicação supletiva:

De todo modo, a aplicação subsidiária significa a incidência em caso de completa omissão das normas sobre o processo trabalhista sobre certa questão.

A aplicação supletiva, por seu turno, tem o sentido de complementação normativa, ou seja, quando a norma processual trabalhista trata do tema de modo incompleto, isto é, sem esgotá-lo (omissão temática parcial).

É bem o que se verifica nas hipóteses supra aventadas.

Claramente, sistema de liquidação e execução previsto na CLT não foi engenhado para suportar as nuances típicas da terceirização. Os conflitos técnicos que a aplicação do artigo 884 desperta são prova de que o procedimento ali delineado não instrumentaliza de forma adequada esta parcela do direito material. Bem postas as questões, a execução forçada de obrigação regulada pela Súmula 331 do TST pela via do artigo 884 é tão descabida quanto a pretensão de elaborar prova pericial em sede de mandado de segurança: o procedimento simplesmente não foi arquitetado para amparar este tipo de direito material.

O regime de liquidação estabelecido pelo Código de Processo Civil, porém, supre todas as complicações não avaliadas pela CLT. A liquidação será instaurada com a participação

¹⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodim, 2016, p.27.

simultânea do devedor principal e do responsável subsidiário, de sorte que as defesas são apresentadas em igual prazo e julgadas numa só decisão, que definirá o elemento da obrigação material, enfim acobertada pela coisa julgada.

A atividade de liquidação pode ser realizada perante ambos os sujeitos passivos da relação processual sem risco de desvirtuamento da espécie de responsabilidade civil. Basta lembrar que a liquidação é etapa cognitiva na qual não são realizados atos de constrição em face dos potenciais executados.

Concluída a liquidação, o rito procedimento de execução poderá ser norteado pelas regras contidas nos demais parágrafos do artigo 884 da CLT, inclusive com a exigência de garantia antes da apresentação de embargos à execução.

Contrariando o posicionamento outrora firmado pelo Superior Tribunal de Justiça à luz do Código de Processo Civil de 1973, mas alinhando-se ao que já era defendida por parte da doutrina, o novo Código de Processo Civil autoriza a apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença independentemente da garantia do juízo. De seu turno, a CLT mantém regra expressa no sentido de que a oposição de embargos à execução pressupõe a apresentação da garantia suficiente.

Neste aspecto, parece-nos que o modelo adotado no processo civil mostra-se potencialmente mais ágil ao viabilizar o pronto enfrentamento das matérias passíveis de arguição para, finalmente, concentrar os esforços processuais na satisfação do crédito. O caso, porém, é de manutenção da norma extraída da CLT: a maior efetividade do processo civil pode ser apresentada como apelo ao Legislador para fins de futura reforma legislativa, mas não implica por si só qualquer inconsistência procedural ou constitucionalidade no rito previsto pela CLT.

CONCLUSÃO

As presentes reflexões visam pôr em evidência questões técnicas que, a despeito da extrema relevância, podem passar despercebidas em meio ao vertiginoso número de processos ao qual estão submetidos os sujeitos do processo. O aplicador do direito deve orientar-se a partir dos posicionamentos consolidados, mas não pode deixar de questionar práticas que, con quanto corriqueiras, corrompem a harmonia do sistema jurídico e violam preceitos constitucionais.

Com este espírito, as críticas ora lançadas ao peculiar procedimento previsto no artigo 884 da CLT permitem a preservação do dispositivo nas hipóteses em que sua aplicação é admitida e, de outro lado, põem em evidência a impossibilidade de aplicação daquela regra às situações complexas, como da execução contra a Fazenda Pública e da execução de sentença fundada na Súmula 331 do TST.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo.** São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

DIDIER JÚNIOR., Fredier. **Curso de Direito Processual Civil.** Volume 1. Salvador: Editora Juspodíum, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo CPC e o Processo do Trabalho.** Salvador: Editora Juspodíum, 2016

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**. Revista Síntese e Direito Civil e Processual Civil. Ano II, n. 07, set/out. 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de Uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

Palácio do Planalto. www.planalto.gov.br

STF – Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br

STJ – Superior Tribunal de Justiça. www.stj.jus.br

TST – Tribunal Superior do Trabalho. www.tst.jus.br

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL INSTITUÍDO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Márcia Krause Romero¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo apresentar a inovação da usucapião extrajudicial instituída pelo novo Código de Processo Civil, em seu artigo 1.071, que introduz no Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, o artigo 216-A, abordando especificadamente os documentos necessários e o procedimento para o registro da usucapião extrajudicial no Registro de Imóveis, que abrange as diversas modalidades de usucapião. O instituto visa a desjudicialização ou extrajudicialização do direito, para promover o deslocamento de competências do Poder Judiciário para órgãos extrajudiciais, por intermédio de instrumento mais célere, ágil, acessível e de baixo custo financeiro.

Palavras-chave: Usucapião. Extrajudicial. Procedimentos. Novo Código de Processo Civil.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar a inovação da usucapião extrajudicial instituída pelo novo Código de Processo Civil, em seu artigo 1.071², que introduz no Capítulo

1 Procuradora do Estado do Acre, lotada na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário. Pós-Graduada em Direito Processual Civil e em Direito Tributário. Curso Luiz Flávio Gomes – LFG em parceria com as instituições UVB – Universidade Virtual Brasileira, UNAMA – Universidade da Amazônia e UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina.

2 “A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A:’Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é

admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, pelos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem da posse, continuidade, natureza e tempo, tais como o pagamento dos impostos e taxas que incidirem sobre o imóvel. § 1º O pedido será autuado pelo registrador; prorroga-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou rejeição do pedido. § 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, este será notificado pelo registrador competente, para manifestar seu consentimento expresso em quinze dias, interpretado o seu silêncio como discordância; a notificação pode ser feita pelo registrador pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento. § 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, para que se manifestem, em quinze dias, sobre o pedido. A comunicação será feita pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou, ainda, pelo correio, com aviso de recebimento. § 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que podem manifestar-se em quinze dias. § 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis. § 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso. § 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta lei. § 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido. § 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião. § 10. Em caso de impugnação ao pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos

III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, o artigo 216-A, o qual menciona os documentos necessários e o procedimento para o registro da usucapião extrajudicial no Registro de Imóveis, que abrange as diversas modalidades de usucapião, com exceção da regularização fundiária de interesse social, que já possui rito próprio, definido pelo artigo 60 da Lei nº 11.979/02³ – Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida e prevê uma figura similar para detentores de título de legitimação de posse.

O instituto visa a desjudicialização ou extrajudicialização do direito, para promover o deslocamento de competências do Poder Judiciário para órgãos extrajudiciais, notadamente as serventias notariais e registrais.

Com efeito, o referido dispositivo busca atribuir aos notários e registradores a solução de questões em que há consenso e disponibilidade de direitos envolvidos, os quais tornarão o procedimento mais célere e com toda a segurança jurídica necessária.

ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.””

3 Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal. § 1º Para requerer a conversão prevista no caput, o adquirente deverá apresentar: I - certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que caracterizem oposição à posse do imóvel objeto de legitimação de posse; II – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural; III – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e IV – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas. § 2º As certidões previstas no inciso I do § 1º serão relativas ao imóvel objeto de legitimação de posse e serão fornecidas pelo poder público. § 3º No caso de área urbana de mais de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), o prazo para requerimento da conversão do título de legitimação de posse em propriedade será o estabelecido na legislação pertinente sobre usucapião.

Notários e registradores são profissionais do direito, admitidos mediante concurso público, para exercer atividade notarial e registral mediante delegação e fiscalização do Poder Público, em caráter privado⁴. Dotados de fé pública, prestam serviços públicos voltados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia de atos jurídicos (CF, artigo 236; Lei nº 8.935, artigos 1º a 3º).

Assim, pode-se destacar a importância do sistema notarial e do registro imobiliário brasileiro neste momento, que sempre teve um papel relevante para a garantia dos direitos fundamentais, em especial no que tange à dignidade da pessoa humana e o direito da propriedade, pois realiza uma atividade que visa à garantia da efetividade e da estabilidade de direitos que o Estado a consagra, em que a certeza reside exatamente na segurança jurídica.

Sarlet (2011, p.107) diz que o direito da propriedade tem seu conteúdo social consagrado no constitucionalismo pátrio, se constitui em dimensão inerente a dignidade da pessoa humana, pois a falta de uma moradia decente ou espaço físico adequado para a atividade profissional acaba comprometendo os pressupostos básicos para uma vida com dignidade. Destaca, ainda, que a aquisição de propriedade por usucapião é um importante instrumento para a efetivação dos aludidos princípios constitucionais.

Nesse contexto da desjudicialização e da atuação do Serviço Notarial e Registral, Daniélle Dornelles e Flávio Cassel Júnior citam alguns exemplos como a Lei nº 11.441/2007, que

4 Notários e registradores não exercem cargo ou emprego público (neste sentido, STF, ADIN 4.641-SC, rel. Min Teori Zavascki, julg. 11/03/15). O regime de delegação a eles aplicado é semelhante ao da concessão de serviços públicos, mas tem pontos peculiares. Entre outros: (a) é precedido de concurso público de provas e títulos, não de licitação; (b) é exercido pela pessoa física, mediante responsabilidade pessoal, não por pessoa jurídica.

trata da separação, divórcio, inventário e partilhas extrajudiciais; Lei nº 10.931/04, que alterou os artigos 212 e 213 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), a qual trata da retificação de área extrajudicial; Lei nº 11.977/2009, aplicável somente nos projetos de regularização fundiária de interesse social; Lei nº 11.790/2008, atinente a registro tardio de nascimento; Lei nº 12.010/2009, alterações na legislação de adoção; Lei nº 12.100/2009, retificações no Registro Civil de Pessoas Naturais, entre outras, as quais sempre tiveram respostas positivas.

Com propósito semelhante, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que trata do novo Código de Processo Civil, instituiu o usucapião extrajudicial ou administrativo, procedimento que se inicia no Tabelionato de Notas e se efetiva no Registro de Imóveis, com o registro do domínio em favor do usucapiente.

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Usucapião é o direito que um cidadão adquire em relação à propriedade de bens imóveis, em decorrência do uso continuado durante determinado lapso temporal. Nesse contexto, pode-se dizer que o instituto escuda-se, por excelência, em dois elementos decisivos: posse e tempo.

O termo usucapião é oriundo do latim *usu capio* que significa “tomar pelo uso”. Segundo a doutrina, usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade de bens móveis e imóveis, bem como de outros direitos reais, pela posse prolongada da coisa, acrescida dos demais requisitos legais, de acordo com Clóvis Beviláqua (Beviláqua, 1950). Nesse sentido é a redação do artigo 1.238 do Código Civil que conceitua tal instituto como modo de aquisição da propriedade imobiliária.

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe

a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Disso se conclui que a posse é um poder de fato sobre a coisa, a propriedade, por sua vez, é o poder de direito nela incidente. A posse aliada ao decurso de tempo (e demais requisitos legais) *“confere juridicidade a uma situação de fato, convertendo-a em propriedade”*. Com efeito, o proprietário da coisa será privado de seu patrimônio, em favor daquele que detém a posse do imóvel, uma vez que o fundamento da usucapião é a consolidação da propriedade. (Chaves & Rosenvald, 2009, p. 274).

Convém pontuar a distinção entre modo originário e modo derivado de aquisição da propriedade. No modo de aquisição originário da propriedade, o novo proprietário não mantém qualquer relação de direito real ou obrigacional com seu antecessor, haja vista que não obtém o bem do antigo proprietário, mas contra ele. Entretanto, ao adquirir a propriedade pelo modo derivado o bem será transferido mantendo-se as relações de direito real ou obrigacional já existentes. Assim, a importância da distinção entre os modos originário e derivado reside nos efeitos que produzem, pois, quando adquirida de forma originária não há nenhum vínculo entre a propriedade atual e anterior, ficando incorporado o bem ao patrimônio do novo titular em toda sua plenitude, livre de todos os vícios que a relação jurídica pregressa apresentava.

Isso significa, na prática, que na usucapião o possuidor adquire a propriedade por sua posse prolongada, a despeito de

qualquer relação jurídica com o proprietário anterior. Assim, não incidirá o fato gerador do ITBI, bem como se existir eventual ônus real sobre o imóvel (como penhora, hipoteca, servidão, etc.), não subsistirá o gravame perante o usucapiente, que receberá a propriedade límpida, isenta de máculas.

3. ASPECTOS HISTÓRICOS

A usucapião restou consagrada na Lei das XII Tábuas, datada de 455 antes de Cristo, como uma modalidade de aquisição da propriedade de bens móveis e imóveis, com prazo de um ou dois anos. Naquela época tal instituto somente era utilizado pelo cidadão romano, uma vez que os estrangeiros não gozavam dos direitos preceituados no *ius civile*.

De início, a ação de usucapião era empregada com o objetivo de convalidar aquisições formalmente nulas ou aquelas ineficazes por vício ou defeito de legitimação, desde que presente a boa-fé do possuidor, tendo em vista as inúmeras solenidades que envolviam a transmissão de bens.

Com o tempo o possuidor peregrino que não tinha acesso à usucapião passou a ter direito a uma espécie de prescrição, como forma de exceção fundada na posse por longo tempo da coisa, que serviria de defesa contra ações reivindicatórias, quando então o prazo para adquirir o bem através da posse prolongada passou a ser de 10 e 20 anos. (Chaves & Rosenvald, 2009)

Segundo Pedro Nunes (2000, p. 14), “*Justiniano fundiu num só instituto o usucapião primitivo e a prescrição de longo tempo, denominando-lhe usucapio*”. Assim, a partir de 528 depois de Cristo, ficaram extintas as diferenças entre propriedade civil e pretoriana (peregrinos), restando unificados os institutos na

usucapião, para conceder ao possuidor peregrino a ação passível de adquirir a propriedade através do decurso de tempo. (Chaves & Rosenvald, 2009)

No direito brasileiro pré-codificado a prescrição *longissimi temporis* se consumava em 30 anos no caso de bens móveis ou imóveis e de 40 anos quando se tratava de bens públicos e coisas litigiosas.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1934 introduziu no sistema jurídico brasileiro nova modalidade de usucapião, qual seja, a *pro labore*, que foi repetida nas Constituições de 1937 e 1946, e omissa na de 1967. Atualmente a Magna Carta traz duas espécies de usucapião, urbana (artigo 183) e rural (artigo 191). (Nunes, 2000)

A usucapião rural especial está regulamentada pela Lei nº 6.969/1981 e a usucapião urbana especial encontra-se regulamentada pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001).

No Código Civil de 2002, a aquisição da propriedade por decurso de tempo está disciplinada no Livro do Direito das Coisas e traz duas espécies de usucapião, quais sejam: a usucapião ordinária e a extraordinária.

4. PROCEDIMENTO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Como já exposto alhures, o direito brasileiro resguarda a função social da propriedade, adotando para tanto o instituto da usucapião, dividindo-a em modalidades, quais sejam: usucapião extraordinária, usucapião ordinária, usucapião especial urbana, usucapião coletiva, usucapião em defesa na ação reivindicatória, que exige requisitos pessoais, reais e formais. No que concerne

aos requisitos pessoais, necessário se faz que o adquirente seja capaz e tenha qualidade para adquiri-la. Quanto aos requisitos reais, imprescindível que a coisa a ser usucapida deva ser hábil à usucapião, e por fim os requisitos formais exigem a posse e o tempo, os quais são necessários a qualquer das espécies de usucapião.

Outrossim, de acordo com cada espécie, a lei exige ainda outros requisitos como o justo título, boa-fé, transcrição no Registro de Imóveis e a sentença judicial nos casos que houver litígio.

Agora, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil), trouxe esculpido em seu artigo 1.071 a usucapião extrajudicial, acrescentando-a no artigo 216-A do Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

É importante esclarecer que o novo instituto da usucapião extrajudicial abrange todas as modalidades de usucapião de direito material previstas em lei, com exceção da regularização fundiária de interesse social, a qual já apresenta rito próprio.

A usucapião extrajudicial será requerida pelo interessado ao registrador de imóveis da situação do bem. A ele compete conduzir o procedimento administrativo que levará ao registro da usucapião, se forem provados os seus requisitos legais e não houver litígio.

A escolha pela via extrajudicial cabe à parte, que poderá optar por deduzir o seu pedido em juízo se assim preferir. Ainda que não haja litígio, entretanto, a pretensão não será mais submetida a um procedimento especial de jurisdição contenciosa, mas a um procedimento comum, não mais subsistindo as previsões

constantes dos artigos 941 a 945 do antigo Código de Processo Civil⁵.

O procedimento se inicia a requerimento do usucapiente, respeitando o princípio da instância que rege o direito registral imobiliário, ou seja, perante o cartório de imóveis onde se situa o bem.

A parte deverá estar assistida por advogado, exigência legal decorrente da complexidade do ato postulatório e de travestir a usucapião administrativa de maior controle e legitimidade.

São quatro os documentos básicos que devem instruir o pedido de Usucapião Extrajudicial.

4.1 ATA NOTARIAL

De acordo com o que preceitua o artigo 384 do novo Código de Processo Civil⁶, a existência e o modo de existir de

Art. 941. Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial.

Art. 942. O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV do art. 232.

Art. 943. Serão intimados por via postal, para que manifestem interesse na causa, os representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Art. 944. Intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público.

Art. 945. A sentença, que julgar procedente a ação, será transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais.

6 Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata a ser lavrada por tabelião. A ata notarial é uma novidade no direito positivo brasileiro, a qual registra fatos jurídicos em qualquer de suas modalidades e serve também como meio de prova pré-constituída no processo civil pátrio, tornando perpétuo o fato descrito pelo tabelião, que se reveste de fé pública, com força *juris tantum*.

Walter Ceneviva esclarece que a ata notarial vem garantida pela fidelidade na narrativa de eventos. A neutralidade e a rigorosa vinculação à verdade são essenciais, convindo que o delegado reproduza fielmente as declarações pronunciadas pelas partes, embora possa orientá-los, na área de sua competência estrita, a respeito do que pretendem fazer constar da ata.

Nos ensinamentos de Leonardo Brandelli, a ata notarial é um instrumento público onde o notário transpõe para seu livro de notas ou outro documento, uma situação, um determinado fato, que capta por seus sentimentos.

Nota-se, com essa breve qualificação, que o legislador deu ênfase ao Serviço Notarial, destacando a importância que a ata notarial reflete no procedimento da usucapião extrajudicial.

Assim, a primeira providência no procedimento de usucapião extrajudicial será a lavratura da ata notarial pelo Tabelião de Notas, de livre escolha da parte, ou seja, não é lavrada pelo registrador de imóveis perante o qual tramita o procedimento de usucapião extrajudicial. Para lavrar a ata, o notário ou seu preposto devidamente autorizado deverá se deslocar até o imóvel usucapiendo para verificar a exteriorização da posse, atestando, se for o caso, o tempo de posse do requerente e a cadeia possessória/antecessores que configure o direito de aquisição da propriedade por usucapião.

A ata notarial difere da escritura declaratória, pois nesta é um terceiro que atesta o fato perante o tabelião, que colhe a manifestação de vontade e a formaliza.

Com efeito, a ata notarial é um instrumento muito útil, não somente para a usucapião extrajudicial, mas para todo o novo processo brasileiro, como para declarar o conteúdo de um *site*, recebimento de um SMS e diversos outros fatos, como a prova da posse também para a usucapião judicial, hipótese na qual a sua apresentação não é obrigatória.

Importante consignar que o novo Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado do Acre – CNNR/AC, instituído pelo Provimento nº 10, de 7 de março de 2016 da Corregedoria Geral de Justiça, qualifica a ata notarial nos artigos 346 a 348 e disciplina o procedimento para sua lavratura para fins de reconhecimento extrajudicial de usucapião no artigo 350 e seguintes.

4.2 PLANTA E MEMORIAL DESCRIPTIVO

A planta e o memorial descritivo sempre foram requisitos para a usucapião judicial, entretanto, isso não é permitido na usucapião extrajudicial, pois o novo CPC com a inserção do inciso II do art. 216-A da Lei nº 6.015/73⁷ fez questão de robustecer os requisitos, gerando maior controle sobre a atividade administrativa.

Em razão disso, o requerimento também deverá estar acompanhado da planta, do memorial descritivo do imóvel e da guia da ART (Anotação de Responsabilidade Técnica). A ART

⁷ Art. 216-A, II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

é a prova de que os referidos documentos foram elaborados por profissional habilitado perante o conselho profissional competente e se refere a uma nítida função de defesa da sociedade, proporcionando também segurança técnica e jurídica para quem contrata e para quem é contratado.

A planta serve para demonstrar a situação do imóvel e ainda desempenha outra importante função, uma vez que é nesse documento que os confinantes e os titulares de direitos reais e de outros direitos registrados e averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes assinam manifestando sua anuência ao pedido e caracterizando o consenso na usucapião.

4.3 CERTIDÕES NEGATIVAS

O usucapiente deverá provar a inexistência de demanda sobre o imóvel usucapiendo, conforme exige o inciso III do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos⁸.

Nesse contexto, o Tabelião exigirá as certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente, tanto da justiça comum como da justiça federal, para comprovar a inexistência de ação tramitando atinente ao imóvel usucapiendo, tais como, ação de desapropriação, ação de usucapião, etc.

4.4 JUSTO TÍTULO

Justo título da posse, quarto requisito exigido no artigo 216-A da Lei 6.015/73⁹, é aquele que serve para legitimar a

8 Art. 216-A. III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

9 Art. 216-A. IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel

consciência do possuidor de que tem direito à posse do bem em razão de um ato juridicamente admitido pelo ordenamento, como um contrato de promessa de compra e venda celebrado com aquele que detinha a titularidade do domínio, ou uma cessão de direitos possessórios.

Em princípio se poderia cogitar da impossibilidade da usucapião extraordinária em virtude da exigência de justo título, no entanto o próprio texto deixa claro, pela conjunção alternativa *ou* que é possível suprir esse requisito também por outros documentos passíveis de comprovação de tempo de posse do imóvel, como por exemplo, pagamento de impostos, de energia elétrica, declarações de testemunhas, etc. Nada obsta a que testemunha da posse do requerente compareça ao tabelionato e declare sob as penas da lei os fatos que presenciou, sendo a escritura declaratória lavrada e apresentada ao oficial de registro de imóveis, como documento apto a comprovar a posse exercida sobre o imóvel usucapiendo.

Assim, é perfeitamente possível a comprovação do tempo no imóvel a partir de documentação idônea, que não necessariamente seja o justo título de aquisição, que podem referir-se tão somente a posse.

Essa prova será, salvo melhor juízo, necessariamente documental e complementar à ata notarial.

4.5 PROCEDIMENTO CARTORÁRIO

Os parágrafos do novo art. 216-A da Lei de Registros Públicos descrevem o procedimento que deverá ser observado para a efetivação da usucapião extrajudicial¹⁰.

10 § 1º *O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.*

§ 2º *Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de*

Recebida a petição, devidamente instruída com os documentos mencionados alhures, o oficial de registro procederá à prenotação no livro de protocolo e a autuará. Constatando a ausência de algum documento, formulará nota devolutiva entregue ao requerente, para que a supra.

direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

§ 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.

§ 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.

§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

§ 10º Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum. ’’

Caso algum interessado não tiver assinado a planta, procederá à sua notificação, para que se manifeste em quinze dias. Deverá ainda notificar a Fazenda Pública, municipal, estadual e federal, para deduzir eventuais impugnações em igual prazo de quinze dias.

Em seguida, publicará edital em jornal de grande circulação, às expensas do requerente, para dar ciência a terceiros que, no prazo de trinta dias, poderão impugnar o pedido.

Conforme aponta Costa Machado (2.009, p.1290), a obrigatoriedade da intimação das Fazendas Públicas tem o objetivo de permitir a qualquer dos entes a manifestação de interesse na causa, o que é demonstrado, “*quando o bem usucapiendo já foi declarado de utilidade pública para fins de desapropriação, já foi tombado por seu valor histórico, está situado próximo a área de segurança que restrinja seu uso ou simplesmente terra pública*”. Em regra, a impugnação da Fazenda Pública consiste em alegar que o imóvel é público, e se esse for o caso, não será passível de ser usucapido. Os terceiros poderão apresentar quaisquer impugnações contrárias à consumação da usucapião, enquanto que aos confinantes ou titulares de direitos reais sobre o imóvel notificados cabe impugná-la ou prestar a anuência que não foi outorgada mediante assinatura na planta. As manifestações deverão ser deduzidas por escrito e protocoladas perante o cartório de registro do imóvel no qual tramita o procedimento.

Salienta-se um ponto importante da regulamentação normativa: se o confinante ou titular de direitos reais não se manifestar, não se presume sua anuência, pois o seu silêncio será interpretado como discordância. Esta exigência difere do procedimento na retificação extrajudicial, em que o silêncio do confinante notificado implica concordância tácita (Lei de Registros Públicos, artigo 213, parágrafo 5º). Com a cautela

legislativa, a segurança jurídica foi privilegiada em detrimento da efetividade. Acredito que essa regra pode gerar desconforto na prática e inviabilizar o instituto, já que pouco provável que os confinantes, após notificados, se manifestem sobre a usucapião. (Assim, para evitar eventual discordância em razão do silêncio, mais prudente será o requerente envidar esforços para colher a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes.) Na mesma linha, observa João Pedro Lamana Paiva¹¹:

A redação dada ao § 2º do art. 216-A da Lei de Registros Públicos pareceu-nos inadequado ao procedimento tendo em vista que a usucapião é um instituto relativamente ao qual não é exigido, necessariamente, consenso ou concordância entre o requerente e o requerido, como ocorre no procedimento de retificação extrajudicial – este, sim, caracteristicamente consensual – já que, ainda que ausente o consenso, se preenchidas as condições legais pelo usucapiente, este estará em plenas condições de adquirir a propriedade imobiliária.

Assim, tendo a lei emprestado um caráter de consensualidade ao procedimento extrajudicial da usucapião, pode-se estimar que ele virá a ter um bom funcionamento como instrumento de regularização fundiária, especialmente dirigido àqueles casos em que houve um prévio negócio entre o usucapiente e o titular do domínio do imóvel (o que será espelhado pela presença do justo título).

Restará, entretanto, um problema de difícil solução na hipótese em que haja o silêncio do titular do direito real sem que isso signifique propriamente discordância com a realização do procedimento (§ 2º do art. 216-A), mas signifique indiferença às consequências de sua não manifestação expressa, que talvez venha a ser uma hipótese bastante recorrente no futuro, dada à forma como o procedimento foi concebido.

Temos convicção, por outro lado, que as dificuldades encontradas na prática reiterada do procedimento, aliadas

11 PAIVA, João Pedro Lamana. Novo CPC introduz a usucapião extrajudicial no País. Boletim Eletrônico do IRIB. Ano XIV. São Paulo. 17/03/2015. Disponível em: <https://goo.gl/BdST1y>

à possibilidade de que a matéria venha a ser regulamentada pelo CNJ – da mesma forma como ocorreu com a Lei nº 11.441/2007 – poderão significar um aperfeiçoamento desse instituto que nasce das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

Outra peculiaridade é que o registrador poderá realizar diligências *in loco*, para elucidar dúvidas que tenham restado da análise da documentação. Esta faculdade do delegatário deve ser exercida com a necessária cautela, pois ordinariamente o oficial não tem formação técnica em engenharia e a inspeção deve se proceder dentro do que é possível verificar sem essa habilitação específica (neste sentido, CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 494).

Caso alguma das partes interessadas apresentar impugnação, o registrador remeterá os autos ao juízo competente para apreciação, ocasião em que cabe a emenda da inicial para ajustá-la às exigências do processo judicial.

Em sendo a documentação insuficiente e o requerente não se conformar com as exigências formuladas pelo registrador, cabe a suscitação de dúvida na esfera administrativa (Lei de Registros Públicos, artigo 198), para que o juiz decida.

Em não havendo impugnação e estando o processo devidamente instruído, caberá ao registrador decidir o pedido, que é uma atividade administrativa vinculada privativa de profissional do direito em que são examinados os títulos apresentados a registro e verificado o preenchimento dos requisitos legais do ato registral.

No procedimento de usucapião extrajudicial, se o oficial verificar que foram preenchidos todos os requisitos exigidos, ou seja, se a qualificação for positiva, procederá ao registro da aquisição do direito real na matrícula. Caso o imóvel não for

matriculado, efetuará a abertura da matrícula e o registro, seu primeiro ato. Em sendo negativa, a decisão deverá ser bem fundamentada, da mesma forma que se exige da decisão judicial (art. 93, IX, CF/88), indicando quais requisitos legais não foram atendidos, decisão essa que não impede a propositura de ação judicial de usucapião.

Outra inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil foi a supressão da intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações de usucapião. Nesse sentido, o próprio órgão já se posicionava contra a obrigatoriedade de manifestação em todas as ações de usucapião. Acontece que, quando o código de 1973 foi idealizado, o Ministério Público também acumulava a função de “defensor do Estado”, razão pela qual se justificava a intervenção. Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1.988, a instituição passou a ter o papel singular na ordem jurídica, não cabendo a tutela de direitos individuais disponíveis. Assim, com o novo Código de Processo Civil, a intervenção do Ministério Público deverá respeitar as diretrizes descritas no artigo 178 do referido diploma legal.

Com efeito, sem prejuízo de possíveis e legítimas críticas a algumas das opções do legislador, pode-se concluir que o procedimento extrajudicial, ao que tudo indica, pois ainda é muito recente, contribuirá para uma solução mais ágil e eficiente à usucapião consensual e pode se tornar um instrumento tão útil quanto são o inventário, o divórcio e a retificação desjudicializados, contribuindo para legalizar situações consolidadas e promover regularização fundiária.

4.6 PROVIMENTO N° 05/2016 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE

Com o escopo de orientar, fiscalizar e propor medidas convenientes ao aprimoramento dos serviços extrajudiciais, em

razão das disposições contidas no art. 1.071, da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil – CPC), que introduziu o art. 216-A na Lei de Registros Públicos, bem como a necessidade de regulamentar o processamento do pedido de reconhecimento da usucapião administrativa no âmbito dos Ofícios de Registro de Imóveis do Estado do Acre e instruir os Tabeliães de Notas quanto às formalidades pertinentes à ata notarial que visa instruir o pedido de reconhecimento de usucapião extrajudicial, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Acre instituiu o Provimento nº 05, em 4 de fevereiro de 2016.

Por ocasião da apresentação do referido Provimento, a desembargadora Regina Ferrari, Corregedora Geral da Justiça do Estado do Acre, assim asseverou:

“O novo Código de Processo Civil trata grande inovação para a sociedade em geral, pois concretizará maior agilidade ao processo de regularização fundiária no Brasil e no Acre, beneficiando os menos favorecidos e garantindo o pleno exercício da cidadania, com a efetivação do direito fundamental à moradia”.

Posteriormente, o procedimento de reconhecimento extrajudicial de usucapião estabelecido pelo Provimento nº 05/2016 também foi inserido no novo Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado do Acre – CNNR/AC, instituído pelo Provimento nº 10, de 7 de março de 2016 da Corregedoria Geral de Justiça (artigos 1.062 a 1.079).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode olvidar que o serviço notarial e registral está cada vez mais capacitado para conduzir procedimentos como da usucapião administrativa. Cabe a sociedade se atualizar, reformulando conceitos, para prestigiar o instituto da usucapião

administrativa, buscando os serviços dos notários e registradores, que também proporcionam a tão almejada segurança jurídica.

Cada vez mais se vislumbra a necessidade de criação de mecanismos que viabilizem a efetivação do direito por intermédio de instrumentos mais céleres, ágeis, acessíveis e de baixo custo financeiro, transformando aqueles procedimentos morosos do Poder Judiciário, geralmente decorrentes do acúmulo processual, em procedimentos mais eficazes diante das demandas administrativas.

Acredita-se que o reconhecimento extrajudicial de usucapião terá uma duração aproximada de 90 a 100 dias, assim como já acontece com a retificação de área administrativa prevista nos artigos 212 e 213 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73).

Com efeito, a adoção da usucapião extrajudicial é compatível com o princípio da função social da propriedade, haja vista que a aquisição da propriedade pela usucapião, vem ao encontro das diretrizes que fortalecem um Estado Democrático de Direito, com medida política, social e econômica de atingir a sua função social, pois a tranquilidade da família em saber que mora em uma área de sua propriedade com a possibilidade de acesso ao crédito como garantia real, consequentemente materializa o conceito constitucional de função social de propriedade, transformando a usucapião administrativa em uma das inovações mais significativas a serem introduzidas com a vigência do Novo Código de Processo Civil.

Assim, não restam dúvidas de que o instituto da usucapião extrajudicial tem um papel relevante na sociedade, que com toda certeza é um grande avanço, alavancando os serviços notariais e registrais, entretanto, por ser um procedimento bastante novo,

merece alguns ajustes, como mencionado a respeito do § 2º do art. 216-A, acrescentado na Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), que exige a consensualidade, principalmente em sua parte final, interpretando o silêncio do titular de direito real como discordância, mudando, assim, uma máxima centenária do direito: *dormientibus non succurrit jus* (o direito não socorre aos que dormem).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

STF, ADIN 4.641-SC, rel. **Min Teori Zavascki, julg. 11/03/15.**

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. Lei 13.105, de 06 de março de 2015. Disponível em: <https://goo.gl/ovsfg7>. Acesso em: 08 jun. 2016.

NUNES, Pedro. *Do usucapião.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinícius. *Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais.* São Paulo: Saraiva, 2013, volume 02.

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRANDELLI, Leonardo. *Ata notarial.* Porto Alegre: Fabris/IRIB, 2004.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada.* São Paulo: Saraiva, 1996.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 8. Ed. rev. E atual. – Baurueri, SP: Manole, 2009. P. 1290.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo CPC introduz a usucapião extrajudicial no País. Boletim Eletrônico do IRIB. Ano XIV.** São Paulo. 17/03/2015. Disponível: <https://goo.gl/SjOFQD>.

PROVIMENTO Nº 05/2016 do Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

PROVIMENTO Nº 10/2016 do Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

NOBRE, Francisco José Barbosa. **A usucapião administrativa no novo Código de Processo Civil. Postado em: 1º set. 2014.** Disponível em: <https://goo.gl/CI7JWb>. Acesso em: 10 jul. 2016

DORNELLES, Daniélle; JÚNIOR, Flávio Cassel. **A viabilidade da usucapião extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <https://goo.gl/puKnrC>. Acesso em 15 jul. 2016.

IMPLICAÇÕES TEÓRICAS E PRAGMÁTICAS VINCULADAS AO PROCEDIMENTO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE E NECESSIDADE PÚBLICA E POR INTERESSE SOCIAL

Paulo Cesar Barreto Pereira¹

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é possibilitar uma reflexão sobre o procedimento de desapropriação como uma das formas de intervenção do Poder Público na propriedade privada. O estudo abrange os elementos conceituais vinculados a instituto alhures declinado, as suas implicações - teóricas e pragmáticas -, em relação ao patrimônio dos administrados e as questões relevantes no âmbito do Direito Administrativo. O manejo desse poderoso instituto do Direito Administrativo tem se mostrado cada vez mais intenso e importante, não apenas porque estamos perante uma fase de constantes mudanças, mas também para materializar políticas públicas a fim de atender às demandas sociais cada vez maiores. Procura-se abordar as peculiaridades que permeiam o procedimento desapropriatório - tanto na esfera administrativa quanto na judicial -, em relação aos bens imóveis que sofrem essa modalidade de intervenção estatal.

Palavras-chave: Desapropriação. Direito de Propriedade. Imóvel. Indenização.

1 Procurador do Estado do Acre e Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Pós-Graduado em Direito Processual Civil, pela Faculdade de Ciências Humanas e Letras de Rondônia; Metodologia do Ensino Superior, pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR e MBA em Gestão do Poder Judiciário, pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/Rio.

1. INTRODUÇÃO

O manejo do procedimento desapropriatório tem se mostrado de vital importância para a viabilidade de implantação de empreendimentos públicos, visto que o Poder Público, seja ele Federal, Estadual, Distrital, ou Municipal, além de concessionárias de serviços públicos, não detém um estoque de bens imóveis capaz de suprir a demanda crescente por bens que viabilizem essas ações.

Entretanto, a aquisição de bens por parte do Poder Estatal enfrenta resistência por parte dos particulares em relação à intervenção dessas ações sobre seu patrimônio.

Esses embates abrangem a amplitude do instituto da propriedade e os ônus que atuam sobre esse Direito, principalmente a imposição da aplicabilidade de sua função social, encontra-se na contraposição da supremacia do interesse público sob o privado e no reconhecimento da proteção constitucional.

Neste trabalho procura-se abordar as peculiaridades que envolvem a intervenção estatal sobre a propriedade particular, sob a forma de desapropriação.

A intervenção supressiva da propriedade privada tem se mostrado cada vez conveniente e oportuno para possibilitar ao Poder Público atender às crescentes demandas sociais e, às suas próprias necessidades.

O procedimento desapropriatório encontra repouso no Direito Administrativo, entretanto a sua natureza, seus limites e seus efeitos encontram-se insertos no âmbito de uma opção política delineada pela *Lex Fundamentalis*.

Em uma concepção mais axiológica o processo de desapropriação traduz-se em um complexo de atos e fatos

jurídicos de natureza não apenas administrativista, mas também, econômica, social e política.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE

O Direito de Propriedade encontra-se agasalhado em nosso ordenamento jurídico com um dos mais importantes direitos material.

Para definir o Direito de Propriedade socorre-se às palavras do ilustre Justen Filho (2011, p. 905) o qual leciona que o instituto

consiste em um direito individual que assegura a seu titular uma série de poderes de cunho privado, civilista, dentre os quais estão os poderes de usar, gozar, usufruir, dispor e reaver um bem, de modo absoluto, exclusivo e perpétuo, com fundamento no art. 5º, XXII e XXIII, da CF.

A Lei Substantiva Civil estabelece as características vinculadas a esse direito nos termos do art. 1.231 que assim estabelece: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.”

Conjugando o entendimento acima exposto do professor Justen Filho e a textualidade do dispositivo legal transscrito assinala-se alguns elementos indissociáveis da propriedade, o absoluto, como escreveu o doutrinador – ou pleno como preferiu o Códex -, e exclusivo, perpétua ou irrevogável.

O caráter absoluto resulta na premissa de que tudo que o proprietário legalmente disciplinar sobre o que é seu, deve ser mantido e deve produzir seus efeitos. O aspecto exclusivo assegura ao titular do direito de propriedade que o seu domínio sobre a coisa não pode terminar apenas por intento de terceiros

sem proteção legal, ou seja, uma vez adquirida, a propriedade não pode ser perdida, salvo por vontade do detentor. Por fim, perpétua, já que irá existir independentemente de exercício e enquanto não surgir uma causa legal que a extinga.

Entretanto, o direito de propriedade deve coexistir com direitos de outrem da mesma natureza, e, em decorrência do atual texto constitucional não ter adotado o mesmo como um direito absoluto, atribuindo ônus para quem é o seu titular, e, condicionado o seu exercício pleno ao cumprimento da sua função social.

Nesse contexto, a intervenção do Estado na propriedade particular para suprimi-la pode ocorrer por ausência de cumprimento de função social, bem como para atender a supremacia estatal, através de atributos específicos como a necessidade e utilidade pública e o interesse social. Essas últimas hipóteses abrangem o foco do presente estudo.

3. FORMAS DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROPRIEDADE PARTICULAR

As bases constitucionais de nossa Carta Cidadã admite a intervenção estatal na propriedade provida, desde que observados as disposições legais que a disciplinam.

Parafraseando o professor Justen Filho (2011, p. 906), essa intervenção na propriedade particular deve ser entendida como toda e qualquer atividade do estado – seja derivada de atuação federal, estadual, distrital ou municipal -, que, amparada em lei, tenha por objetivo ajustá-la à função social à qual está condicionada ou condicioná-la ao cumprimento de uma finalidade de interesse público.

A intervenção do Poder Público é uma exceção, devidamente motivada e justificada, com o objetivo de um fim específico e prevista a hipótese em lei.

As intervenções do Poder Público estão categorizadas, em nossa doutrina, em dois grupos, as de ordem restritivas e supressivas.

As primeiras, impõem ao particular restrições e condicionamentos a utilização da propriedade, sem, no entanto, despojá-la de seu dono. Nas segundas, há transferência do bem coercitivamente para o Poder Público.

No âmbito da intervenção restritiva a Administração Pública impõe restrições ou condiciona o uso da propriedade privada, sem retirar do proprietário o domínio da coisa. Adotando a explicação do professor Carvalho Filho (2010, p. 846), “este não poderá utilizá-la a seu exclusivo critério e conforme seus próprios padrões, devendo subordinar-se às imposições emanadas pelo Poder Público, mas, em compensação, conservará a propriedade em sua esfera jurídica.”

Elencando a título exemplificativo, as limitações administrativas, Servidão Pública ou Administrativa, Ocupação Temporária, Requisição Administrativa e Tombamento.

Na intervenção supressiva tem-se como objetivo transferência do domínio do bem, seja ele móvel ou imóvel, acarretando a perda da propriedade.

A forma de intervenção supressiva mais conhecida é a desapropriação, a qual será mais detalhada no decorrer deste estudo.

4. DESAPROPRIAÇÃO

4.1 CONCEITO

A desapropriação é um dos institutos mais relevante do Direito Administrativo, a doutrina é rica em dissertações e discussões a seu respeito, através dela materializa-se muitas das políticas públicas implementadas pelo Estado.

O festejado professor Gasparini (2011, p. 892), em uma feliz manifestação do pensamento jurídico, ensina que desapropriação é

O procedimento administrativo pelo qual o Estado, compulsoriamente, retira de alguém certo bem, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social e o adquire, originariamente, para si ou para outrem, mediante prévia e justa indenização, paga em dinheiro, salvo os casos que a Constituição enumera, em que o pagamento é feito com títulos da dívida pública (art. 182, § 4º, III) e da dívida agrária (art. 184).

O doutrinador Carvalho Filho (2010, p. 886) entende que o instituto aqui estudado

É o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização.

O fato de ser um procedimento de direito público retrata a existência de uma seqüência de atos e atividades do Estado e do proprietário, desenvolvidos nas esferas administrativa e judicial. Sobre esse procedimento, incidem normas de direito público, sobretudo quanto aos aspectos que denotam a supremacia do Estado sobre o proprietário.

Com espeque nas brilhantes citações acima transcritas, pode-se asseverar que se trata de um procedimento administrativo ou judicial, pelo qual o Poder Público ou seus agentes delegados, por intermédio de prévia declaração de necessidade ou utilidade

pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda do bem móvel ou imóvel, mediante justa e prévia indenização em dinheiro.

4.2 PRINCIPAIS FONTES NORMATIVAS

A principal norma que dirige às desapropriações em geral encontra-se inserta no art. 5º, XXIV, da *Lex Fundamentalis*, a qual preceitua que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

Ainda no deve-se citar o art. 182, § 4º, inciso III² e os arts. 184³ e art. 243⁴ da Carta Política. O primeiro, preceituando a utilização do instituto para a aplicação da política de desenvolvimento urbano. O segundo estipula o manejo de desapropriação para reforma agrária. E o último, também conhecida como desapropriação-sanção, para hipótese de plantio de culturas psicotrópicas.

O dispositivo constitucional contido no art. 5º, inciso XXIV, foi disciplinado pelo Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho

2 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. ...

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

3 Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

4 Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

de 1941 e Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962. Aquele, considerado como a Lei Geral das Desapropriações, e, em seu art. 5º, elenca os casos de desapropriação por utilidade pública. Já a Lei nº 4.132/62, define as hipóteses de desapropriação por interesse social e regula sua aplicação.

A professora Carvalho (2009, p. 1098), observa que

Em todas as modalidades de desapropriação, é preciso observar os mandamentos constitucionais e as normas legais específicas. Se não houver enquadramento no regime jurídico administrativo incidente na espécie, tem-se claro o vício do comportamento público, capaz de atrair o controle de juridicidade que restaure a ordem jurídica.

Ainda vale destacar, que, em sede de desapropriação, também é necessário as exigências principiológicas da motivação e da eficiência, a vinculação do comportamento do Estado à finalidade pública e à garantia do devido processo legal, de modo a afastar decisões arbitrárias, desarrazoadas ou abusivas. Obriga-se a Administração Pública a observar os pressupostos materiais inerentes a cada modalidade de desapropriação, bem como as garantias procedimentais tais como a ampla defesa, o contraditório e a ampla publicidade dos atos administrativos, por serem todas essenciais à legalidade e juridicidade do procedimento.

Denota-se que em todas as modalidades de desapropriação é necessário que se encontrem evidente o atendimento do interesse público primário. O atendimento ao bem comum é a finalidade pública que justifica o exercício, pelo Poder Público, de potestade elevada, capaz de suplantar o direito de propriedade do cidadão, independente de sua aquiescência.

Arremata-se que, se não estiver pressente o interesse coletivo, é inadmissível que o Estado efetue tal intervenção supressiva na propriedade alheia.

4.3 FASES DO PROCEDIMENTO DE DESAPROPRIAÇÃO

O procedimento desapropriatório é formado, basicamente, de duas fases distintas, mas interligadas entre si: a declaratória e a executória.

Na fase declaratória, o Poder Público manifesta sua vontade na futura aquisição compulsória, e, na fase executória, são adotadas as providências para consumar a transferência do bem do patrimônio privado para o Poder Público.

Mello (2007, p. 853) adotando o entendimento pacificado na doutrina leciona que

O procedimento expropriatório divide-se em duas fases:
a) fase declaratória - consubstanciada na declaração de utilidade pública; b) fase executória - correspondente às providências concretas para efetivar a manifestação de vontade consubstanciada na declaração de utilidade pública.

A desapropriação não se opera apenas através de uma medida isolada e determinativa, na realidade é um processo, composto por uma sequência de atos administrativos definidos e ordenados em conformidade com a Constituição e a legislação infraconstitucional, visando à utilização do bem a uma atividade pública e o incorporando ao seu patrimônio.

4.3.1 FASE DECLARATÓRIA

Essa fase inicia-se com a declaração expropriatória, em que o Poder Público emite sua intenção de ultteriormente transferir a propriedade do bem para seu patrimônio, ou para o de pessoa jurídica delegada, com o objetivo de executar determinada atividade pública prevista em lei.

Nessa etapa declaratória, o Estado declara a necessidade, utilidade pública ou o interesse social do bem a ser desapropriado, realizando o ato por meio de decreto - Poder Executivo - ou lei - Poder Legislativo -, inteligência dos arts. 6º e 8º⁵ do Decreto-Lei nº 3365/41, neste último caso o Poder Executivo adotará os procedimentos necessários à efetivação da desapropriação.

A respeito do tema a professora Carvalho (2009, p. 1130), em uma feliz concepção aduz

A declaração como qualquer ato administrativo, deve ser motivada. Assim, a afirmação de que o bem é necessário ou conveniente ao interesse público deve estar acompanhada dos fatos e dos fundamentos aptos a ampará-la. Não se trata de exigir indicação irrepreensível do dispositivo legal que embasa o comportamento expropriatório, mas de evidenciar a situação concreta que o justifica, à luz do ordenamento de regência.

A declaração expropriatória pode ser feita por lei ou decreto⁶, sendo a regra este último ato, emanado do Chefe do Executivo - Presidente da República, Governador ou Prefeito.

A edição de lei é obrigatória nos casos onde se pretende desapropriar bens públicos, onde a União tenha o objetivo de desapropriar bens do Estado, Distrito Federal ou Município. Ou, quando o Estado tem a intenção de desapropriar bens de propriedade de algum Município.

5 Decreto-Lei nº 3.365/41

Art. 6º A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito.

Art. 8º O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação.

6 A professora Di Prieto (2010: p. 233) leciona que decreto é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito). Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral) ou pode dirigir-se a pessoa ou grupo de pessoas determinadas. Nesse caso, ele constitui decreto de efeito concreto (decreto individual); é o caso de um decreto de desapropriação, de nomeação, de demissão.

4.3.2 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DESAPROPRIATÓRIA

Com a publicação do decreto preordena-se a manifestação volitiva do Poder Público em adquirir compulsoriamente um determinado bem.

No que tange à publicação do ato administrativo – decreto – ou legislativo – lei -, derivam os seguintes efeitos:

- I - submissão do bem ao regime de expropriação;
- II - permissão para que as autoridades competentes possam penetrar no prédio objeto da declaração, sendo possível o recurso à força policial no caso de resistência do proprietário;
- III - início da contagem do prazo para ocorrência da caducidade do ato, determinando o lapso para promover a desapropriação;
- IV - fixação da condição do bem e a situação das benfeitorias;
- V - possibilidade das Autoridades Administrativas acessarem o bem para efetuarem os levantamentos necessários (vistorias, avaliações, medições, etc.), podendo, inclusive, requisitar a força policial, quando necessário.

Esses efeitos são necessários para a adoção dos demais atos administrativos para o prosseguimento do processo desapropriatório.

4.3.3 CADUCIDADE

– 05 (cinco) anos para os casos de utilidade ou necessidade pública; 02(dois) anos, para os de interesse social. Caducando a declaração, a Administração terá que aguardar o prazo de 1 ano para emitir nova declaração;

Publicado o decreto declaratório ou a lei inicia-se a fluência do prazo para que o Poder Público efetive os atos para concretização da expropriação, sob pena de caducidade.

No caso de declaração de utilidade pública, o decreto ou lei, consoante do art. 10, do Decreto-Lei nº 3.365/41⁷ – Lei Geral das Desapropriações -, a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, sob pena de sua caducidade.

O decurso para implementação dessas medidas é de cinco anos para os casos de utilidade ou necessidade pública; e de dois anos, para as hipóteses de interesse social. Caducando a declaração, a Administração terá que aguardar o prazo de 1 ano para emitir nova declaração.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu nos autos do Recurso Especial nº 788282 / PR, *litteris*

Processual civil. Administrativo. Retrocessão. Omissão. Ausência de Fundamentação. Não-conhecimento. Desapropriação para implantação da Nova capital federal (Brasília). Decreto expropriatório. Caducidade de 2 anos. Art. 3º da lei 4.132/1962. Inexistência de Prequestionamento. Inaplicabilidade ao caso. Tredestinação. Não-ocorrência. Reexame. Súmula 7/ STJ.

Em relação à contagem do prazo o professor Harada (2006, p. 63) dispõe que

Trata-se de prazo decadencial que, como se sabe, não comporta interrupção ou suspensão. O termo inicial é a data da publicação do decreto declaratório de utilidade pública. Contam-se os cinco anos com a exclusão do dia

7 Decreto-Lei nº 3.365/41

Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

do começo e com a inclusão do dia final. Por se tratar de prazo material não haverá prorrogação se o termo final recair em um feriado ou domingo, hipótese em que o direito deve ser exercitado antes dele. O ano a que se refere o texto legal é o ano civil, regulado pela Lei nº 810, de 6-9-1949, isto é, o lapso temporal de 12 meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte. Findos os cinco anos, o ato expropriatório caducará. Só poderá ser renovado após o decurso do prazo de um ano.

Em face do disposto no art. 220 do CPC, que determina a aplicação do art. 219 a todos os prazos extintivos previstos na lei, por cautela, convém requerer, tempestivamente, a prorrogação do prazo para citação, sempre que a ação for proposta nas proximidades do prazo fatal.

Sob outro aspecto, denota-se que a caducidade não é definitiva. Em qualquer hipótese, seja de utilidade ou necessidade pública ou de interesse social o lapso impeditivo para a nova publicação é de um ano. Decorrido esse lapso poderá expedir novo decreto declaratório para início de um novo processo de desapropriação para o mesmo bem.

4.4 FASE EXECUTÓRIA

Finalizada a fase declaratória, em que é afirmada a intenção de adquirir compulsoriamente o bem o Estado passa a agir efetivamente para ultimar a desapropriação, para completar a transferência do bem para o expropriante e assegurar ao expropriado a devida indenização. Essa é a fase executória do procedimento de desapropriação.

Meirelles (2009, p. 619) entende que a “desapropriação poderá ser efetivada por via administrativa ou por processo judicial, sendo, mesmo, recomendável o acordo na órbita interna da Administração, após a declaração expropriatória”.

A competência para promover a desapropriação é tanto da Administração Pública direta, competente para editar o ato declaratório, com também por entidades, públicas ou particulares, que recebem delegação por meio de lei ou contrato (art. 3º, do Decreto-Lei nº 3.365/41)⁸, abrangendo autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Nessa fase há a transferência da propriedade do bem poderá ser efetivada por via administrativa ou por via judicial.

4.4.1 DESAPROPRIAÇÃO ADMINISTRATIVA OU AMIGÁVEL

A fase executória será conduzida de forma administrativa quando houver acordo entre o expropriante e expropriado a respeito do valor da indenização, forma e condições de pagamento.

Para conclusão do ato deve ser lavrada uma escritura pública de desapropriação em qualquer Tabelionato de Notas e posteriormente registrada junto ao respectivo Cartório de Registro de Imóveis.

A transferência da propriedade em favor do desapropriante - União, Estado, Distrito Federal ou Município -, apenas se aperfeiçoa após o registro de escritura pública de desapropriação no respectivo cartório de registro de imóveis.

Carvalho Filho (2010, p. 912) entende que

O acordo resulta de entendimentos e negociações entre o Poder Público e o proprietário, mesmo que no início do procedimento tenha surgido algum conflito de interesses

⁸ Decreto-Lei nº 3.365/41

Art. 3º Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.

entre eles. O que se pretende com o acordo é evitar o recurso ao Judiciário pela ação de desapropriação. A bilateralidade de vontades incide sobre o bem e o preço, ou seja, as partes se ajustam no sentido de que o bem pode ser alienado mediante o pagamento de preço previamente acertado.

Meirelles (2009, p. 619-620), assevera que

a *via administrativa* consubstancia-se no *acordo* entre as partes quanto ao preço, reduzido a termo para a transferência do bem expropriado, o qual, se imóvel, exige *escritura pública* para a subseqüente transcrição no registro imobiliário competente, salvo leis específicas, que autorizam o *instrumento particular*.

A via desapropriatória administrativa mostra-se mais objetiva e rápida, visto que não há conflito e sim a anuênci a ao valor a ser indenizado, sendo efetivada a desapropriação após o pagamento, a lavratura da escritura pública de desapropriação no Tabelionato de Notas e seu respectivo registro junto ao Cartório de Imóveis.

Para se executar a desapropriação há obrigatoriedade do registro da escritura de desapropriação amigável, conforme orienta Diniz (2007, p. 86), *verbis*:

se recarregar sobre imóvel, a Lei n. 6.015, art. 167, I, n. 34, requer o registro no Livro n. 2 da escritura pública, se for desapropriação amigável, e da sentença que, em processo de desapropriação, fixar o valor da indenização. Esse registro será feito na folha da matrícula do imóvel desapropriado.

Dessa forma, imperioso se faz o registro do instrumento público hábil para a transferência do domínio do imóvel junto ao respectivo cartório de registro imóveis onde se encontrar matriculado o imóvel.

4.4.2 DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

A desapropriação por via judicial será manejada quando não houver o acordo na via administrativa ou existir impedimentos que, mesmo havendo a concordância do cidadão, o impeça de proceder à transferência do bem expropriado.

Nessas hipóteses, alternativa não há para a Administração Pública, senão a de ser proposta a respectiva ação com vistas a solucionar o conflito de interesses entre o Poder Público e o proprietário ou, conseguir a decisão judicial que servirá como título para proceder à transferência da propriedade.

Em síntese na demanda judicial desapropriatória o Judiciário restringe-se ao exame extrínseco e formal do ato expropriatório e, se estiver de acordo com a lei dará prosseguimento à ação para admitir o depósito provisório dentro dos critérios legais, conceder a imissão na posse quando for caso e, a final, fixar a justa indenização e adjudicar o bem ao expropriante.

Denota-se que essa restrição decorre do disposto no art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365/41

Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

Interpretando o dispositivo legal acima transcrito, o saudoso mestre Meirelles (2009, p. 620) a seu turno aduz que

Neste processo é vedado ao juiz entrar em indagações sobre a utilidade, necessidade ou interesse social declarado como fundamento da expropriação (art. 9º), ou decidir questões de domínio ou posse. Nada impede, entretanto, que, por via autônoma, que a lei denomina “ação direta” (art. 20), o expropriado peça e obtenha do Judiciário o controle de legalidade do ato expropriatório, como veremos adiante.

Pela lição do mestre, denota-se que ao Magistrado não cabe examinar e decidir se é hipóteses de necessidade ou utilidade pública, se configura caso de interesse social, ou ainda a respeito de eventuais desvios de finalidade, em decorrência da celeridade que a ação requer.

Entretanto se deve salientar que, o Juiz pode e deve decidir sobre a regularidade extrínseca do ato expropriatório, tais como: a competência, forma, caducidade, dentre outros, bem como sobre eventuais as nulidades processuais – sejam elas relativas ou absolutas.

Deve-se destacar que mesmo havendo a demanda judicial pode ser celebrado um acordo no curso da ação judicial.

Neste ponto, mister se faz a explanação da professora Carvalho (2009, p. 1128) que diz que

É possível que, não obtido o acordo na via administrativa e proposta a ação desapropriatória, o titular do bem aquiesça com a vontade pública já na fase judicial. Depois de citado o expropriado, caso haja acordo entre as partes, cabe ao Judiciário apenas homologá-lo. Deve o magistrado aferir a capacidade e competência daqueles que, em nome do expropriado e do expropriante, manifestaram concordância no sentido de pôr fim ao conflito de interesses na desapropriação.

Mesmo em sede de ação desapropriatória, pode haver acordo judicial como em qualquer outra demanda judicial, desde que observadas os pressupostos legais pertinentes ao caso em concreto.

Assinala-se ainda, que o processo de desapropriação não se pode discutir a existência dos motivos que o administrador considerou como de utilidade pública ou de interesse social, ou se houve desvio de finalidade do administrador, pois essa discussão fatalmente retardaria o desfecho da ação de desapropriação.

O interessado, porém, pode levar essas questões ao conhecimento do Poder Judiciário em ação autônoma, que a lei chamou de *ação direta*. O juiz pode, também, decidir sobre a regularidade extrínseca do ato expropriatório (competência, forma, caducidade etc.), bem como sobre as nulidades processuais.

Em síntese, na ação de desapropriação há uma situação privilegiada ao Poder Público nas ações judiciais.

4.4.2.1 PROCEDIMENTO JUDICIAL

O procedimento judicial de desapropriação tem natureza e caráter de ação, destaca-se inclusive que os arts. 11⁹,

17¹⁰ e 39¹¹ do Decreto-Lei nº 3.365/41 determinam a expressão ação, quando se referem ao processo judicial no âmbito expropriatório.

O processo judicial de desapropriação, contextualizando o professor Salles (2006, p. 269), é uma ação, regida por normas próprias fixadas pelo Decreto-Lei nº 3.365/41, observando que, após a citação sua procedimentalidade obedecerá ao rito ordinário, com aplicação subsidiária da Lei Adjetiva Civil.

A ação expropriatória será iniciada com a petição instruída com cópia da declaração de utilidade pública, interesse social ou necessidade pública, devidamente publicada, é necessário a descrição completa do bem (planta ou memorial descritivo

⁹ Decreto-lei nº 3.365/41

Art. 11. A ação, quando a União for autora, será proposta no Distrito Federal ou no foro da Capital do Estado onde for domiciliado o réu, perante o juízo privativo, se houver; sendo outro o autor, no foro da situação dos bens.

¹⁰ Art. 17. Quando a ação não for proposta no foro do domicílio ou da residência do réu, a citação far-se-á por precatória, se ó mesmo estiver em lugar certo, fora do território da jurisdição do juiz.

¹¹ Art. 39. A ação de desapropriação pode ser proposta durante as férias forenses, e não se interrompe pela superveniência destas.

contendo as características e confrontações; título de domínio do proprietário) e sua avaliação, sob pena de ser determinado à emenda da petição inicial.

4.4.2.2 IMISSÃO NA POSSE

O ordenamento que disciplina o procedimento de supressão coercitiva da propriedade, aqui estudado, institui a figura da imissão na posse ou, como textualmente expressão o Decreto-Lei nº 3.365/41, a imissão provisória na posse.

O Supremo Tribunal Federal através de decisão proferida no Recurso Extraordinário nº **176108 / SP**, pacificou o entendimento que a imissão na posse tem caráter provisório, *verbis*

Ação de desapropriação. Imissão na posse. - A imissão na posse, quando há desapropriação, é sempre provisória. - Assim, o § 1º e suas alíneas do artigo 15 do Decreto-Lei 3.365/41 é compatível com o princípio da justa e prévia indenização em dinheiro previsto no art. 5º, XXIV, da atual Constituição. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Interpretando a lição do professor Carvalho (2010, p. 917) o qual conceitua a imissão na posse como a situação jurídica em que o desapropriante passa a ter a posse provisória do bem antes da finalização da ação judicial expropriatória.

Em uma visão mais específica, a imissão na posse vem a ser a transferência da posse do bem expropriado para o Poder Público, no início da demanda, sendo obrigatoriamente concedida pelo juiz, desde que preenchido os requisitos existentes no art. 15 da Lei Geral das Desapropriações¹².

12 Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens;

Importante salientar que a imissão a posse não traduz a transferência de domínio do bem sujeito à desapropriação, é inegável que, observando que mesmo se tratando de uma forma provisória, seus efeitos são severos para com o proprietário. Na prática, a imissão na posse provoca o total impedimento para que o proprietário volte a usufruir o bem, ou seja, sob uma ótica de pragmática, o que há realmente é o despojamento da posse anteriormente exercida pelo proprietário.

4.4.2.2.1 PRESSUPOSTOS ENSEJADORES DA IMISSÃO NA POSSE

A doutrina capitaneada pelo entendimento da ilustre Di Pietro (2010, p. 179), aponta como condição *sine qua non* para ensejar a concessão da medida judicial, a existência de alguns requisitos autorizadores, declarando

1. Que o poder expropriante alegue urgência, o que pode ser feito no próprio ato expropriatório ou, depois, a qualquer momento, no curso do processo judicial (*RDA 140/82*); no entanto, o STF já entendeu que não há cabimento para conceder-se a imissão provisória na posse de bem expropriado quando o feito já está julgado e o preço da indenização fixado em definitivo (*RDA 121/271*);
2. Que o poder expropriante faça o depósito da quantia fixada segundo critério previsto em lei;
3. Que a imissão seja requerida no prazo de 120 dias a contar da alegação de urgência; não requerida nesse prazo, o direito caduca, pois a alegação de urgência não pode ser renovada (art. 15, § 2º) e a imissão não pode ser concedida (§ 3º).

Dessa forma identifica-se que são pressupostos legais para a concessão da imissão na posse em favor do Poder Público a alegação de urgência e o depósito da quantia.

4.4.2.2.2 URGÊNCIA

No que pertine à urgência, é necessário analisar alguns aspectos especiais. Em primeiro lugar, os fatores administrativos que geram a caracterização da urgência quanto à imissão na posse se configuram como privativos do expropriante.

Outro aspecto é que a lei fixa o prazo de 120 dias, a partir da alegação da urgência, para que o expropriante requeira ao juiz a imissão na posse (art. 15, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41), se não o fizer nesse prazo, o juiz não mais deferirá a imissão.

No caso de judicialização da desapropriação a imissão na posse deve ser concedida antes da citação do réu.

Esse entendimento encontra-se assentado na decisão

PROCESSUAL. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. URGÊNCIA. AVALIAÇÃO PROVISÓRIA. DESNECESSIDADE. DECRETO-LEI Nº 3.365/41, ART. 15, § 1º. IMPOSIÇÃO DE MULTA NOS TERMOS DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. NÃO CABIMENTO.

1. A imissão provisória na posse do imóvel objeto de desapropriação, caracterizada pela urgência, prescinde de citação do réu, tampouco de avaliação prévia ou de pagamento integral. Precedentes: (REsp 837862/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ. 16/06/2008 Resp. n.º 692519/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ. 25.08.2006; AgRg no AG n.º 388910/RS, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, DJ. 11.03.2002; Resp. n.º 74131/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ. 20.03.2000; RE n.º 184069/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ. 05.02.2002; RE n.º 216964/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ. 10.11.1997).

2. In caso, o autor-expropriante agravou da decisão que indeferiu o seu pedido de imissão provisória na posse sem a realização de avaliação pericial provisória.

3. Ratio istend do art. 15, § 1º, do Dec. Lei n.º 3.365/41,

verbis: Art. 15 - Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens.

§ 1º - A imissão provisória poderá ser feita, independentemente da citação do réu, mediante o depósito:

- a) do preço oferecido, se este for superior a vinte vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial;
- b) da quantia correspondente a vinte vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido;
- c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;
- d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso “c”, o juiz fixará, independentemente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originariamente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel.

4. *Ad argumentandum tantum*, a imissão provisória apenas transfere a posse do imóvel, limitando o expropriado do uso e gozo do bem, que será compensável pelo levantamento equivalente a 80% (oitenta por cento) do valor depositado e pela incidência dos juros compensatórios sobre eventual saldo remanescente.

5. Deveras, o expropriante obterá a propriedade do bem somente após o pagamento da justa indenização (CF, art. 5º, XXIV) fixada pelo juízo, quando apurado o real valor do bem desapropriado.

6. Súmula n.º 652/STF: “Não contraria a Constituição o art. 15, § 1º, do DL. 3.365/41 (Lei de desapropriação por utilidade pública)”.

7. Malgrado o não acolhimento dos argumentos expostos pela recorrente, uma vez não vislumbrado o caráter protelatório dos embargos declaratórios, forçoso se revela a exclusão da multa de 1% sobre o valor da causa, imposta pelo Tribunal de origem com supedâneo no art. 538, parágrafo único do CPC.

8. Recurso especial provido. (grifo)

O professor Mello (2007, p. 775) espousa o entendimento de que a urgência, para fins de imissão de posse, pode ser declarada a qualquer momento depois da declaração de utilidade pública do bem e dentro do seu prazo de validade.

Observa-se que a urgência normalmente é declarada no próprio decreto expropriatório, mas pode fazê-lo após esse ato, inclusive quando já em curso a ação de desapropriação. Importante é que, se for declarada e o expropriante não requerer a imissão, impossível lhe será renovar a alegação.

4.4.2.2.3 DEPÓSITO DA QUANTIA

Para a imissão na posse se faz necessário a realização do depósito prévio do valor avaliado do bem objeto da desapropriação, relembra-se que se estar em sede de procedimento judicial.

O depósito arbitrado pelo juiz após instrução sumária processada inicialmente configura pressuposto para a imissão provisória na posse.

O Decreto-Lei nº 3.365/41 – Lei Geral das Desapropriações -, estabelece diversos critérios para a fixação do valor desse depósito prévio, como o valor locativo, o valor fixado para efeito do imposto predial e territorial, dentre outros, inteligência do art. 15, § 1º, do citado Diploma Legal¹³.

13 Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens;

Parágrafo único.

§ 1º A imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito:

a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial;

b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o

Destaca-se que a utilização desses critérios resultam sempre em avaliação muito abaixo do valor real do bem a ser desapropriado.

Nota-se o *quantum* do depósito prévio não tem qualquer relação com sua essencialidade, sendo pacífico que apenas mediante a efetivação do depósito do valor previamente arbitrado - providênci a cargo do expropriante - pode ser autorizada judicialmente a imissão na posse do bem expropriado.

Caso o expropriante não efetue o depósito prévio, cumpre ao juiz corrigir a omissão e determinar que o expropriante providencie de imediato o depósito do valor que a perícia do juízo fixar, seja qual for à fase em que o processo estiver tramitando. Imissão na posse sem o referido depósito ofende o princípio da prévia indenização fixado no art. 5º, XXIV, da Carta Política.

4.5 RETROCESSÃO

A retrocessão é a incumbência do Estado, desde que efetivada todos os atos ordinatórios que consubstancia a desapropriação, de oferecer o bem ao antigo proprietário para adquiri-lo em razão de não ter sido utilizado.

Adotando o entendimento esposado pelo mestre Meirelles (2009, p. 630)

imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido;

c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;

d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel.

É a obrigação que se impõe ao expropriante de oferecer o bem ao expropriado, mediante a devolução do valor da indenização, quando não lhe der o destino declarado no ato expropriatório (CC, art. 519). Se o expropriante não cumprir essa obrigação, o direito do expropriado resolve-se em perdas e danos, uma vez que os bens incorporados ao patrimônio público não são objeto de reivindicação (Dec.-lei 3.365/41, art. 35).

Vigora em no ordenamento jurídico o entendimento de que a retrocessão é, pois, uma obrigação material de devolver o bem ao expropriado, e não um instituto invalidatório da desapropriação, nem um direito real inerente ao bem. Daí o posicionamento de que a retrocessão só é devida ao antigo proprietário, mas não a seus herdeiros, sucessores e cessionários.

Entretanto, nos termos do art. 519 do Novo Código Civil de 2002¹⁴, se o bem não tiver o destino para o qual fora desapropriado, ou não utilizado em obras ou serviços públicos, cabe o direito de preferência ao antigo proprietário, portanto, a Fazenda Pública pode oferecê-lo ao anterior proprietário, por ser direito personalíssimo, inteligência do art. 520¹⁵ da Lei Substantiva Civil.

A redação hodierna do Decreto-Lei nº 3.365/41 - Lei Geral das Desapropriações - , determina em seu art. 35, que

Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

14 Código Civil

Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência pelo preço atual da coisa.

15 Código Civil

Art. 520. O direito de preferência não se pode ceder nem passar aos herdeiros.

Dessa forma há impossibilidade de haver a reivindicação do bem expropriado quando já se procedeu a incorporação do mesmo ao patrimônio público.

4.6 TREDESTINAÇÃO

A tredestinação ou o desvio de finalidade configura-se, na expropriação, quando o bem desapropriado para uma determinada finalidade é empregada em outra sem utilidade pública ou interesse social, nessa forma o instituto indica o mau emprego do bem expropriado.

Mas deve-se entender que a finalidade pública é sempre *genérica* e, por isso, o bem desapropriado para um fim público pode ser usado em outra finalidade pública sem que ocorra desvio de finalidade, pode-se exemplificar, a situação de um terreno que é desapropriado para escola pública e pode, legitimamente, ser utilizado para construção de um pronto socorro público, sem que isto configure desvio de finalidade, mas não poderá ser alienado a uma organização privada para nele edificar uma escola ou um hospital particular, porque a estes faltaria a finalidade pública justificadora do ato expropriatório.

Nessa linha de entendimento o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1025801, assim decidiu

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO
– VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO
CARACTERIZADA – RETROCESSÃO – NÃO-
CARACTERIZAÇÃO – TREDESTINAÇÃO LÍCITA.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. O desvio de finalidade que leva à retrocessão não é o simples descumprimento dos objetivos que justificaram a desapropriação. Para que o expropriado tenha direito à devolução do imóvel, ou seja, indenizado, é necessário que o Poder Público dê ao bem destinação que não atenda ao interesse

público (tredestinação ilícita).

Precedentes do STJ.

3. Recurso especial não provido. (grifo)

E em consonância com a jurisprudência a doutrina acata esse posicionamento, conforme o professor Gasparini (2011, p. 908)

A expropriação só pode acontecer em razão de uma finalidade pública, que se consubstancia na necessidade pública, na utilidade pública e no interesse social. Desse modo, é curial que não possa haver desapropriação por interesse privado de pessoa física ou jurídica. O interesse ou é do Poder Público (coincidente com o interesse público), caso em que o bem é desejado para fins administrativos, ou é da coletividade, hipótese em que o bem é utilizado pela comunidade. Nesses termos, não se pode validar uma desapropriação intentada com o fito de alienar o bem expropriado. Não se desapropria em favor de interesses particulares. Só os interesses públicos justificam e legitimam a expropriação.

A desapropriação apenas deve acontecer consubstanciada em uma hipótese prescrita em lei e cujos atos ordinatórios estejam em consonância que a finalidade apontada na fase declaratória, sob pena de configurar o desvio de finalidade ou tredestinação

4.7 DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO

O Estado possui prerrogativa de desistir do procedimento expropriatório, a qualquer tempo, desde que antes de finalizado. Essa faculdade deve ser aplicada na hipótese de que a desapropriação em curso não convém mais ao interesse público, havendo necessidade de que se adote providências objetivando-se efetivar a desistência da desapropriação judicializada.

Depois do trânsito em julgado da respectiva ação, a desistência não mais pode ser operada. Esse entendimento mostra-se dominante na doutrina e na jurisprudência pátria.

Para que o Judiciário possa homologar a desistência unilateral, é necessário o atendimento do seguinte:

- a) desistência antes da consumação da desapropriação;
- b) assunção, pelo expropriante, da responsabilidade por todo e qualquer dano que causou ao expropriado;
- c) depósito correspondente às despesas processuais e advocatícias;
- d) devolução do mesmo bem.

Nessa concepção, o expropriado não poderá opor-se à desistência da desapropriação judicializada, cabendo-lhe apenas o direito a manejá-la judicialmente demanda de perdas e danos.

O Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº RE 99528/MG, decidiu

Recurso extraordinário. Desapropriação. Desistência, após imissão do desapropriante na posse do imóvel. Tem a jurisprudência do STF admitido a possibilidade de desistência da desapropriação, independentemente do consentimento do expropriado. Precedentes do STF. Fica ressalvado ao expropriado, nas vias ordinárias, ingressar com ação para a reparação dos danos sofridos, pelos atos de desapropriação que aconteceram, desde a imissão da autora na posse do imóvel, até a reintegração do expropriado na posse do bem. Desistência da ação homologada, julgando-se extinto o processo, condenado o expropriante a pagar honorários advocatícios e ressalvado ao expropriado pleitear, em ação própria, resarcimento de eventuais prejuízos sofridos. Julgando-se, em consequência, prejudicados os recursos extraordinários.

Enquanto não consumada a desapropriação, isto é, enquanto não houver condenação no valor a ser pago, o expropriante pode sempre desistir dela.

Por derradeiro, observa-se que, será obrigatório ao Poder Público ressarcir ao proprietário pelos prejuízos que haja causado em razão da simples declaração de utilidade pública, da

propositura da ação expropriatória ou da imissão provisória que haja obtido. Cabe ao proprietário, fazer a prova do seu prejuízo em demanda judicial específica.

5. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

O instituto da desapropriação indireta configura-se quando o Estado, com inobservância da legislação pertinente, aposse-se de um bem ou de parte dele, não tomando qualquer providência a fim de formalizar a transferência para o seu patrimônio ou efetivar o pagamento da indenização ao verdadeiro proprietário do bem.

A fundamentação legal da desapropriação indireta encontra-se no art. 35¹⁶, do Decreto-Lei nº 3.365/41 – Lei Geral das Desapropriações -, que permite ao expropriado postular perdas e danos.

Nessa concepção ensina o professor Carvalho Filho (2010, p. 943) que a desapropriação indireta decorre de

Um fato administrativo pelo qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. Observa-se que a despeito de qualificada como indireta, essa expropriatória é mais direta do que a que decorre da desapropriação regular.

Na verdade, trata-se de apossamento administrativo, visto que ocorre uma ocupação ilegal, sendo lícito ao proprietário do bem esbulhado ou turbado, desde que não tenha sido dado uma finalidade pública, de forma imediata defender o seu bem por meio da ação possessória própria – reintegração ou manutenção de posse.

16 Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Entretanto se o bem já estiver destinado a um fim público, ou seja, se nele já foi construído via pública, logradouro público ou edificado, não será mais possível a desocupação.

Nessa hipótese, apenas resta ao Administrado a judicialização de sua pretensão, por intermédio da ação de desapropriação indireta ou ordinária de indenização em face do Poder Público esbulhador.

É pacífico nos julgados do Superior Tribunal de Justiça os preceitos atinentes à desapropriação indireta, como repousa a decisão no Recurso Especial nº 875256/GO, *verbis*

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL.
PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO
INDIRETA. JUSTA INDENIZAÇÃO. DECISÃO
ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS.
ART. 27, § 1º, DO CPC.

1. O valor da indenização pleiteado pelo autor da Ação de Indenização por Desapropriação Indireta é meramente estimativo, posto preponderar o cânones constitucional da justa indenização.
2. Consecutariamente, não incorre julgamento ultra *petita* nas hipóteses em que a decisão acolhe o laudo pericial imparcial e fixa a indenização em patamar superior ao formulado pelo autor na inicial.
3. O direito de propriedade é garantia constitucional, cuja relativização condiciona-se ao prévio pagamento de indenização pelo Poder Público, por meio da ação desapropriatória, nos termos do art. 5º, inciso XXIV, da Carta Magna.
4. A ação de desapropriação tem como escopo imediato a fixação da justa indenização em face da incorporação do bem expropriado ao domínio público.
5. Conseqüentemente, a prova pericial é da substância do procedimento.
6. É que a oferta e a contraproposta não vinculam o juízo, razão por que, visando à fixação oficial, é lícito a qualquer

das partes recorrer para esse fim, independentemente dos valores que indicaram em suas peças processuais.

7. A ação de indenização por desapropriação indireta, por sua vez, caracteriza-se pela inversão do autor da demanda, porquanto o Poder Público transfere o ônus da desapropriação usual ao particular. É que, consoante a abalizada doutrina do tema, a desapropriação indireta consiste no “desapossamento ou apossamento administrativo, pelo simples fato de que o Poder Público, inexistindo acordo ou processo judicial adequado, se apossa do bem particular, sem consentimento de seu proprietário. Transfere, pois, a este último os ônus da desapropriação, obrigando-o a ir a juízo para reclamar a indenização a que faz jus. Inverte-se, portanto, as posições: o expropriante, que deveria ser autor da ação expropriatória, passa a ser réu da ação indenizatória; o expropriado, que deveria ser réu da expropriatória, passa a ser autor da indenizatória”. (José Carlos de Moraes Salles. A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência, Revista dos Tribunais, 5.^a ed., p. 846).

8. O expropriado não pode ter agravado o seu ônus em não receber a justa indenização pelo simples fato de ter indicado valor aleatório à demanda.

9. O conceito de justa indenização, na desapropriação, aplica-se para ambas as partes do processo, porquanto não se revela justo ao expropriado receber valor inferior ao que lhe é devido, tampouco ao Estado pagar mais do que o valor de mercado.

10. Deveras, esta e. Corte, em atendimento ao princípio da justa indenização, firmou entendimento no sentido de não ocorrer julgamento extra *petita* quando a indenização é fixada em valor inferior ao ofertado pelo Poder Público, por isso que “*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*”. Precedentes: (REsp 867.010/BA, DJ 03.04.2008; Resp. 886258/DF, DJ. 02.04.2007; Resp. 780542/MT, 28.08.2006).

11. A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe pelo que deve ser observado o art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n.º 3.365/41, com a modificação introduzida pela MP n.º 1.577/97, observando-se o limite

máximo de 5% (cinco por cento).

12. A sentença proferida em 05.12.2001 (fl. 176), ou seja, após a edição da MP n.º 1.577/97, que introduziu o limite de 5% (cinco por cento) para fixação da verba honorária, submete-se a esse regramento, por isso que se impõe o provimento parcial do recurso, haja vista que a sucumbência decorreu do ato prolatado sob a égide da Lei nova.

13. Recurso especial parcialmente provido, tão-somente para fixar os honorários advocatícios nos termos acima delineados.

Como acima exposto, o referido procedimento judicial da demanda de desapropriação indireta será regido pelo rito ordinário, a diferença básica consiste na posição das partes no processo, pois neste caso de ação é o expropriado que figura como autor, enquanto que o Estado compõe o pólo passivo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intervenção supressiva do Estado na propriedade privada advém de uma gama principiológica, baseada numa concepção mais axiológica que se traduz em um complexo de atos e fatos jurídicos de natureza não apenas administrativista, mas também, econômica, social e política.

O manejo desse poderoso instituto dos Direitos Constitucional e Administrativo deve obedecer estritamente aos ditames legais, já que através dessa possibilidade o Poder Público visa materializar políticas públicas a fim de atender ao interesse público.

O procedimento desapropriatório encontra repouso no Direito Administrativo, entretanto a sua natureza, seus limites e seus efeitos encontram-se insertos no âmbito da Carta Cidadã, a

qual determina a sua natureza, seus limites e seus efeitos.

Se os ditames constitucionais não contemplassem uma ideologia política atinente à propriedade e à exigência de sua função social, seria decerto impertinente conceber qualquer processualística administrativa ou judicial desapropriatória.

A supressão coercitiva do direito de propriedade pelo Estado, sem a necessidade da aquiescência do titular do bem, não se assenta, contudo, em casuística de força autoritária da Administração Pública e sim, na obediência à legislação vigente.

Ainda, permite que se não for dada a destinação que apoiou o ato declaratório, o Poder Público, desde que haja interesse público, destinar o bem a outra finalidade.

E, também se observa que o poder do Administração Pública encontra limites, visto que para que configure a desapropriação em sua acepção legal, o Poder Público deve seguir todos os ritos processualísticos determinados em lei, podendo o administrado socorrer-se da ação de desapropriação indireta.

Derradeiramente, destaca-se que não se objetivou, de forma alguma, esgotar a matéria, mas sim demonstrar, com certa profundidade, os aspectos atinentes à intervenção do Estado na propriedade, com destaque e se socorrendo da doutrina e jurisprudência, demonstra com certo relevo a desapropriação frente os preceitos que norteiam os Direitos Constitucional e Administrativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 25**, de 30 de novembro de 1937. **Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional**.

_____. **Decreto-Lei nº 3.365**, de 1941, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.

_____. **Lei nº 4.132**, de 10 de setembro de 1962. **Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação**.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**.

_____. **Supremo Tribunal Federal**.

CARVALHO, Raquel Melo Urano. **Curso de Direito Administrativo**. 2^a ed., revista, ampliada e atualizada. Salvador:Editora JusPodivm, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23^a ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PRIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 22^a Ed. Ver. e atualizada. 4^º vol. São Paulo: Saraiva, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16^a ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7^a ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: Doutrina e Prática**. 6^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24^a Ed. revista, atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SALES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação: À Luz da doutrina e da jurisprudência**. 5^a Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ESTUDO SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE ATENDIMENTO ÀS REQUISIÇÕES PARA ENTREGA DE CÓPIA DOS PRONTUÁRIOS MÉDICOS DE PACIENTES ATENDIDOS NA REDE PÚBLICA ESTADUAL

Janete Melo d'Albuquerque Lima¹

RESUMO: Objetiva este artigo falar sobre a obrigatoriedade de atendimento às requisições para entrega de cópia dos prontuários médicos, de pacientes atendidos na rede pública de saúde. Este assunto foi trazido ao conhecimento da Procuradoria-Geral do Estado no ano de 2011, quando foi a Instituição instada pela Secretaria de Saúde a emitir posicionamento quanto à obrigatoriedade de atendimento às requisições do Ministério Público estadual relativas aos prontuários de pacientes atendidos na rede pública de saúde, restando sedimentado o posicionamento da PGE com base no estudo realizado por esta Procuradora, no sentido de que não há como atender às requisições oriundas das Promotorias de Justiça, das delegacias de Polícia Civil e de outros órgãos públicos (Conselhos, Comissões Disciplinares etc.), devendo ser atendida a requisição de prontuário quando requerida por Juiz (Poder Judiciário). Todavia, este tema ainda vem sendo objeto de questionamentos e pleitos perante a Administração Pública estadual, revelando-se atual e relevante para orientação de gestores e operadores do Direito, especialmente porque diz respeito a direitos consagrados na Constituição, como será a seguir exposto.

¹ Procuradora do Estado do Acre, Chefe da Procuradoria Administrativa da PGE/AC. Formada em Direito pela Universidade Federal do Acre; Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes em parceria com o Instituto de Estudos Superiores da Amazônia – IES Amazônia; Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE; Cursando o MBA em Governança Pública e Gestão Administrativa pelo Instituto INFOCO - Pólis Civitas.

Palavras-chave: Prontuário médico. Requisições. Órgãos públicos. Direito à intimidade. Sigilo. Desobediência.

1. INTRODUÇÃO

No mister de sua atividade fim, qual seja, a prestação de serviço de atendimento à saúde, os órgãos públicos que prestam essa atividades são instados pelo Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia Civil e outros órgãos da Administração Pública, a apresentar prontuários médicos de pacientes que foram atendidos em diversas unidades de saúde.

Assim, sendo a Procuradoria Geral do Estado o órgão de consultoria e assessoramento da Administração estadual, em mais de uma vez foi requisitada para solucionar controvérsia acerca da obrigatoriedade de atender tais requisições, cabendo, portanto, à PGE orientar os gestores públicos quando da requisição destes documentos pelos Ministérios Públicos (federal, estadual e do trabalho), bem como do Poder Judiciário, de delegacias de polícia e de outros órgãos públicos.

2. DIREITO À INTIMIDADE

É sabido de todos que a intimidade é inerente à pessoa e à personalidade, portanto as informações constantes do prontuário médico possuem amparo constitucional, pois ligadas à preservação da intimidade do paciente. E nesse sentido, todos os documentos que integram o prontuário médico tem como cerne a proteção da esfera íntima do paciente, sendo, portanto, o sigilo do paciente que está em questão. O médico, como citado, **tem dever apenas de resguardá-lo**, repousando aqui a questão do segredo médico. Ou seja, não há como invocar o segredo médico para sustentar o direito à intimidade.

O artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso X, garante aos indivíduos a tutela da intimidade, garantia esta que assegura que o cidadão não terá a sua intimidade exposta por qualquer motivo:

Art. 5º. (...)

(...)

*X – são invioláveis a **intimidade**, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

3. DO PRONTUÁRIO MÉDICO

O Conselho Federal de Medicina define o prontuário médico como documento constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, **sigiloso** e científico, que possibilita a comunicação entre os membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo, contendo a discriminação de todos os procedimentos aos quais o paciente foi submetido e a identificação dos profissionais que os realizaram, naquela instituição de saúde.

É importante salientar que o prontuário pertence ao paciente, portanto é um direito do paciente ter acesso, a qualquer momento, ao seu prontuário, podendo, inclusive, solicitar cópia do mesmo. Inobstante, a responsabilidade pela sua guarda é do médico e da unidade de saúde.

4. DO SEGREDO MÉDICO

Cabe aqui, também, destacar a questão do segredo médico. Este compreende confidências relatadas ao profissional,

bem como as percebidas no decorrer do tratamento. Desta forma, o segredo médico é penalmente (artigo 154 do Código Penal) e eticamente protegido (artigo 73 e seguintes do Código de Ética Médica), na medida em que a intimidade do paciente deve ser preservada.

Veja-se o que dispõe o art. 154 do Código Penal:

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

O dano, em seu sentido genérico, significa todo mal ou ofensa que uma pessoa cause a outra, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio, indicando destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia, podendo ser de ordem econômica ou moral, pública ou particular, individual ou familiar.

De sua parte, o Código de Ética Médica traz um capítulo que trata exclusivamente sobre a questão do sigilo profissional, conforme colacionado abaixo:

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Ou seja, o sigilo aqui tratado, no entanto, não é absoluto, podendo o médico revelá-lo se houver autorização expressa do paciente, ou por dever legal (por exemplo, casos de doenças infectocontagiosas de notificação compulsória), e, ainda, se houver justa causa, que se configura quando o segredo põe em risco outras pessoas com as quais o paciente conviva.

Entende-se por dever legal aquele que deriva não da vontade de quem o confia a outrem, mas de condição profissional, em virtude da qual ele é confiado e na natureza dos deveres que, no interesse geral, são impostos aos profissionais, configurado quando compulsoriamente o segredo médico tem de ser revelado por força de disposição legal expressa que assim determine, como por exemplo, atestado de óbito, notificação compulsória de doenças etc.

A justa causa, de outra banda, segundo a doutrina:

Funda-se na existência de estado de necessidade: é a colisão de dois interesses, devendo um ser sacrificado em benefício do outro; no caso, a inviolabilidade dos segredos deve ceder a outro bem interesse. Há, pois, objetividades jurídicas que a ela preferem, donde não ser absoluto o dever do silêncio ou sigilo profissional (NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, 17a ed., v. 2, 1981, p. 209).

Importa mencionar que o instituto da justa causa não pode obrigar o médico a revelar fato resguardado pelo sigilo profissional, a não ser que exista lei que o obrigue - Parecer CFM nº 24/90: “(...) o médico somente poderá revelar o segredo médico se o caso estiver contido nas hipóteses de ‘justa causa’, determinadas exclusivamente pela legislação e não pela autoridade (...”).

Assim, ocorrendo hipóteses de “justa causa” (circunstâncias que afastam a ilicitude do ato), “dever legal”

(dever previsto em lei, decreto, etc.) ou autorização expressa do paciente, o profissional estará **liberado do segredo médico.**

No decorrer deste estudo, todavia, não será abordado pedido de apresentação do documento de acompanhamento do paciente ao médico que o atendeu, mas sim de requisição de apresentação formulada por autoridade pública às unidades de saúde que detém tal documento.

5. DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E SUAS NORMAS

O Conselho Federal de Medicina foi criado pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, sendo:

Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente.

Por sua vez, o ESTATUTO PARA OS CONSELHOS DE MEDICINA, no tópico relativo à conceituação, campo de atuação e natureza jurídica assim dispõe:

Art. 1º - O Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores, normatizadores, disciplinadores, fiscalizadores e julgadores da atividade profissional médica em todo o território nacional.

Parágrafo único - Cabe aos Conselhos de Medicina zelar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina, por adequadas condições de trabalho, pela valorização do profissional médico e pelo bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente e de acordo com os preceitos do Código de Ética Médica vigente.

Art. 2º - A atuação dos Conselhos de Medicina abrange o trabalho individual e institucional público e privado, inclusive toda a hierarquia médica da instituição que preste, direta ou indiretamente, assistência à saúde.

A RESOLUÇÃO CFM nº 1.753/2004, que aprova o Regimento Interno do Conselho Federal de Medicina e o Regulamento de Administração Financeira e Contábil dos Conselhos de Medicina, elenca as competências do CFM, dando-se destaque:

Art. 10. Ao Conselho Federal de Medicina compete:

(...)
XX- expedir resoluções normatizadoras ou fiscalizadoras do exercício profissional dos médicos e pessoas jurídicas cuja atividade básica seja a Medicina;

Desta forma, a sua atuação não alcança o poder de expedir normas que deverão, obrigatoriamente, ser seguidas pelo poder público, uma vez que destituído de legalidade e de autoridade suficientes para obrigar a Administração, podendo ser utilizados ou não, mas não com poder normatizador, a discernimento da Administração.

O CFM é contrário a ceder integralmente o prontuário de um paciente, por exemplo, a delegado que faça essa solicitação. A Resolução CFM nº 1.605/00 recomenda, em seu art. 4º, que se na instrução de processo criminal for requisitada, por autoridade judiciária competente, a apresentação do conteúdo do prontuário ou da ficha médica, o médico disponibilizará os documentos ao perito nomeado pelo juiz, para que neles seja realizada perícia restrita aos fatos em questionamento:

Art. 2º - Nos casos do art. 269 do Código Penal, onde a comunicação de doença é compulsória, o dever do médico restringe-se exclusivamente a comunicar tal fato à autoridade competente, sendo proibida a remessa do prontuário médico do paciente.

(...)

Art. 4º - Se na instrução de processo criminal for requisitada, por autoridade judiciária competente, a apresentação do conteúdo do prontuário ou da ficha médica, o médico disponibilizará os documentos ao perito nomeado pelo juiz, para que neles seja realizada perícia restrita aos fatos em questionamento.

Assim, não há obrigatoriedade de que a administração pública se submeta às decisões do Conselho Federal de Medicina, cuja pretensão de legislar ultrapassa a esfera de competência da autarquia especial, uma vez que a Constituição Federal não deixa abertura para que entidade desvinculada da administração imponha normas a serem seguidas.

De outra banda, embora não tenha poder normatizador sobre a administração pública, prudente que a autoridade administrativa, seja a gestora da unidade de saúde, seja a titular da Secretaria, ao ser requisitada a fornecer a cópia do documento do paciente a qualquer autoridade requisitante, analise a origem de tal pedido, se decorrente de determinação judicial ou apenas oriunda da necessidade de instrução de processo ou produção de provas, porquanto não há disposição legal que respalde ordens desta natureza, lembrando que, conforme jurisprudência do STJ, *a simples entrega de prontuário médico sem autorização do paciente é fato que, por si só, gera dano moral (AG 1.064.345).*”

6. LIBERAÇÃO DE PRONTUÁRIO AOS HERDEIROS; ORDEM SUCESSÓRIA DE ENTREGA, PRIMEIRO CÔNJUGE, PAIS, FILHOS OU QUALQUER UM QUE VENHA SOLICITAR INDEPENDENTE DE ORDEM SUCESSÓRIA.

Consoante dispõe o Código Civil, em seu art. 1.845, *são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.*

Herdeiro é a pessoa a quem a lei atribui a capacidade de suceder a pessoa que falece, comumente denominado de cuius, nos seus direitos e obrigações. Vejamos a Lei Civil sobre o tema:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

No caso de não ter ocorrido óbito, e o paciente esteja apenas doente, não há que se falar, logicamente, em herdeiro, mas sim em representante legal, que é aquele que atua em nome de outrem, ou seja, adquire direitos por intermédio de outra pessoa.

Necessário, todavia, observar a lei civil no que tange à figura do representante legal e respectivo instrumento de representação (procuração):

Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.

Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

(...)

Art. 118. O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.

Art. 120. Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código.

(...)

Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

Art. 654. Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

§ 1º O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos.

§ 2º O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida.

Art. 655. Ainda quando se outorgue mandato por instrumento público, pode substabelecer-se mediante instrumento particular.

Art. 656. O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito.

Art. 657. A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito.

(...)

Art. 660. O mandato pode ser especial a um ou mais negócios determinadamente, ou geral a todos os do mandante.

Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração. (...)

Assim, correto o procedimento de liberação do prontuário médico aos herdeiros, podendo, da mesma forma ser liberado a quem detenha procuração por estes repassadas para obtenção do referido documento, observando-se, quanto a esta (procuração), o que prescreve a lei civil sobre o assunto.

Quanto à ordem de entrega (cônjugue, pais, filhos) do prontuário médico, deve-se observar a lei civil, lembrando que, de

acordo com o art. 1.570 *se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens.*

7. DAS REQUISIÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO, MINISTÉRIO PÚBLICO, POLÍCIA CIVIL E OUTRAS

Comumente, os órgãos que fiscalizam a atuação dos profissionais da medicina vêm se deparando com requisições oriundas do Poder Judiciário, do Ministério Público e de Delegados de Polícia, nas quais pretendem referidas autoridades ter acesso ao prontuário de pacientes atendidos na rede pública de saúde. Várias são as manifestações dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina sobre o tema, transcrevendo-se uma a título de ilustração:

CONSULTA N.º 1754 / 09

CONSELHEIRO: Newton J. M. Mota

ASSUNTO: SOLICITAÇÃO DE PRONTUÁRIOS POR AUTORIDADES

O Superintendente desse estabelecimento de assistência médica informa que é de seu conhecimento que o prontuário somente pode ser entregue ao paciente ou através de ordem judicial, mas solicita parecer desta casa sobre procedimentos que devam ser adotados haja vista o excesso de solicitações de prontuários por parte do Ministério Público, Delegados de Polícia e Conselheiros Tutelares.

RESPOSTA.

O Prontuário do paciente é o conjunto de documentos padronizados e ordenados, onde devem, obrigatoriamente, ser registrados todos os cuidados profissionais prestados ao paciente e que atesta o atendimento médico a uma

pessoa numa instituição de assistência médica ou num consultório médico. É também o documento repositório do (grifo nosso) segredo médico do paciente e por esta razão lhe pertence (Nelson Grisard, Manual de Orientação Ética e Disciplinar, 4^a edição, página 79).

A Resolução CFM 1638/2002 estabelece em seu artigo 1º: “Definir prontuário Médico como documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso (grifo nosso) e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo”.

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 5º: item X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas;

O Código Penal determina, em seu artigo 154: Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tenha ciência, em razão de função, ministério, ofício ou profissão e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Pena: detenção de 3 meses a 1 ano ou multa.

O Código de Ética Médica vigente estabelece com muita clareza a obrigatoriedade de manutenção do sigilo, determinando que é vedado ao médico:

Artigo 102 - Revelar o fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.

Parágrafo único - Permanece essa proibição:

- a) Mesmo que o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido.
- b) Quando do depoimento como testemunha. Nesta hipótese o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento.

Artigo 103 - Revelar segredo profissional referente a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou responsáveis legais, desde que o menor tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente.

Artigo 104 - Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em

anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos em programas de rádio, televisão ou cinema, e em artigos, entrevistas ou reportagens em jornais, revistas ou outras publicações legais.

Artigo 105 - Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Artigo 106 - Prestar a empresas seguradoras qualquer informação sobre as circunstâncias da morte de paciente seu, além daquelas contidas no próprio atestado de óbito, salvo por expressa autorização do responsável legal ou sucessor.

Artigo 107 - Deixar de orientar seus auxiliares e de zelar para que respeitem o segredo profissional a que estão obrigados por lei.

Artigo 108 - Facilitar manuseio e conhecimento dos prontuários, papeletas e demais folhas de observações médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas não obrigadas ao mesmo compromisso.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso Extraordinário nº 91.218, em 10/11/1981, sendo relator o Ministro Djaci Falcão, considerou correta a posição de hospital paulista, quando esse negou a entrega do prontuário a autoridade judiciária e considerando como atitude correta o acesso ao mesmo (prontuário) por médico perito nomeado pelo magistrado. É cristalina Jurisprudência sobre o assunto apresentado pelo Superintendente do Hospital.

Podemos afirmar, sem qualquer conflito com o ordenamento jurídico, que cópias dos prontuários somente devam ser entregues aos pacientes ou seus responsáveis legais.

Quando ocorrer determinação judicial, recomendamos que seja solicitada ao magistrado a nomeação de perito médico para o manuseio do prontuário, invocando a jurisprudência gerada pela citada decisão do STF. Na eventualidade do magistrado não acatar tal pedido, evidentemente deverá ser respeitada a ordem judicial.

Quanto às demais autoridades citadas, não devem receber cópias de prontuários em qualquer situação,

pois não possuem tal prerrogativa e, na sua insistência, recomendamos que seja comunicado às competentes Corregedorias.

É oportuno salientar que este entendimento foi firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *habeas corpus* nº 39.308 de São Paulo, cuja ementa é a seguinte:

Segredo profissional. Constitui constrangimento ilegal a exigência da revelação do sigilo e participação de anotações constantes das clínicas e hospitalais.” Conseqüentemente, a requisição judicial, por si só, não é “justa causa”. Entretanto, a solução para que as autoridades obtenham informações necessárias é que o juiz nomeie um perito médico, a fim de que o mesmo manuseie os documentos e elabore laudo conclusivo sobre o assunto. Ou então, solicitar ao paciente a autorização para fornecer o laudo médico referente a seu estado.

Neste passo, em se tratando de requisições oriundas de autoridades policiais, ministeriais e administrativas, se referindo a prontuário médico de pacientes, que estiveram hospitalizados, estas, em sua maioria, de acordo com os órgãos requisitantes, tem por finalidade instruir inquéritos ou processos.

Partindo do entendimento de que o prontuário médico deve ser entregue quando: a) o próprio paciente ou seu representante legalmente constituído o solicita, seja para fazer prova judicial, ou administrativa, quanto ao seu estado de saúde atual ou progresso, inclusive para mover ações contra médicos ou instituições; b) ou quando solicitado pelos herdeiros, em caso de falecimento, para os mesmos fins assinalados na letra anterior, não vejo como serem atendidas as requisições oriundas das delegacias de Polícia Civil e de outros órgãos públicos (Conselhos, Comissões Disciplinares etc.).

Quanto às requisições oriundas do Ministério Público, a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe em seu art. 26:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) (...)

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

(...)

§ 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

Todavia, a meu ver, o poder de requisitar documentos, conferido ao Ministério Público encontra obstáculo no segredo profissional, como é o caso do sigilo médico, instituído pelo Código de Ética Médica, com respaldo constitucional. Dessa feita, as requisições das Promotorias de Justiça, também, não devem ser atendidas, pois, nestes casos, há de ser resguardada a intimidade do paciente, devendo o órgão ministerial, caso entenda imprescindível tal documento, buscá-lo pela via judicial.

É bem verdade que o Ministério Público busca, smj, com tais requisições a satisfação do interesse público, a fim de que atos que, em tese, constituam infrações sejam devidamente investigados. Não obstante, vítimas de fatos ou atos violentos

podem ou devem submeter-se a perícia, por profissional devidamente habilitado, ao qual o fichário médico estará à disposição para que se realize o respectivo procedimento, ou seja, restrita à questão e não sobre a totalidade das informações constantes do conteúdo do prontuário, tendo em vista que a busca da verdade não pode colidir frontalmente com direitos individuais e personalíssimos, resguardados constitucionalmente.

Todavia, há de se ressaltar que o membro do Ministério Público, sempre que necessitar poderá colher a autorização direta e pessoalmente do próprio paciente para ter acesso ao seu prontuário. Ou, como já exaustivamente apontado, requerer ao Poder Judiciário a designação de perito judicial médico a quem competirá analisar o prontuário indicado e dele extrair todas as informações úteis e necessárias para o deslinde do caso concreto, de modo a preservar as demais informações sigilosas que nele possam estar inseridas.

Assim, entendo que a Lei Complementar nº 75/93, em seu artigo 8º, § 2º (citado pelo promotor de justiça) **não autoriza a requisição direta aos hospitais e/ou médicos dos prontuários e/ou fichas médicas dos pacientes.**

De outra parte, tratando-se de decisão do Poder Judiciário, que determine o fornecimento de prontuário médico, há entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “*O sigilo profissional não é absoluto, contém exceções, conforme depreende-se da leitura dos respectivos dispositivos do Código de Ética. A hipótese dos autos abrange as exceções, considerando que a requisição do prontuário médico foi feita pelo juízo, em atendimento à cota ministerial, visando apurar possível prática de crime contra a vida*” (RMS 11.453 – SP), o que me leva a entender que, neste caso específico, a autoridade requisitada deverá apresentar o documento ao Juízo.

Ressalto, porém, que mesmo partindo de autoridade judiciária, esta deverá trazer a motivação explícita que enseja o pedido, porquanto deverão ser sempre resguardadas todas as informações contidas no prontuário médico por força do sigilo médico que alcança, além do médico, todos os seus auxiliares e pessoas afins que, por dever de ofício, tenham acesso às informações confidenciais constantes do prontuário.

Saliento, por oportuno, que a negativa na apresentação dos documentos requisitados (prontuários médicos) não configura desobediência, na medida em que não há vontade de desobedecer, descumprir ou mesmo negar o atendimento ao requisitório, mas apenas a estrita observância dos imperativos legais e éticos que regem a profissão.

Sobre este tema específico, em julgado prolatado pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, publicado na RT 643/304, cujo acórdão foi relatado pelo juiz Walter Swensson, aquela Corte assim manifestou:

Existem restrições ao poder ou faculdade da autoridade judiciária de requisitar informações no que se refere a tratamento médico a que está submetida pessoa, seja no pertinente à espécie de enfermidade, seja quanto ao diagnóstico ou à terapia aplicada. O sigilo profissional a que está sujeito o médico só pode ser dispensado para fornecimento de informe ou elementos para instrução de processos-crime que visem à apuração de infrações criminais relacionadas com a prestação de socorro médico ou moléstia de comunicação compulsória. Assim, não caracteriza crime de desobediência a conduta do facultativo que deixa de atender a requisição judicial de informações sobre o estado de saúde de réu em processo-crime sob a violação de sigilo profissional, uma vez que não necessária a providência à instrução de processo-crime, podendo, ademais, as informações respectivas, devidamente atualizadas, ser obtidas através de inspeção médica na própria comarca ou em hospital da rede penitenciária, sendo irrelevante o fato de ter o interessado

anuído ao seu fornecimento se tal anuênciam não constava do ofício respectivo, lícito, portanto, à médica supô-la inexiste.

8. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA PELO NÃO ATENDIMENTO DE REQUISIÇÃO E SUA CARACTERIZAÇÃO

No que diz respeito à adoção das providências legais, em caso de negativa do atendimento das requisições que tenham por objeto a apresentação de prontuários médicos, a Constituição Federal garante a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça de direito, cabendo a qualquer cidadão, assim como ao Ministério Público, exercê-lo em plenitude na busca da tutela jurisdicional.

Desta forma, quanto à suposta configuração de crime de desobediência ou prática de ato de improbidade, trago com relação ao delito do art. 10 da Lei nº 7.347/85, os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho²:

Uma vez que o dispositivo qualifica, como penalmente típica, determinada conduta, não pode o intérprete ampliar os elementos do tipo nele fixados. Por ser rígida a tipicidade, devem ser respeitados estritamente os standards tracejados na norma penal. A norma diz ser crime a recusa, o retardamento e a omissão de dados técnicos, quando requisitados pelo Ministério Público. Sendo assim, é imperioso caracterizar o que são dados técnicos. É que, se o agente recusa, retarda ou omite dados que se não caracterizem como técnicos, não se configurará a tipicidade penal da conduta. Técnica é a parte material de uma arte ou ciência, ou, ainda, o conjunto de processos a elas pertinentes. Dados técnicos, por conseguinte, são aqueles ligados à arte ou à ciência. São, na verdade, os elementos que só podem ser coligidos por pessoas que detenham o conhecimento artístico ou científico em determinadas áreas. Exatamente por

² Ação Civil Pública, Comentários por artigo. 3^a edição, 2001, Ed. Lumen Júris, p. 311.

deterem esse específico tipo de conhecimento é que tais pessoas veiculam dados dotados de singular particularidade: a precisão. Desse modo, caracterizam-se como dados técnicos todos aqueles que resultem da atividade especializada de peritos nas diversas áreas do conhecimento artístico. Incluem-se aí os laudos relativos a perícias nas áreas de engenharia civil, sanitária e de meio ambiente; de história, sobretudo para a defesa do patrimônio público; de química industrial, necessária frequentemente em questões suscitadas na matéria de proteção a direitos da criança e do adolescente, e tantas outras adequadas à tutela dos inumeráveis interesses difusos e coletivos. Normalmente esses dados técnicos se encontram difusos entre diversos órgãos públicos e privados. O Ministério Público, principalmente quando preside o inquérito civil, tem necessidade de juntar tais dados no procedimento, até mesmo porque, como regra, é o próprio procedimento que vai instruir, de plano, a petição inicial da ação civil pública. Como é sabido, alguns fatos situados na causa de pedir da ação civil são de tal ordem que só podem ser demonstrados por prova estritamente técnica.

Portanto, considerando que as requisições em comento são informações particulares de indivíduos atendidos na rede estadual de saúde, não se encontram inseridos na definição de dados técnicos, não havendo como restar configurado o crime definido no artigo 10 da Lei nº 7.347/85, e, por consequência, descaracterizada está a conduta típica que supostamente seria imputada à autoridade que negasse tal documento.

Servimo-nos, ainda, das lições de José dos Santos Carvalho Filho³, sobre a indispensabilidade de tais dados:

A lei não se limita a exigir que sejam de natureza técnica os dados requisitados. Impõe ademais que os dados técnicos sejam indispensáveis à propositura da ação civil. A referência da lei, alinhada ao princípio da interpretação restritiva dos elementos do tipo, reclama o exame desse aspecto singular. Ou seja: afinal, que são dados indispensáveis ao ajuizamento da ação? (...) Assim, como no direito processual civil, constitui dever do autor

3 Obra citada, p. 312

instruir a inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação, como está no art. 283 do Código de Processo Civil, em relação ao crime previsto no art. 10 da Lei nº 7.347/85 só pode tipificar-se a conduta delituosa se o agente recusar, retardar ou omitir, diante da requisição do Ministério Público, os dados técnicos que se caracterizem como indispensáveis ao ajuizamento da ação civil. Somente se tais dados, ao contrário, forem absolutamente dispensáveis ao momento da propositura, podendo ser substituídos sem qualquer esforço para instruir a demanda, é que a conduta não se revestirá da ilicitude prevista no dispositivo.

Ou seja, para a configuração do crime previsto no art. 10 da Lei nº 7.347/85, há que se verificar a existência de elementos constitutivos do tipo penal, sem os quais não há que se falar em conduta delituosa.

O **elemento objetivo** do tipo se caracteriza pela recusa, por parte do agente, **no fornecimento dos dados técnicos** necessários ao ajuizamento da ação civil pública.

De outra banda, necessário, ainda, estar presente o **elemento subjetivo** do tipo penal, o **dolo**, ou seja, a vontade consciente e deliberada do agente em praticar a conduta antijurídica punida pela Lei nº 7.347/85.

Assim, deve restar sobejamente demonstrada a intenção do órgão administrativo requisitado a agir em contrariedade ao ordenamento legal, de forma determinada a atingir o resultado de se negar à entrega do documento requisitado.

E mais, para que a conduta delituosa se concretize é necessário, ainda, que, além de atuar de forma intencional, o agente deve agir contrariamente à norma legal. Portanto, o dever de agir **é essencial à configuração da conduta delituosa**, significando dizer que a figura delituosa em comento é um **crime**.

omissivo próprio, pois se descortina da conduta de alguém que se omite em apresentar os dados técnicos. Neste caso, serão sempre dolosos.

A este respeito:

DIREITO PENAL. INQUÉRITO. ART. 10 DA LEI
Nº 7347/85. RECUSA DE DADOS TÉCNICOS
INDISPENSÁVEIS PARA PROPOSITURA DE AÇÃO
CIVIL. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO.

1. A recusa de dados técnicos, que caracteriza o tipo penal do art. 10 da Lei 7347/85 deve ser aquela de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil. Ou seja, a pessoa que for sonegar os dados deve ser a detentora destes dados técnicos, sem os quais resta inviabilizada a propositura da ação civil. Assim, se o agente recusa, retarda ou omite dados “que se não caracterizem como técnicos”, não se configurará a tipicidade penal da conduta.
2. Neste caso dos autos, as informações solicitadas aos Prefeitos não podem ser consideradas dados técnicos. E, sabe-se, em se tratando de direito penal, não se permite a interpretação extensiva e elástica dos tipos penais, sob pena de violação do princípio da reserva legal, considerado verdadeiro axioma em nosso Direito Penal.
3. Arquivamento deferido. (Inquérito n. 2009.008399-1, da Capital, Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas)

INQUÉRITO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA PREFEITO MUNICIPAL. PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 10 DA LEI N. 7.347/85. RECUSA, RETARDAMENTO E OMISSÃO NO ENVIO DE DADOS TÉCNICOS REQUISITADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO TIPO. DOCUMENTOS SOLICITADOS QUE NÃO SE ENQUADRAM NO CONCEITO DE DADOS TÉCNICOS. INEXISTÊNCIA DE MENÇÃO EXPRESSA SOBRE A INDISPENSABILIDADE DOS ESCLARECIMENTOS PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DOLO ESPECÍFICO NÃO CARACTERIZADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA QUE SE IMPÕE.

EXEGESE DO ART. 397, III, DO CPP.

O crime previsto no artigo 10 da Lei n. 7.347/85 caracteriza-se com a ciência do acusado acerca da indispensabilidade para a propositura de Ação Civil Pública de dados técnicos requisitados pelo Ministério Público Federal. Se não consta da requisição a informação de que os documentos são imprescindíveis ao ajuizamento da ACP, bem como de que o descumprimento da solicitação configura um ilícito penal, o não atendimento é conduta atípica, em face da ausência de dolo" (TRF 4^a R., RecCrSE 2004.70.01.011582-8, PR, rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, j. 03/09/08).

No que diz respeito ao ato ímparo, que pode, em tese, ser atribuído àquele que não atende à requisição do Ministério Público, temos que o art. 11 da Lei nº 8.429/92 cuida dos atos ímparos que atentam contra os princípios norteadores da Administração Pública:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente.

Assim, na dicção legal, a conduta descrita no **caput** do artigo 11 da Lei nº 8.429/92 se materializa quando o agente, investido da função pública, pratica ação que viola os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade à instituição de que faz parte.

Nestes casos, as sanções previstas são o ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de três a oito 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.

Waldo Fazzio Junior, discorrendo sobre o ato de improbidade decorrente da violação aos princípios administrativos, assim se posiciona:⁴ *“Improbidade que atenta contra os princípios administrativos é a ilegalidade qualificada pela adjunção da imoralidade, sem proveito patrimonial do agente público e sem lesividade ao Poder Público”.*

Analisemos, assim, o significado da conduta que poderá ser imputada à autoridade requisitada: Retardar significa atrasar ou procrastinar; e deixar de praticar é omitir-se na prática de determinado ato.

Para configuração da improbidade, imprescindível que se encontrem os atos praticados pelo sujeito ativo abrangidos pela figura da forma **indevida**, ou seja, somente estará caracterizado o ato ímprebo se este ocorrer **indevidamente**. Além disso, este **ato deve ser ato de ofício**, aquele que deve ser praticado por constituir dever funcional.

Assim, considerando que a negativa do atendimento encontra-se fulcrada na Constituição Federal, a autoridade requisitada não age violando ato de ofício ao deixar de atender à requisição, ao contrário, está cumprindo o dever de seu cargo, conforme estabelecem normas legais que regem a matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, considerando que ao paciente será sempre não apenas lícito como também obrigatório fornecer todas as informações e cópias de prontuário por ele próprio requisitadas, e tendo em vista que não há lei autorizadora da entrega do prontuário à autoridade ministerial, policial e administrativa,

⁴ Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos. São Paulo: Atlas Jurídico, 2000. p.177

não há como atender às requisições oriundas das Promotorias de Justiça, das delegacias de Polícia Civil e de outros órgãos públicos (Conselhos, Comissões Disciplinares etc.), devendo ser atendida a requisição de prontuário quando requerida por Juiz (Poder Judiciário).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*. São Paulo: Editora Atlas Jurídico, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública, Comentários por artigo*. Ed. Lumen Júris, 2001.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. Editora Malheiros, 2006.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Palácio do Planalto. www.planalto.gov.br

STF – Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br

STJ – Superior Tribunal de Justiça. www.stj.jus.br

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE
INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE
EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: UM ESTUDO A PARTIR DA
RECLAMAÇÃO nº 4335/AC**

Marcos Paulo Pereira Gomes¹

RESUMO: Como se sabe, o controle difuso pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, em regra esse controle é feito para afastar algum dispositivo legal para que, assim, possa ser aplicado o direito ao caso concreto. Os doutrinadores e a jurisprudência dos tribunais superiores já entendem que nesse caso a declaração incidental é a causa de pedir, ou seja, não há trânsito em julgado. Desta forma o efeito desta decisão é apenas entre as partes. Contudo, há uma exceção, uma declaração de inconstitucionalidade em controle difuso poderá ter efeitos erga omnes, desde que o Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, edite resolução suspendendo, total ou parcialmente, lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF. Toda essa discussão iniciou quando a Defensoria Pública do Estado do Acre entrou com Reclamação Constitucional perante o STF. Destarte, estabelecidos parâmetros para esta possibilidade, tem-se a oportunidade de resolver grandes problemas que assolam o judiciário brasileiro, como a demora nos processos e a dificuldade na uniformização da jurisprudência.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Controle Difuso; Efeito contra todos; Abstrativização do Controle Difuso.

¹ Graduado Direito pela Faculdade da Amazônia Ocidental – FAAO. Especialista em Direito Constitucional e Docência no Ensino Superior pela FAAO. Professor de Direito Constitucional e Direito Penal na Faculdade da Amazônia Ocidental - FAAO

1. INTRODUÇÃO

A complexidade do Estado brasileiro demanda essas premissas aqui postas para, dogmaticamente, chegar ao fim colimado com o delineamento deste trabalho. Neste trabalho, tem-se a pretensão de esclarecer uma das mais acesas problemáticas normativo-jurídicas do debate constitucional moderno. Evidenciando os posicionamentos acerca do tema e explicando as razões que levaram os juristas e se manifestarem em tal sentido.

O tema coloca em rota de colisão a força normativa do império da lei, defronte ao poder judicante do magistrado, com capacidade de retirá-la do mundo jurídico desde que afronte normas supostas a ela no plano positivo-jurídico. A maior “área nebulosa”, por assim dizer, é no que concerne ao poder dos ministros de, em controle difuso, especialmente nos julgamentos de Habeas Corpus e Recursos Extraordinários aplicarem a chamada eficácia *erga omnes* às suas decisões, também chamada de abstrativização ou objetivação do controle de constitucionalidade. As lições propedêuticas aqui postas são essenciais ao entendimento do tema.

Tem-se como objetivo principal analisar de forma aprofundada o Controle de Constitucionalidade, especificamente o Controle Difuso e Incidental de Constitucionalidade. Como se sabe o controle difuso pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, em regra esse controle é feito para afastar algum dispositivo legal para que, assim, possa ser aplicado o direito ao caso concreto. Os doutrinadores e a jurisprudência dos tribunais superiores já entendem que nesse caso a declaração incidental é a causa de pedir, ou seja, não há trânsito em julgado. Desta forma o efeito desta decisão é apenas entre as partes. Contudo, há uma exceção, uma declaração de inconstitucionalidade em controle difuso poderá ter efeitos *erga omnes*, desde que o Senado Federal,

nos termos do art. 52, X, da CF, edite resolução suspendendo, total ou parcialmente, lei ou ato normativo declarado constitucional por decisão definitiva do STF.

A decisão senatorial tem efeitos *ex nunc*. Contudo, entendem alguns doutrinadores que houve mutação constitucional no referido artigo constitucional e que a declaração, mesmo em controle difuso, exercido pelo Supremo Tribunal Federal teria efeitos *erga omnes*. Toda essa discussão iniciou quando a Defensoria Pública do Estado do Acre entrou com Reclamação Constitucional nº 4335 perante o STF. Destarte, tem-se a oportunidade de estabelecer parâmetros para aplicação da teoria discutida, tendo em vista a demora nos processos e a dificuldade na uniformização da jurisprudência nos tribunais superiores.

Vê-se, pois, que a extensão da eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade, proferida incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto ou difuso de constitucionalidade, depende de um ato complementar que, segundo a redação do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, consiste na edição de resolução do Senado Federal determinando a suspensão da aplicação da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do referido Tribunal.

Contrapondo-se a essa índole eminentemente subjetiva do controle concreto ou difuso de constitucionalidade, uma moderna corrente doutrinária e jurisprudencial defende que se deve conferir um caráter objetivo ou abstrato na resolução das questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que tal resolução se opere incidentalmente no bojo de um processo subjetivo.

No primeiro capítulo faz-se a análise do constitucionalismo e dos princípios materialmente estruturantes,

como forma de explicar o sistema constitucional adotado no Brasil. Já no segundo capítulo, explica-se de forma detalhada as diversas formas sobre o controle de constitucionalidade, principalmente quanto ao controle incidental e difuso de constitucionalidade, ponto central do tema aqui discutido. No terceiro capítulo busca-se compreender uma das maiores discussões constitucionais positivas já travadas pelo Supremo Tribunal Federal a partir da supracitada reclamação constitucional oriunda do estado do Acre, trata-se de discussão de suma importância, não só pela repercussão gerada, mas como forma de buscar soluções para a aplicação da teoria trata, ou, em caso negativo, apresentar soluções igualmente eficazes para a diminuição da grande quantidade de processos nos tribunais superiores.

2. CONSTITUCIONALISMO

Antes de se iniciar qualquer matéria referente ao Direito Constitucional, deve-se, em primeiro lugar, entender o que é uma Constituição. No mundo atual, especialmente com as modificações na Teoria do Direito promovidas pelo neoconstitucionalismo, o conceito de Constituição não é uno, havendo vários sentidos – que ao fim se convergem – para classificar esse instrumento jurídico.

É possível vislumbrar um critério político, em que, nesta concepção, a Constituição se trata de uma decisão política do titular do poder constituinte. Vale dizer, as características materialmente estruturantes do Estado devem constar na Carta Magna, instrumentalizando e fundamentando as decisões políticas e jurídicas. Desta forma, José Afonso da Silva, leciona: “leis constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas não contêm matéria de decisão política fundamental” (SILVA, 2014, p. 62).

Fazendo um apanhado dessas noções, pode-se trazer a ideia de que a Constituição é um documento com fundamento de validade em uma norma hipotética fundamental (plano lógico-jurídico) que caracteriza um estado social e politicamente organizado, trazendo pressupostos de limitação do poder e direitos fundamentais.

Sob a perspectiva apresentada nos diversos conceitos de Constituição trazidos pelo mundo doutrinário, é importante frisar que em todos existe a ideia de que se trata de um instrumento com a finalidade de servir a um Estado, por conta disso, fica evidente o caráter instrumental da Carta Magna.

Com a superveniência da fase contemporânea do constitucionalismo, identificado por vezes como o período pós segunda guerra mundial, floresceu o chamado “totalitarismo constitucional”, de tal sorte que as Constituições deste modelo “moderno” se apresentam de forma programática, na busca de um estado ideal de organização social.

Sintetizando, especificamente ao controle de constitucionalidade, diz-se que Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico, que institucionaliza as organizações políticas e sociais, de modo a regulamentar as premissas básicas da limitação do governo, separação de poderes e direitos fundamentais, dotada de supremacia capaz de repelir qualquer afronta a seu poder. (LENZA, 2013)

2.1 DOS PRINCÍPIOS MATERIALMENTE ESTRUTURANTES

O artigo 1º da CF/88 já preleciona que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

Democrático de Direito. Logo no parágrafo único deste mesmo artigo encontra-se os seguintes dizeres “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

No texto do primeiro artigo da Carta Magna é possível encontrar os princípios materialmente estruturantes do país, quais sejam: o princípio republicano, federativo e o estado democrático de direito. Tais elementos constitutivos do Estado são cláusulas pétreas e não podem ser derrogadas nem mesmo por Emenda Constitucional, sendo vedada até mesmo a deliberação e discussão que tenda abolir referidos tópicos essenciais.

Intitulam-se “materialmente estruturantes” porque ditam a forma de ser de um Estado, trazem o esboço mais elementar de como ocorre o processo de formulação e organização dos poderes do país, não sendo qualquer exagero proclamar que são, notadamente, os preceitos fundamentais da dinâmica política estatal. A posição que ocupam no texto Constitucional já denota a importância que possuem, uma vez que, ao se iniciar a leitura do texto da Lei Suprema, depara-se com as insígnias da normatividade pública.

O princípio republicano já é consagrado no Brasil desde a Constituição de 1891, instituidora da República e do Estado Federal em detrimento de uma organização apresentada como Monarquia e um Estado Unitário (CF 1824). A República é uma forma de governo que, literalmente, significa coisa pública, com a ideia principal de igualdade. Se opõe ao estado monárquico, haja vista que no sistema republicano são agregados os preceitos de representatividade e temporariedade.

A forma republicana de governo possui como baluarte central de estruturação o poder-dever de representar o povo nas

decisões políticas do Estado, porquanto – como está prescrito em nosso texto constitucional – o poder emana do povo e, em razão disso, só pode ser legitimamente exercido se for a seu benefício. Partindo da premissa de que o povo é titular e beneficiário do poder, chega-se à conclusão de que os atos do Poder Público não podem ser realizados ao talante de quem o representa, porém apenas visando o bem comum, enquanto seja o fim colimado pela população.

O princípio federativo aponta a forma de estado adotada pelo Brasil, traduzindo-se na autonomia político-administrativa gozada pelos entes que compõem a federação. Trata-se de uma forma de estado na qual o poder não fica concentrado, porém se dispersa nos entes federativos, todos incluídos em um mesmo território jurídico.

Existe no processo legislativo democrático a necessária subordinação ao devido processo legal, porquanto somente será legitimado caso ocorra uma real adequação ao que está pré-estabelecido no texto da Lei Maior, sob pena de burlar a representatividade popular, podendo haver afronta à Constituição tanto por ação, quanto por omissão (parcial ou total).

2.2 DA DIVISÃO DOS PODERES

A necessidade da divisão dos poderes se dá por conta de uma premissa lógica: “quem tem poder, tende abusar dele”. Na vigência do Absolutismo, um único ente detinha o exercício e titularidade de todas as funções do Estado, concentrando uma enorme quantidade de poder, que findava com grandes abusos desta força. O caso extremo desta expressão quase divina de poder se deu com Luís XIV, prolator da célebre frase: “O Estado sou eu”.

Superveniente evolução histórica da sociedade trouxe a modificação do Absolutismo, tendo como marco principal a Revolução Francesa em 1789, amplamente incentivada pelas ideias Iluministas, visando, mormente, um Estado mais liberal, que não sofresse demasiadamente com a intervenção descabida do Rei. Tal pensamento foi lapidado, passando por várias alterações – especialmente de cunho social – até chegar ao atual estágio do constitucionalismo, onde se vê tanto a faceta abstencionista do Estado, quanto o seu lado prestacional positivo, especialmente nos direitos sociais e coletivos.

A técnica da divisão dos poderes consiste em repartição do exercício político por vários órgãos independentes (e harmônicos entre si). Busca-se com a divisão se impedir o arbítrio, ou, ao menos, dificultá-lo sobremaneira, especialmente, por conta de sistemas de freios e contrapesos, sob o qual pode vicejar a liberdade individual.

O Brasil consagra a fórmula da tripartição dos poderes, dividindo em Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada qual deles exercendo funções típicas (precipuamente afeitas ao papel primordial de cada poder) e atípicas (atividades que, ordinariamente, não representam a faceta principal do poder). Para uma explicação mais didática, há que se mostrar os aspectos basilares de cada poder da República.

O Parlamento, historicamente, representa a vontade popular. É, em bem da verdade, a expressão máxima de representatividade do povo; portanto, é o elo das decisões políticas do Estado aos anseios dos cidadãos. Os membros do Legislativo são escolhidos por meio de voto, sendo assim, o sufrágio legitima as decisões das Casas Legislativas, que devem buscar o interesse público, com prerrogativa especial de ditar as normas jurídicas abstratamente, especialmente por meio da lei (tendo como

fundamento de validade no plano jurídico-positivo a Constituição Federal).

O Poder Executivo tem a função primordial de administrar, isto é, gerir os recursos estatais com vistas a consecução do bem comum. A atividade administrativa do Estado se submete a dois princípios essenciais, quais sejam: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público.

O princípio da supremacia do interesse público demanda que os atos administrativos sejam editados com a finalidade de suprir as necessidades de bem comum, de forma que a coletividade tem prioridade aos interesses particulares. A indisponibilidade do interesse público traz a ideia de que o administrador não pode alienar ou renunciar de sua competência funcional, pois não lhe pertence, uma vez que só lhe é outorgada para que realize o fim proposto da atividade administrativa; decorre da premissa de que o poder pertence ao povo, assim, o administrador não pode dispor de um poder que não é titular, apenas representante.

O Poder Judiciário, historicamente, fora constituído de forma mais técnica que política, isto é, seus membros são dotados de conhecimento jurídico, em vez de pujança eleitoral. Em decorrência desta peculiaridade, os juízes não são eleitos diretamente pelo voto popular, mas por processos meritocráticos seletivos (em regra, concurso público de provas e títulos).

A função jurisdicional não fora criada para apenas instituir no mundo jurídico as conjunturas políticas dominantes em dado momento histórico. Possui, em bem da verdade, uma função muito mais nobre, colima garantir o cumprimento do princípio materialmente estruturante do Estado Democrático de Direito.

Em razão da atividade exercida pelo Poder Judiciário, é imperativo que seus membros possuam garantias que lhes propiciem – quando necessário – autonomia para decidir em caráter contramajoritário, efetivando, assim, os ditames impostos pela Constituição no que concerne aos direitos fundamentais. A CF/88 elenca em seu artigo 95 as garantias gozadas pelos magistrados, listando, também, algumas vedações em seu parágrafo único, que são necessárias para que a atividade judicante seja exercida de forma imparcial pelo agente público.

Da leitura do artigo 102 da Constituição é possível observar que o Supremo Tribunal Federal acumula competências principalmente sobre matéria constitucional. Umas das matérias mais importantes afeita ao julgamento da Corte Máxima, são as ações de controle abstrato de constitucionalidade.

O poder outorgado ao STF de julgamento, exclusivo, das demandas constitucionais federais abstratas, evidencia o crescimento da força do Poder Judiciário ao longo do tempo, uma vez que, em última análise, essa competência assegura à função jurisdicional a última palavra acerca das normas que compõem o ordenamento jurídico pátrio, ainda que importem em decisão no sentido contramajoritário.

A possibilidade de se decretar inconstitucional uma norma em razão da matéria por ela trazida é dizer que cabe ao Poder Judiciário defender o direito legítimo das minorias contra a decisão majoritária e legislativamente imposta pela maioria formadora da opinião política estatal. Assim, percebe-se que o juiz é a barreira que impede que sejam cometidas arbitrariedades (calcadas na vontade da maioria) contra a população, resguardando as situações jurídicas asseguradas pela Constituição.

Não se afirma apenas que somente o Supremo Tribunal pode declarar inconstitucional uma norma, mas sim, que as ações

de controle abstrato são afeitas a esse órgão. Resguarda-se a possibilidade de outros órgãos do Poder Judiciário declararem de forma difusa, e, até mesmo, outros poderes procederem com o controle de constitucionalidade.

3. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A regulamentação normativa de um Estado deve ser compreendida como um sistema uno, isto é, na efetivação do arcabouço jurídico estatal deve existir harmonia entre normas vigentes (sejam regras ou princípios). Cumpre lembrar que a Constituição Federal é o ápice normativo no plano jurídico-positivo. Isso implica asseverar que não pode existir dissonância entre o disposto pela Lei Maior e os demais postulados normativos válidos de uma ordem estatal.

É imprescindível a compatibilidade entre o sistema infralegal e a norma máxima que lhes dá suporte. Na busca desta harmonia, o Estado dispõe de vários mecanismos jurídicos, entre eles, o controle de constitucionalidade. É possível, no mundo dos fatos, existir norma emanada pelos legítimos poderes constituídos que destoem da Constituição que lhes dá suporte jurídico. Assim, cumprindo os deveres de compatibilidade e harmonia das normas estatais, a lei que afronta a força constitucional deve ser extirpada do mundo jurídico, haja vista a posição privilegiada da Carta Magna em relação aos demais atos do Estado.

O controle concentrado incide quando a competência para a realização do controle de constitucionalidade é atribuída a um único tribunal, no caso o Supremo Tribunal Federal, sem atrelamento a um caso concreto. A decisão no controle concentrado, de forma geral, produzirá efeitos *erga omnes* e retroativos.

O controle difuso ocorre quando a competência para a declaração de inconstitucionalidade é de todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, no andamento de uma situação concreta a ele submetida, sendo feito de forma incidental, vale dizer, prejudicialmente ao exame de mérito. Seus efeitos são, em geral, retroativos, alcançando a lei desde a sua publicação e *inter partes*, ou seja, só atinge as partes do processo, a questão da inconstitucionalidade é como a causa de pedir, que irá gerar a procedência da ação com a sua confirmação.

No caso do Supremo Tribunal Federal, o principal instrumento de controle incidental de constitucionalidade é o recurso extraordinário, uma vez julgada a questão prejudicial, que é a arguição de inconstitucionalidade, tal decisão é encaminhada ao Senado Federal, que poderá ou não suspender a execução do referido ato normativo. A Constituição Federal prevê, no seu art. 52, inciso X, que compete ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Tal disposição, foi introduzida no direito constitucional brasileiro pela Constituição de 1934 (e mantida pelas Constituições que lhe sucederam, exceto pela de 1937), com o propósito de corrigir uma deficiência do sistema difuso-incidental quando acolhido nos países, como o Brasil, herdeiros da tradição romano-germânica da *civil law*, desprovidos do princípio do *stare decisis*. Visava-se, com isso, evitar a proliferação de ações judiciais propostas por todos aqueles que, igualmente, se sentissem afetados pela lei ou ato inconstitucional e, decerto, prevenir a possibilidade de conflitos de decisões - que tanto maculam a segurança jurídica e a certeza do direito - entre os vários órgãos judiciários competentes para a realização do controle (MENDES, 2015).

Atualmente, essa competência do Senado é exercida por meio de resolução, em face de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que, em controle incidental, declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo do poder público, seja ele federal, estadual ou municipal. Cumpre esclarecer, desde logo, que o art. 52, inciso X, da Constituição Federal, não autoriza o Senado a declarar nenhuma inconstitucionalidade, razão porque estão equivocados aqueles que veem nessa disposição uma prova de que no Brasil o controle de constitucionalidade é misto, por envolver um controle judicial e político.

Neste sentido, Cléve (2014, p. 115-116) “pode-se assegurar que o sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro - que é judicial - é misto tão-somente pelo fato de ele combinar os modelos difuso-incidental e concentrado-principal”. Aquela disposição tão somente confere ao Senado a competência para deliberar sobre a suspensão da execução do ato, declarado inconstitucional, aqui sim, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, para o fim específico de emprestar eficácia genérica, ou seja, *erga omnes*, a essa decisão judicial, até então de efeitos *inter partes*, porquanto pronunciada num processo judicial concreto, em sede de controle incidental.

Declarada a norma inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso, desde que tal decisão seja definitiva e tenha sido respeitada a cláusula da reserva de plenário, será feita a comunicação, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal. Tal comunicação, estabelecida pela Constituição Federal em seu art. 52, X, é feita para que o Senado Federal, entendendo conveniente, suspenda, no todo ou em parte, a execução do ato declarado inconstitucional pelo STF, conferindo eficácia *erga omnes* à decisão da Corte. O intuito da suspensão da lei pelo Senado Federal é estender os efeitos da decisão dada

incidentalmente em um determinado caso concreto a terceiros que não fizeram parte da lide e assim evitar que no futuro, estes terceiros recorram ao Judiciário para buscar decisão idêntica.

A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade busca conferir ao Senado Federal o papel de apenas dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, sendo que, para os seus defensores, o Senado Federal não mais decidiria pela suspensão do ato normativo, bastando a decisão emanada pela Suprema Corte em controle difuso para que se tenha o chamado efeito *erga omnes*, comum apenas ao controle concentrado. Pode-se dizer que tal teoria surgiu devido às diversas leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e que o Senado Federal se manteve inerte.

Em contrapartida, os críticos desta teoria defendem que existem outros mecanismos para que as decisões que envolvam a inconstitucionalidade, mesmo que em controle difuso, possam exercer efeitos para todos. O fato é que o poder judiciário necessita urgentemente de mecanismo de forma a unificar a jurisprudência brasileira.

3.1 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO-INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E O PAPEL DO SENADO FEDERAL

Como visto, o ordenamento constitucional pátrio prevê dois arquétipos de controle de constitucionalidade: o difuso (ou controle pela via de exceção ou concreto) e o concentrado (ou controle por via de ação ou controle in abstrato), com competências e efeitos distintos.

Atualmente, essa competência do Senado é exercida por meio de resolução, em face de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que, em controle incidental, declara

a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo do poder público, seja ele federal, estadual ou municipal. Cumpre esclarecer, desde logo, que o art. 52, inciso X, da Constituição Federal, não autoriza o Senado a declarar nenhuma inconstitucionalidade, razão porque estão equivocados aqueles que veem nessa disposição uma prova de que no Brasil o controle de constitucionalidade é misto, por envolver um controle judicial e político.

Em contrapartida, os críticos desta teoria defendem que existem outros mecanismos para que as decisões que envolvam a inconstitucionalidade, mesmo que em controle difuso, possam exercer efeitos para todos. O fato é que o poder judiciário necessita urgentemente de mecanismo de forma a unificar a jurisprudência brasileira.

4. A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO CONTROLE DIFUSO

De fato, como visto, o controle difuso, que existe no país desde a primeira constituição republicana, e inequivocamente inspirado no modelo norte-americano, permite a qualquer juiz ou tribunal realizar, no julgamento de um caso concreto, a análise da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal. A análise da constitucionalidade do dispositivo, nesta modalidade de controle, não é o objeto principal da ação, sendo apreciada apenas em caráter incidental.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal, proferida num caso de controle difuso de constitucionalidade, produz eficácia apenas entre as partes litigantes, fazendo com que a lei deixe de ser aplicada somente em relação àquelas partes que figuraram no

processo, permanecendo válida, contudo, em relação às demais pessoas. Quer isso dizer, em outras palavras, que a sentença que declarou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo somente tem eficácia *inter partes*. Esta premissa, entretanto, sofreu discussões importantes em relação ao instrumento do recurso extraordinário como se observará abaixo.

4.1 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário é o principal método de exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, do controle incidental de constitucionalidade. Obviamente, qualquer ação originária no Supremo pode ter, em sua causa de pedir, a arguição de inconstitucionalidade, tais como os remédios constitucionais.

Contudo, utiliza-se tal recurso como paradigma, que servirá também à todas as ações originárias no Supremo Tribunal Federal. É por meio da interposição do Recurso Extraordinário que a questão, anteriormente submetida a um juízo ou tribunal para a apreciação da inconstitucionalidade, poderá ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual realizará, assim como o órgão *a quo*, o controle difuso.

Todavia, o recurso extraordinário passou a ser usado, costumeiramente, como um instrumento que era disponibilizado às partes para levar ao Supremo Tribunal Federal causas de caráter meramente privado. Diante desta situação, viu-se a necessidade de mudança para conter o crescimento dos recursos constitucionais e assim dar celeridade à prestação jurisdicional, restringindo a atuação da Corte, razão pela qual com a emenda constitucional 45/2004 foi criado o instituto processual da repercussão geral no Recurso Extraordinário.

Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita

em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes*. Mas a análise é feita em tese, que vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades. É o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais, embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente, é feita em abstrato. (MENDES, 2014)

Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade). É por isso que, também à semelhança do que já ocorre na ADI e ADC, é possível a intervenção de *amicus curiae* neste incidente. É em razão disso, ainda, que fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF.

O STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes (DIDIER, 2013).

4.2 PROGRESSÃO NOS CRIME HEDIONDOS E A RECLAMAÇÃO 4335/AC

A redação original da lei 8.072/90 – a chamada lei dos crimes hediondos – proibia expressamente a progressão de regime, determinando que os condenados por crimes hediondos ou equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado, esta era a inteligência do art. 2º, §1º da lei.

No dia 23 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o habeas corpus nº 82.959, impetrado em

favor de um único preso, declarou inconstitucional o dispositivo supracitado, que proibia a progressão. Em suma foram invocados dois argumentos que serviram de sustentáculo para tal declaração, o primeiro seria de que a norma violava o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), já que obrigava o juiz a sempre condenar o réu ao regime integralmente fechado independentemente do caso concreto e das circunstâncias pessoais do réu. O outro argumento seria de que a norma proibia a progressão de regime de cumprimento de pena, o que inviabilizaria a ressocialização do preso.

Percebe-se que a Suprema Corte utilizou de argumentos estritamente jurídico-constitucionais, bem como argumentos político-morais para seu posicionamento definitivo. Vale lembrar que, em que pese o julgamento ter sido feito pelo plenário da corte, tal decisão se deu em sede de *habeas corpus*, portanto, em controle concreto e incidental de constitucionalidade, tendo, neste caso, eficácia apenas ao paciente do writ constitucional, não servindo, naquele momento a outros presos em situação idêntica.

Por se tratar da liberdade individual, não havia como todos os presos pelo país esperarem o protocolo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, cada dia no cárcere era como anos, um processo com tamanha complexidade iria demandar tempo até obter algum resultado. A lei, enquanto isso, continuava em pleno vigor, apesar de já ter sido declarada inconstitucional em controle difuso pelo STF.

Tal situação teve como resultado a movimentação da Defensoria Pública do Estado do Acre, endossada pela Defensoria Pública da União que interpôs a Reclamação Constitucional nº 4335 perante o Supremo Tribunal Federal, questionando a decisão do juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Acre, que havia indeferido pedido de progressão de regime feito há época, com base da decisão do *habeas corpus* nº 82.959.

A partir daí o Supremo Tribunal Federal travou, durante muitos anos, uma das mais árduas e polêmicas discussões constitucionais a respeito do controle de constitucionalidade. A possibilidade, ou não, de decisões em controle difuso de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal terem eficácia *erga omnes*, não sendo necessária a suspensão do ato pelo Senado Federal. A controvérsia permanece até hoje.

4.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO INCISO X DO ART. 52 DA CRFB OU ATIVISMO JUDICIAL?

Em que pese a evolução do fenômeno da objetivação do recurso extraordinário, suas decisões, em sede de controle difuso-incidental, permanecem tendo eficácia *inter partes*, vez que, para que haja o efeito vinculante e oponibilidade *erga omnes* é necessário que o Senado Federal, de forma discricionária, suspenda o ato no todo ou em parte. Caso idêntico é o do Habeas Corpus julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Discutiu-se na reclamação 4335/AC, assim como se discute na doutrina moderna Mendes (2015), Lenza (2014) e Cunha (2015) sobre os efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensa a execução de lei ou ato normativo. Questiona-se, igualmente, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado e sobre a abrangência das leis estaduais e municipais. Indaga-se, ainda, sobre a pertinência da suspensão ao pronunciamento de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou sobre a sua aplicação às decisões proferidas em ação direta.

Mendes (2012) critica a obrigatoriedade de o Senado suspender os efeitos do ato declarado inconstitucional em controle difuso pelo STF, para que, só assim, tenha efeito *erga omnes*:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal

Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente em uma concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de constitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de constitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declararam a constitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de constitucionalidade de lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias. (MENDES, 2012, p. 774)

De fato, a suspensão de execução da lei declarada inconstitucional teve o seu significado normativo fortemente abalado com a ampliação do controle abstrato de normas na

Constituição Federal de 1988. Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que foi decisiva para a alteração introduzida pelo Constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

Destarte, esta corrente doutrinária entende que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação. A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia (MENDES, 2012),

Defende-se, por esta teoria, que o art. 52, X da Constitucional Federal sofreu mutação constitucional. Vale lembrar que a mutação constitucional é um processo informal de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com a sua realidade social. Com a mutação constitucional não se muda o texto, mas lhe altera o sentido à luz e por necessidade do contexto. É um fenômeno que vem se revelando necessário para a respiração das

Constituições, cujos enunciados muitas vezes ficam asfixiados à espera de revisões formais que nunca vêm ou que, vindo, não atendem adequadamente as demandas do texto e dos fatos.

Desta forma, a regra do referido artigo que dá ao Senado a discricionariedade de suspender ou não a ato impugnado agora teria o caráter apenas informativo, sendo que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso-incidental, teria oponibilidade *erga omnes*.

Mendes (2015) costuma apontar alguns requisitos condicionadores da abstrativização da decisão do STF proferida no controle difuso, a saber: a) ser a decisão prolatada pelo mesmo órgão que detém competência para o julgamento na via concentrada (plenário do STF); b) limitar-se a decisão de inconstitucionalidade a versar discussões abstratas, sem entronizar aspectos particulares, personalíssimos ou materiais afetos ao caso concreto e os principais argumentos a justificar esse novo posicionamento foram a força normativa da constituição, o princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários, o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo e a dimensão política das decisões do STF.

Por outro lado, doutrinadores como Lenza (2014) e Santos (2012) entendem que o STF usa o fenômeno da mutação constitucional de forma incorreta e incompleta como disfarce para um verdadeiro ativismo judicial, em que o Supremo usurparia o poder conferido constitucionalmente ao senado federal.

Buscando dar estabilidade institucional ao Estado, a constituição sempre é instituída com vocação de permanência. No entanto, algumas demandas surgidas na realidade social necessitam de adaptação das normas constitucionais ao novo contexto vivido. A mutação constitucional é a forma mais célere

e simples de modificação constitucional, mas não pode ser usada como pretexto para alteração de textos expressos, como é o do inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Não pode, portanto, o Supremo atuar como legislador positivo.

4.4 CRÍTICAS À TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL

A via difusa seria mais apropriada à defesa dos direitos fundamentais, por haver uma inclinação de os Tribunais Superiores se acomodarem com mais facilidade às políticas de governo. Após salientar que a Constituição de 1988 adotou o modelo misto de jurisdição constitucional.

Nesta linha não há como admitir que o fenômeno da abstrativização possa autorizar a invasão da competência discricionária constitucionalmente reservada ao Senado Federal, sem causar traumas ao princípio da independência e harmonia dos poderes. Inobstante isso, os críticos como Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, ainda no julgamento da Reclamação Constitucional 4335/AC, alertam para a existência, na ordem jurídica, de outro instrumento igualmente eficaz para uniformizar as ações do Poder Público e as decisões dos juízes e tribunais inferiores, qual seja a súmula vinculante (CF/88, art. 103-A) .

É bem verdade que o quórum de aprovação da súmula vinculante (2/3 dos membros do STF) é mais rigoroso do que o exigido para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (maioria absoluta). Isso, porém, não legitima o esvaziamento do papel do Senado no controle difuso, que desempenha uma competência em nada contrária, mas supletiva ou complementar daquela exercida abstratamente pelo STF, visando conferir maior segurança aos jurisdicionados com a edição de resolução suspensiva e pacificadora de conflitos de massa.

No controle difuso, portanto, não havendo suspensão da lei pelo Senado Federal, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto em razão de sua não aplicação. Assim, na medida em que a análise da constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária reforma constitucional (modificando o art. 52, X, e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante.

Admitir que o STF interprete no sentido de ter havido mutação do art. 52, X, e, assim, transformar o Senado Federal em órgão para simples publicidade da decisão concreta é sustentar inadmitida mutação inconstitucional. Ao STF, não foi dado o poder de reforma. A possibilidade de se atribuir o efeito *erga omnes* dependeria ou de resolução do Senado Federal ou, ainda, de súmula vinculante a ser editada pelo STF o que, em nosso entender, seria muito mais legítimo e eficaz, além de respeitar a segurança jurídica, evitando-se o casuísmo. (LENZA, 2014).

Deve-se deixar claro, então, que 8 Ministros (os outros 4 dos 6 que conheciam da reclamação, bem como os 4 que não conheciam da reclamação) pronunciaram no sentido de não se admitir a mutação do art. 52, X. Em outras palavras, o efeito *erga omnes* no controle difuso ainda depende de resolução do Senado Federal (ou de súmula vinculante do STF).

Há de reconhecer, retomando esse ponto, uma inegável expansividade das decisões mesmo quando tomadas em controvérsias individuais, bem como uma dita objetivação do processo subjetivo. Contudo, a mudança pretendida em relação ao art. 52, X, que, aliás, parece ser uma tendência, necessariamente, depende de formal reforma constitucional.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se demonstrar que o Supremo Tribunal Federal se encontra em um peculiar momento de ativismo, motivado por fatores variados de ordem institucional, como a tipologia da Constituição e a gama de poderes por ela conferidos ao Tribunal o uso de técnicas de ponderação de princípios e valores e do controle concentrado e abstrato de normas e conceitual, considerando a aproximação cada vez maior da Corte em relação a abordagens marcadas por um acentuado grau de substancialismo.

O ativismo brasileiro se manifesta, dentre outras formas, pela centralização de competências no STF, o que pode vir a ocorrer especialmente com a declaração de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988. A partir de tese formulada na Reclamação nº. 4.335/AC, segundo a qual a resolução do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade seria um instrumento obsoleto e anacrônico, cujo sentido se alterou com o passar do tempo de modo a que hoje configure mero ato de publicidade das decisões judiciais, ganhou espaço na Corte e no debate constitucional a ideia de diminuição de espaço do controle difuso e concreto acompanhada da incorporação neste mecanismo dos caracteres da sistemática concentrada e abstrata, num movimento apelidado de “objetivação”.

O conceito de mutação constitucional é o centro da proposta de absorção do controle difuso pelo concentrado. O Supremo Tribunal Federal, por vezes, apõe este rótulo em situações de simples mudança jurisprudencial, noutras o emprega genericamente para tratar de alterações informais de sentido da Constituição. Não há uma conceituação fechada nem tampouco um posicionamento consistente por parte da Corte em relação ao seu papel no processo evolutivo constitucional.

A referida proposta de mudança da constituição, além de pecar pela ausência de uma alteração fática clara conforme exige a sua formulação, não apresenta coerência quando submetida ao cotejo de teorias da interpretação. A título exemplo, tomando-se duas abordagens opostas como a positivista e a do direito como integridade, por qualquer delas, a ideia está cercada por inconsistências.

Por um viés positivista de interpretação da constituição, deve primeiro ser levado em consideração o que se acha previsto textualmente no documento. E, no caso do art. 52, X, da Carta de 1988, o que ali consta é que o Senado Federal detém a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional. Não há respaldo para inserção na moldura de significados da norma do argumento de que tal competência seria, em verdade, apenas para a publicização das decisões, na forma defendida. Por outro lado, nem mesmo o argumento pragmático consegue sustentar a mutação na forma pretendida. A alegação de que transpor as características do processo objetivo ao controle difuso implicaria a sua maior eficiência não tem se confirmado empiricamente. A tramitação das ações diretas de inconstitucionalidade não tem apresentado resultados mais céleres e efetivos do que a dos recursos extraordinários na Corte.

Portanto, conforme demonstrado e ao sopesar ambos argumentos, tanto favoráveis, quanto contrários, chega-se à conclusão de que o modelo de abstrativização do controle difuso não detém sustentáculo suficiente para a sua aplicação, vez que existem outros métodos igualmente eficazes e suficientes para que o Supremo Tribunal Federal, em caso de inércia do Senado Federal, possa suspender qualquer lei considerada inconstitucional, por meio da criação da Súmula Vinculante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert; SILVA, Luís Virgílio Afonso da (trad.). **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**, v. 1. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 18 tir. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.); MENDES, Gilmar Ferreira (coord.); NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1 ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35 ed. São Paulo: Malheiros.

**PARECER PGE/PA Nº 189/2015
PROCESSO PGE Nº 2015.02.001708
INTERESSADA: SECRETARIA DE ESTADO DA
GESTÃO ADMINISTRATIVA – SGA.**

**ANÁLISE JURÍDICA ACERCA
DA OBRIGATORIEDADE DE
CUMPRIMENTO DA ESOLUÇÃO
TCE/AC Nº 7/2015.**

PARECER PGE/PA Nº 189/2015**PROCESSO PGE Nº 2015.02.001708**

INTERESSADA: SECRETARIA DE ESTADO DA GESTÃO ADMINISTRATIVA – SGA.

ASSUNTO: ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE CUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO TCE/AC Nº 97/2015.

RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ACRE. CADASTRO ELETRÔNICO DOS PROCESSOS LICITATÓRIOS, DISPENSAS E INEXIGIBILIDADES, ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E CONTRATOS, NO PORTAL DE LICITAÇÕES DA CORTE DE CONTAS. RESOLUÇÃO TCE/AC Nº 97/2015.

1. Segundo disposição contida no art. 70 da Constituição Federal, compete à Corte de Contas, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.
2. Por sua vez, a Constituição do Estado do Acre prevê, em seu art. 61, que o controle externo, sob a responsabilidade da Assembleia Legislativa, será exercido pelo Tribunal de Contas do Estado.
3. A Lei Complementar nº 38/93 (Lei Orgânica do TCE) estabelece que ao Tribunal de Contas do Estado, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e

instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

4. O Regimento Interno do TCE, por sua vez, pormenoriza suas competências no art. 6º e incisos, de onde é possível vislumbrarmos dentre outras a competência regulamentar de *expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização de processos que devam ser apreciados, obrigando o seu cumprimento, sob pena de responsabilidade*¹.
5. Ausência de óbice quanto à coexistência dos sistemas LICON e GRP.
6. Obrigatoriedade de atendimento da Resolução nº 97/2015, com a realização do cadastro junto ao LICON.

1. RELATÓRIO

Versam os autos sobre pedido formulado pela Senhora Secretária de Estado da Gestão Administrativa, Sawana Leite de Sá P. Carvalho, através do Ofício nº 2798/SGA/GABIN, de 26 de outubro de 2015 (fl. 02), a fim de que esta Procuradoria-Geral do Estado analise a obrigatoriedade ou não da realização do cadastro eletrônico dos processos licitatórios, dispensas e inexigibilidades, adesão à ata de registro de preços e contratos no Portal de Licitações do Tribunal de Contas do Estado do Acre – LICON, conforme disciplina a Resolução TCE/AC Nº 97/2015, que entrou em vigor em outubro, haja vista já existir no Estado o Sistema de Gestão de Recursos Públicos – GRP. É o breve relatório. Passo a opinar.

¹ Art. 6º, inciso XLIII do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Acre.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Cabe salientar que a presente análise baseia-se exclusivamente nos elementos encontrados nos autos, incumbindo à Procuradoria-Geral do Estado prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise do mérito administrativo no âmbito das Secretarias do Estado, em face do que dispõe o art. 119 da Constituição do Estado do Acre e art. 1º da Lei Complementar nº 045, de 26 de julho de 1994.

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.

Ab initio, convém apresentarmos as principais competências dos Tribunais de Contas, são elas:

- I. Competência fiscalizadora é a referente à realização de auditorias e inspeções em entidades e órgãos, bem como a que supervisiona procedimentos licitatórios, de forma a evitar futura lesão ao erário;
- II. Competência judicante que é aquela que realiza o julgamento das contas anuais dos administradores e demais responsáveis pelo erário na Administração Pública;
- III. Competência sancionatória se refere à aplicação de sanções por ilegalidades de contas e despesas.

Oportuno ainda, observar o que dispõe o art. 70 da Constituição Federal acerca do Tribunal de Contas da União, *verbis*:

Art. 70 A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

Parágrafo único. **Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e**

valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

No âmbito do Estado do Acre, assim dispõe a Carta Constitucional:

Art. 60. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das conversões e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa, mediante controle externo e interno de cada um dos Poderes.

Parágrafo único. Prestará contas ao Tribunal de Contas do Estado qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos ou pelo quais o Estado responda ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 61. O controle externo, sob a responsabilidade da Assembleia Legislativa, será exercido pelo Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo governador do Estado, mediante parecer prévio a ser elaborado em sessenta dias, a contar do seu recebimento;

II - fiscalizar e julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, inclusive das fundações, empresas públicas, autarquias e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público estadual, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade que resulte prejuízo à Fazenda Estadual;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade do ato de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder público Estadual, as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o 36 fundamento legal do ato concessório, excetuadas as nomeações para cargos de natureza especial e provimento em comissão;

IV - realizar inspeções e auditorias de natureza contábil,

financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, inclusive quando requeridas pela Assembleia Legislativa e por iniciativa de comissão técnica ou de inquérito, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidade referidas no inciso II;

V - fiscalizar a aplicação de recursos repassados pelo Estado aos Municípios, mediante convênio, acordos, ajustes ou outros instrumentos;

VI - prestar as informações solicitadas pela Assembleia Legislativa, ou por qualquer das respectivas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas, após aprovação pelo plenário da Casa;

VII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesas ou irregularidades de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário público;

VIII - estabelecer prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se constatadas as ilegalidades sanáveis;

IX - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembleia Legislativa;

X - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados;

XI - emitir parecer prévio, no prazo de cento e vinte dias do seu recebimento, sobre as contas que os prefeitos e Câmaras Municipais devem apresentar anualmente; e

XII - fiscalizar os cálculos das cotas dos ICMS devidas aos Municípios.

Destarte, é possível notarmos que os Tribunais de Contas desempenham um importante papel, que é o de proteger o patrimônio público e que, a partir da simetria que a Constituição Federal consagrou aos entes da federação, compreende-se que a competência entre os Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios deverá guardar similaridade, respeitando-se as suas peculiaridades e as determinações especiais contidas no texto legal.

Para definição de suas competências, foi editada a LEI COMPLEMENTAR N. 38, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1993, que “Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Acre e seu Ministério Público Especial”, da qual destaco:

Art. 36. Ao Tribunal de Contas do Estado, órgão auxiliar da Assembléia Legislativa e das Câmaras Municipais no controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal, Estadual e na forma estabelecida nesta lei:

I - fiscalizar e julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, inclusive das fundações, empresas públicas, autarquias e sociedades instituídas e mantidas pelos Poderes Públicos Estadual e Municipal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário público;

II - realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, inclusive quando requeridas pela Assembléia Legislativa e por iniciativa de comissão técnica ou de inquérito, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais entidades referidas no inciso anterior;

III - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, nos termos do art. 71 desta lei;

IV - fiscalizar a aplicação de recursos repassados pelo Estado aos Municípios, mediante convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres;

V - apreciar, para fins de registro, a legalidade do ato de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público Estadual e Municipal, as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório, excetuando as nomeações para cargos de natureza especial e provimento em comissão;

VI- representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, nas áreas administrativas do Estado e Municípios, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as solidárias de Secretários

de Estado e Prefeitos;

VII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas, as sanções previstas nesta lei;

VIII - prestar as informações solicitadas pela Assembléia Legislativa, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre os resultados de auditorias e inspeções realizadas;

IX - emitir, no prazo de trinta dias, contados do recebimento da solicitação, pronunciamento conclusivo sobre a matéria que lhe seja submetida à apreciação;

X - assinalar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

XI - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembléia Legislativa;

XII - solicitar à Assembléia Legislativa a sustação dos contratos impugnados, decidindo a respeito se, no prazo de noventa dias, não forem adotadas as medidas cabíveis;

XIII - decidir sobre recursos interpostos às suas decisões;

XIV - aplicar as penalidades previstas nesta lei no caso de constatar despesa ilegal, ilegítima ou antieconômica, decorrente do contrato já executado, não submetido em tempo hábil a seu exame; e

XV - verificar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

(...)

Art. 39. Ao Tribunal de Contas do Estado, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

O Regimento Interno do TCE, por sua vez, atualizado pelo assento regimental nº 03/2014, pormenoriza suas competências no art. 6º e incisos, de onde é possível vislumbrarmos dentre

outras a competência regulamentar de *expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização de processos que devam ser apreciados, obrigando o seu cumprimento, sob pena de responsabilidade*².

Diante do exposto, necessário salientarmos que os atos normativos, acima citados, geram obrigações a uma quantidade indeterminada de pessoas, dentro dos limites da lei e que tais atos são emitidos em decorrência do poder normativo do estado, editados para fiel execução das leis.

Aos atos normativos dos órgãos colegiados, como é o caso do Tribunal de Contas, dá-se o nome de Resolução, sendo esta utilizada pelos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como pelas agências reguladoras, para disciplinar matéria de sua competência específica, não podendo contrariar os regulamentos e os regimentos, mas somente explicá-los, cujos efeitos podem ser internos ou externos, conforme o campo de atuação da norma ou os destinatários da providência concreta.

Portanto, como o Tribunal de Contas do Estado do Acre possui jurisdição própria e privativa, exercendo-a em todo o território estadual sobre pessoas e matérias sujeitas à sua competência, abrangendo qualquer pessoa física ou jurídica, órgão ou entidade que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos, nos termos do artigo 40 da LC nº 38/93. Portanto, não há, em tese, a possibilidade de afastar a obrigatoriedade imposta pela Resolução.

2.2 ANÁLISE DO CASO CONCRETO.

Neste contexto, o Tribunal de Contas do Estado do Acre editou a Resolução nº 97/2015, que dispõe sobre o cadastro

² Art. 6º, inciso XLIII do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Acre.

eletrônico dos processos licitatórios, dispensas e inexigibilidades, adesão à ata de registro de preços e contratos no Portal de Licitações do Tribunal de Contas do Estado, sendo esta o objeto da consulta formulada pela SGA, especificamente quanto à obrigatoriedade de seu atendimento.

Tal Resolução entrou em vigor em 1º de outubro de 2015, passando assim, a Corte de Contas a acompanhar concomitantemente os atos administrativos vinculados a aquisições e contratações públicas.

Neste passo, consta dos autos que, em 21 de outubro de 2015, o Tribunal identificou publicações no Diário Oficial do Estado de atos relacionados à aquisição de bens e/ou prestação de serviços, os quais entende contemplados na referida resolução, sem o devido cadastramento no Portal do LICON pela Consulente, do que resultou na emissão de correspondência eletrônica (e-mail), com a observação de que o descumprimento, no que tange à obrigatoriedade do cadastro eletrônico no portal, poderá implicar em multas, conforme expresso no art. 5º da Resolução TCE/AC N° 97/2015, bem como no art. 89, inciso II da Lei Complementar Estadual n° 38/93, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Acre.

Em vista disso, a Secretaria de Estado da Gestão Administrativa encaminhou consulta a fim de resolver a controvérsia sobre a obrigatoriedade ou não de obedecer aos preceitos contidos na citada resolução, pois que já existe em âmbito estadual o Sistema de Gestão de Recursos Públicos – GRP.

Mister analisarmos que a Resolução TCE/AC n° 97/2015 foi implementada com o objetivo de verificar a legalidade dos atos praticados pelos seus jurisdicionados, levando em consideração as prerrogativas constitucionais do órgão de controle externo,

bem como o disposto no art. 113, § 2º da Lei de Licitações, onde faculta à Corte de Contas solicitar, para análise prévia, cópia de editais de licitações já publicados, obrigando-se os órgãos e entidades da administração a adotar medidas que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

Conforme explanação feita em tópico anterior, o Tribunal de Contas Estadual, exercendo seu poder fiscalizatório e regulamentar, poderá expedir resoluções sobre matérias de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, no âmbito de sua competência e jurisdição. Logo, **o intuito da referida Resolução é o de propiciar ao Tribunal de Contas maior eficácia e celeridade em sua competência fiscalizatória, e assim sendo, não restam dúvidas quanto à necessidade de obediência à Resolução TCE/AC nº 97/2015.**

No que tange as disposições trazidas pelo Decreto nº 6.412/2013, que instituiu o Sistema de Gestão de Recursos Públicos - GRP é possível vislumbrarmos que seus objetivos são: melhor operacionalizar a gestão dos recursos públicos do Poder Executivo, fortalecer os controles que envolvam as despesas públicas e ainda, garantir o acesso à informação assegurado pela Constituição e regulado pela Lei 12.527/2011.

Assim, não vislumbramos óbice para que os dois sistemas coexistam, haja vista, conforme visto acima, um complementar o outro, principalmente quanto à garantia constitucional ao acesso à informação, uma vez que a Resolução do Tribunal de Contas, em seu art. 4º, deixa claro que as informações constantes do sistema não constituem publicidade para efeitos de cumprimento à Lei de Acesso à informação, sendo meramente instrumento de transparência, fomento e controle social e ferramenta complementar ao exercício do controle externo.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, e sem prejuízo da leitura do inteiro teor do presente Parecer, esta Especializada manifesta pela observância aos regramentos constantes na Resolução TCE/AC nº 97/2015, haja vista a competência da Corte de Contas para expedir *atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização de processos que devam ser apreciados, obrigando o seu cumprimento, sob pena de responsabilidade*³.

É o Parecer.

Considerando que a matéria analisada não se encontra dentre aquelas pacificadas, e tendo em vista o alcance da consulta à toda a administração pública estadual, faço remessa dos autos ao Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado, para análise e aprovação, se assim entender, ou adoção de outras providências.

Rio Branco-AC, 20 de novembro de 2015.



Janete Melo d'Albuquerque Lima⁴
Procuradora do Estado
Chefe da Procuradoria Administrativa

³ Art. 6º, inciso XLIII do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Acre.

⁴ Procuradora do Estado do Acre, Chefe da Procuradoria Administrativa da PGE/AC. Formada em Direito pela Universidade Federal do Acre; Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes em parceria com o Instituto de Estudos Superiores da Amazônia – IES Amazônia; Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE; Cursando o MBA em Governança Pública e Gestão Administrativa pelo Instituto INFOCO - Pólis Civitas.



Realização



CEJUR

Centro de Estudos Jurídicos
da Procuradoria-Geral do Estado do Acre

PGE

PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO ACRE