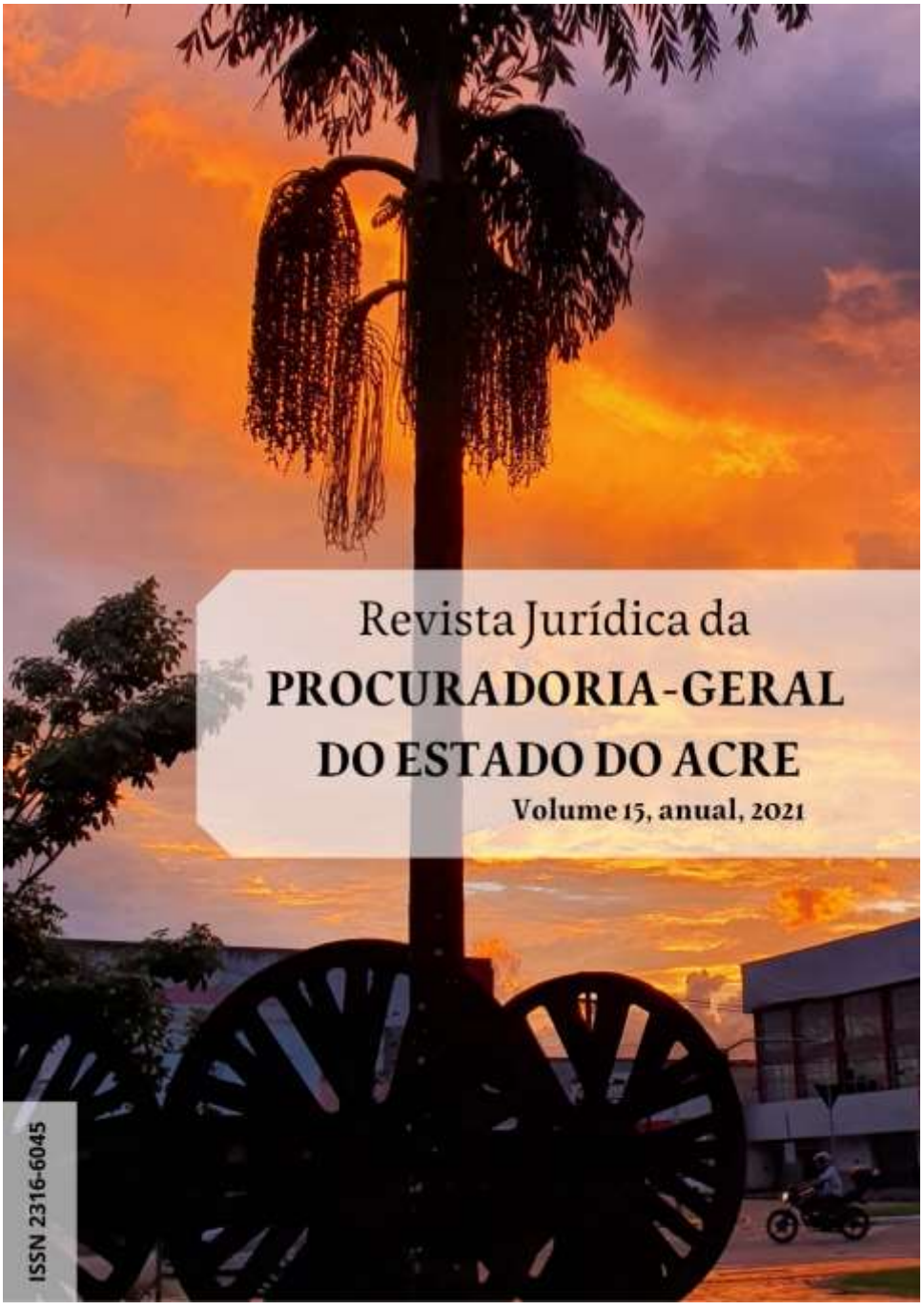

Revista Jurídica da PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE

Volume 15, anual, 2021

ISSN 2316-6045

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE

Centro de Estudos Jurídicos

RPGEAC, Rio Branco, v.15, p.1-326, jul. 2021

JOÃO PAULO SETTI AGUIAR
Procurador-Geral do Estado do Acre

LEONARDO SILVA CESÁRIO ROSA
Procurador-Geral Adjunto

LUCIANO JOSÉ TRINDADE
Corregedor-Geral da PGE

MAYKO FIGALE MAIA
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 está 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
cejur.pge@ac.gov.br

15º Volume -Versão *on-line* (2021).

Todos os direitos reservados
A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui viola- ção dos direitos autorais (Lei no 9.610).
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CONSELHO EDITORIAL
Andrey Cezar Windscheid Cruzeiro de Hollanda
Caterine Vasconcelos de Castro
Gustavo Faria Valadares
Maria de Nazareth Melo de Araújo Lambert
Maria José Maia Nascimento Postigo
Mayko Figale Maia
Neyarla de Souza Pereira Barros
Nilo Trindade Braga Santana
Paulo Jorge Silva Santos
Pedro Augusto França de Macêdo
Thomaz Carneiro Drumond

EQUIPE DO CEJUR
Sulanira Barroso Carvalho

FOTO DA CAPA
Maykeline Figale Maia

ARTE DA CAPA
Alana de Mesquita Lopes

EDITORAÇÃO
Mayko Figale Maia

Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Acre. Vol. 15., Centro de Estudos Jurídicos/PGE, 2021. Periodicidade Anual.
ISSN: 2316-6045
CDD – 340.05 CDU – 34(05)

PROCURADORES DO ESTADO

Alberto Tapeocy Nogueira
Andrey Cezar W. Cruzeiro de Holanda
Caterine Vasconcelos de Castro
Cristovam Pontes de Moura
Daniela Marques C. de Carvalho
Daniel Gurgel Linard
David Laerte Vieira
Érico Maurício Pires Barboza
Fábio Marcon Leonetti
Francisca Rosileide de O. Araújo
Francisco Armando de F. Melo
Gerson Ney Ribeiro Vilela Junior
Gustavo Faria Valadares
Harlem Moreira de Sousa
Janete M. D'Albuquerque Lima
João Paulo Aprígio de Figueiredo
João Paulo Setti Aguiar
Leandro Rodrigues Postigo Maia
Leonardo Silva Cesário Rosa
Luciano Fleming Leitão
Luciano José Trindade
Luís Rafael Marques de Lima
Luiz Rogério Amaral Colturato
Márcia Krause Romero
Márcia Regina de Sousa Pereira
Marcos Antônio Santiago Motta
Maria de Nazareth M. de A. Lambert
Maria Eliza Schettini C. H. Viana
Maria José Maia Nascimento Postigo
Mauro Ulisses Cardoso Modesto
Mayko Figale Maia
Neyarla de Souza Pereira Barros
Nilo Trindade Braga Santana
Paulo César Barreto Pereira
Paulo Jorge Silva Santos
Pedro Augusto França de Macedo
Rafael Pinheiro Alves
Rodrigo Fernandes das Neves
Rosana Fernandes Magalhães
Tatiana Tenório de Amorim
Thiago Torres Almeida
Thomaz Carneiro Drumond
Tito Costa de Oliveira

PROCURADORES DO ESTADO JUBILADOS

Ademilde Marinho Soares
Aquileu José da Silva Filho
Azeilda Benevides Viga
Derci Maria de Lima
Dione Daher Oliveira de Menezes
Edson Américo Manchini
Felix Almeida de Abreu
Francisco Elno Jucá
Ivan Fernandes da Cunha Filho
José Rodrigues Teles
Maria Ferreira Martins de Araújo
Maria Lídia Soares de Assis
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 Moura
Roberto Ferreira da Silva
Sárvia Silvana Santos Lima
Silvana do Socorro Melo Maués

IN MEMORIAN

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

APRESENTAÇÃO

Com alegria a Procuradoria-Geral do Estado do Acre lança seu 15º volume, incentivando a produção acadêmica entre Procuradores do Estado, servidores e comunidade jurídica local.

As transformações pelas quais a sociedade atual vem passando, notadamente em razão da pandemia de COVID-19, impactam diretamente o papel do Estado no meio social, desafiando essa Procuradoria-Geral do Estado a compreender e refletir sobre aspectos jurídicos das novas relações sociais e construir serviços inovadores que sejam úteis e relevantes tanto para a Administração Pública como para a sociedade.

É nesse contexto, de desafio aos Poderes do Estado, que apresentamos mais uma edição de nossa Revista.

Destaca-se, por oportuno, que todas as contribuições submetidas à Comissão Editorial foram avaliadas de forma a preservar, durante o processo avaliativo, as identidades tanto de autores quanto dos responsáveis pelo relatório de análise, sendo que cada artigo foi submetido a pelo menos duas avaliações: uma, individual, pelo relator e outra, colegiada, pela Comissão Editorial.

Tal abordagem garante a todos os envolvidos a certeza de uma decisão de publicação baseada exclusivamente no mérito acadêmico de cada texto apresentado.

Boa leitura!

Mayko Figale Maia
Procurador-Chefe do Centro de Estudos Jurídicos

SUMÁRIO

ARTIGOS

Reflexões sobre a incompatibilidade do instituto da cassação de aposentadoria com o regime constitucional de previdência social dos servidores públicos
João Paulo Aprígio de Figueiredo
Walter Luiz Moraes Neves Silva 09

A visão sistêmica do direito como contribuição à política nacional de tratamento adequado dos conflitos
Leandro Rodrigues Postigo
Luciano José Trindade
Maria José Maia Nascimento Postigo 47

Política nacional e programa federal de pagamento por serviços ambientais
Érico Maurício Pires Barboza 88

O contrato de gestão e a despesa total com pessoal: uma breve análise da juridicidade da Portaria STN nº 233, de 15 de abril de 2019
Leonardo Silva Cesário Rosa 129

Regularização fundiária de interesse social em área urbana de domínio do Estado do Acre: Condições estabelecidas pela Lei estadual n.º 2.840/2014
Daniela Marques Correia de Carvalho 154

A consultoria jurídica e a representação judicial das empresas públicas e sociedades de economia mista estaduais à luz da moderna jurisprudência do supremo tribunal federal
Harlem Moreira de Sousa
Mayko Figale Maia 183

Do julgamento do tema n. 1.093/stf e seus efeitos sobre a lei complementar estadual n. 304/2015
Luís Rafael Marques de Lima

Luiz Rogério Amaral Colturato 207

Reflexões sobre a necessidade de codificação do direito administrativo brasileiro à luz do atual contexto legislativo nacional
Andrey Hollanda 228

A ascendência do sistema de registro de preços para atingimento de eficiência nas contratações públicas
Marcela Nogueira Lima
Marcos Antônio Santiago Motta 268

REFLEXÕES SOBRE A INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA COM O REGIME CONSTITUCIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS

João Paulo Aprigio de Figueiredo[1]

Walter Luiz Moraes Neves Silva[2]

RESUMO: A cassação de aposentadoria é um instituto previsto nos estatutos dos servidores públicos da União e da maioria dos estados e municípios, funcionando como uma possibilidade de punição das faltas funcionais cometidas em atividade, mesmo após a aposentação. De modo que o presente trabalho busca analisar a constitucionalidade de tal instituto, perante as modificações realizadas no Direito Previdenciário pelas Emendas Constitucionais nº 20, 41, 47 e 103, notavelmente pela relação entre a penalidade e o atual regime contributivo previdenciário. Por meio da pesquisa bibliográfica, este trabalho define o conceito e a natureza jurídica da cassação de aposentadoria e traz um breve relato da evolução do regime previdenciário pátrio – desde a implementação de

1 Procurador do Estado do Acre.

2 Advogado e assessor de gabinete na Procuradoria Geral do Estado do Acre. Pós-graduando em Direito do Estado e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Acre – UFAC. Graduado em Direito pela UFAC.

mecanismo para o Estado Social, passando pela criação da caixa de aposentadorias e pensões dos empregados ferroviários (1923) até as emendas constitucionais mais atuais. Por fim, o estudo específico do regime contributivo atual releva a inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria, principalmente pela desassociação entre o regime estatutário e o previdenciário, pela proteção do direito adquirido e pela vedação ao enriquecimento ilícito da Administração Pública. Fato este que não reduz a importância do processo administrativo disciplinar para apurar ilícitos praticados por servidores já aposentados e aplicar penalidades diversas da cassação da aposentadoria, as quais, são essenciais para assegurar a moralidade e a disciplina na Administração.

PALAVRAS-CHAVE: Cassação de aposentadoria. Regime previdenciário contributivo. Constitucionalidade.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), ao tratar da ordem social, em subsistemas específicos, apresenta um conjunto de medidas destinadas a promover a previdência social por meio de um sistema de seguro social, em que o Poder Público, a entidade patronal e os próprios segurados custeiam, direta e indiretamente, com vista ao bem-estar e ao desenvolvimento da sociedade.

O sistema de previdência é estabelecido, igualmente, no âmbito de cada ente federativo, por meio de seus regimes próprios de previdência social, pelos quais são assegurados por lei, a todos os titulares de cargo efetivo, ao menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte, nos termos do art. 40 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Por outro lado, nos regimes estatutários são estipulados, em regra, a possibilidade de ser cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo se ele tiver praticado, na atividade, fato punível com a demissão e não estando prescrita a prática da infração disciplinar, eis a dicção do art. 134, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Brasil, 1990), que instituiu o Estatuto dos servidores públicos civis da União, penalidade *ipsis litteris* contida no art. 184, da Lei Complementar Estadual nº 39, de 29 de dezembro de 1993 (Acre, 1993), referente ao Estatuto dos servidores públicos civis do estado do Acre.

É consenso tanto na doutrina quanto na jurisprudência que o fundamento do instituto da cassação de aposentadoria reside na possibilidade da análise das faltas funcionais cometidas em atividade, ainda que a Administração Pública tenha ciência da prática do ilícito administrativo após o ato de inativação do servidor, apesar disso, a uniformidade das opiniões para por aí.

O tema é de extrema importância, elevando-se a intenção do presente trabalho, exatamente em identificar a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, instituto que surge, *sinteticamente*, como forma de controle e disciplina do regime estatutário, sendo que o próprio

ordenamento determina que a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, a exemplo na normatividade do art. 194, da Lei Complementar nº 39, de 1993 (Acre, 1993).

Hoje, indaga-se sobremodo a aplicabilidade do instituto jurídico da cassação de aposentadoria diante de sua aparente incompatibilidade com o regime de previdência dos servidores públicos, inclusive com análise da jurisprudência e das discussões que giram em torno no campo doutrinário.

Sob tal perspectiva, a apuração deve ser levada a cabo em virtude das grandes transformações ocorridas no direito previdenciário pátrio, concretizadas sobretudo pelas reformas constitucionais abrangidas pelas Emendas Constitucionais nº 20, 41, 47 e, finalmente, 103, que, hodiernamente, norteiam precipuamente o binômio contribuição/benefício (regime contributivo), intimamente ligado no regular desconto previdenciário nos vencimentos do servidor, com respectivo aporte perante o fundo previdenciário, além de outras razões preponderantes que devem ser observadas por envolver a aposentação em natureza retributiva como qualquer seguro tem.

Dessa forma, o objetivo geral do presente trabalho é no intuito de descortinar a íntima dessemelhança (incompatibilidade) existente entre o instituto estatutário da cassação de aposentadoria e o atual regime contributivo previdenciário, regente no procedimento administrativo disciplinar, quando a Administração Pública age como órgão processante,

que desaguará não só na acentuada conectividade e necessidade de equilíbrio entre os referidos regimes previdenciário e estatutário, numa total aclimatação e observância aos princípios constitucionais da atualidade.

2. DO INSTITUTO DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.

É salutar em qualquer trabalho científico a delimitação do objeto, o alcance e significação que determinado termo possui. No que tange à cassação de aposentadoria, no entanto, a conceituação não traz maiores problemas, considerando que o tipo legal tem clara descrição do que seja o referido objeto, delineado de forma translúcida no mundo dos fatos.

Neste contexto, assim desencadeamos as preliminares do presente estudo, à luz do que já mencionara Matheus Carvalho (2020, p. 916):

> Trata-se de sanção aplicada aos servidores públicos que estejam aposentados ou em disponibilidade e que tenham cometido, na atividade, alguma das sanções previstas em lei, puníveis com demissão. Com efeito, o que diverge da penalidade anterior é a situação funcional do servidor que, por não estar em atividade, não poderá ser demitido.

Das considerações traçadas por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 488) extrai-se:

> A cassação de aposentadoria e a cassação de disponibilidade são penalidades disciplinares que devem ser aplicadas ao inativo que tenha praticado, quando estava na atividade, uma

> infração punível com a demissão (art. 134).

Essa é exegese da redação do art. 134 da Lei Federal nº 8.112, de 1990 (Brasil, 1990):

> **Art. 134.** Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

O Estatuto dos servidores civis do estado do Acre, autarquias e fundações – Lei Complementar Estadual nº 39, de 1993 (Acre, 1993), por sua vez, estipula que:

> **Art. 184.** Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, ainda na ativa, falta punível como demissão.

Desse modo, a cassação de aposentadoria é considerada penalidade disciplinar que, embora diversa da pena de demissão com perda do cargo público, acaba por produzir efeito similar com o cancelamento dos proventos de aposentadoria, e, com isso, alcança a extinção de um hipotético vínculo do ex-servidor perante o ente público.

3. EVOLUÇÃO DO REGIME PREVIDENCIÁRIO PÁTRIO: REFORMAS CONSTITUCIONAIS.

Sabe-se que após a Segunda Guerra Mundial a atuação do Estado saiu definitivamente do papel liberal, caracterizado pela intervenção mínima no mercado e sociedade, para um acentuado grau de intervenção,

implementando os mecanismos para o Estado social ou *Welfare State* (Estado do bem-estar social), marcando a fase do intervencionismo estatal na economia e do constitucionalismo social (CAMPOS, 2004, p. 28).

No que tange à evolução da proteção social no Brasil, em especial nas medidas de implementação do regime previdenciário, é pacífico na doutrina pátria (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 56), que a publicação do Decreto Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923 (Brasil, 1923), consolidou a base do sistema previdenciário brasileiro, quando foi criado a caixa de aposentadorias e pensões dos empregados ferroviários. Conhecida como Lei Eloy Chaves, a referida norma é considerada a origem da previdência social no País.

Esclarece Marcelo Leonardo Tavares (2002, p. 13), em obra dedicada exclusivamente a matéria, o conceito de previdência social, *in verbis*:

> A previdência no Regime Geral de Previdência Social é conceituada como seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa cobrir os seguintes riscos sociais: incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, desemprego involuntário, morte e reclusão. É direito de fruição universal para os que contribuam para o sistema.

Em relação ao regime de previdência dos servidores públicos, como bem lembrou Aécio Pereira Júnior (2005), destaca-se que já na Constituição de 1891 (Brasil, 1891) foi estabelecido o direito à aposentadoria por invalidez para os servidores públicos, custeado pelo Tesouro.

Diante da natural evolução do regime jurídico do servidor público brasileiro, em especial com a edição da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Brasil, 1952), que concebeu o estatuto dos servidores públicos da União, tona-se perceptível que a característica marcante do regime estatutário consistia sempre que a proteção social era tratada como extensão da política de pessoal, a outorga da aposentadoria seria um prêmio, até mesmo pelo fato de inexistir em tempo remoto o custeio por parte do servidor.

No campo histórico, entretanto, seguiram-se crises do Estado de bem-estar social, evidenciadas, principalmente, nas décadas de 1970 e 1980, o que, de certa forma, amparou a tese dos que defendiam a ideologia do Estado neoliberal, notadamente na intervenção mínima estatal.

Nesse contexto, a melhor tentativa de solução foi a redefinição do papel do Estado representada pela *Reforma ou Reconstrução do Estado*, também denominada de *Reinvenção Solidária e Participativa do Estado*, que, em síntese, tem como objetivo o resgate da *governança* como instrumento para fortalecimento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da Carta Magna (CAMPOS, 2004, p. 28).

Oportuno mencionar, não obstante, que até mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), pelo qual se seguiu com a edição da Lei nº 8.112, de 1990 (Brasil, 1990), estatuto em vigor do servidor público da União, além das normas infraconstitucionais dos demais entes federados que dispensaram tratamento administrativo aos seus respectivos servidores, a matéria previdenciária continuou a ser

apenas tratada em capítulo específico dentro do regime estatutário, a exemplo do Título VI – Da Seguridade Social do Servidor, Lei nº 8.112, de 1990 (Brasil, 1990), condicionada no leque de benefícios do próprio regime estatutário.

Por outro lado, o conceito de governança, na nova redefinição do Estado, relaciona-se não somente como exercício do poder, ou seja, na capacidade de governar ou administrar o Poder Público, mas, sobremodo, na eficácia da implementação de políticas públicas.

Desse modo, para se recuperar a capacidade de governar, a fim de implementar políticas sociais, fez-se necessário o ajuste fiscal, como mecanismo utilizado para o resgate da governança, pois são necessários recursos para a implementação das políticas públicas eficientes (CAMPOS, 2004, p. 30).

Nesse ponto, dentro do conjunto integrado de ações com o intuito de assegurar os direitos *à saúde, à previdência e à assistência social* (Brasil, 1988, art. 194), em razão dos desequilíbrios (fiscal e social), necessitou-se de reajustes.

Nesse quadro, foram implementadas as reformas da previdência e fiscal3, com o objetivo de solucionar os desequilíbrios fiscal e social.

As seguidas reformas do Estado, afinal, objetivaram recuperar governança, saindo de um modelo de administração burocrático para um modelo de administração gerencial, eficiente, flexível e transparente

3 Implementada pela edição da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

(CAMPOS, 2004, p. 30).

Segundo Carmelo Mesa-Lago, "*a América Latina e o Caribe, ao fim da década de 1980, destinavam 90% dos gastos públicos para a seguridade social: previdência (54%) e saúde (36%), com tendência de aumento, principalmente no caso previdenciário, em razão do envelhecimento da população coberta*" (apud CAMPOS, 2004, p. 31).

Pela própria discrepância do regime previdenciário dos servidores públicos, que era até então tratado como extensão da política de pessoal, em grande parte suportada pelos cofres públicos, tornaram-se necessárias as reformas da previdência que se concretizaram como grandes marcos constitucionais: Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998 (Brasil, 1998); Emenda Constitucional nº 41, de 31 de dezembro de 2003 (Brasil, 2003); Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005 (Brasil, 2005); e, mais recentemente, Emenda Constitucional nº 103, de 13 de novembro de 2019 (Brasil, 2019).

Com as precitadas Emendas formou-se um novo quadro institucional de regimes previdenciários, veja-se:

a) Regime Geral de Previdência Social (RGPS);

b) Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos (RPPS); e,

c) Regime de Previdência Complementar (RPC).

As reformas da previdência tiveram como objetivo o equilíbrio fiscal dos gastos, certamente para assegurar recursos a fim de saldar os

débitos sem comprometer verbas a serem destinadas a outras ações, mas também erigiu da necessidade premente de se atenuar o déficit previdenciário, agravado em virtude de nova feição vista nas variáveis sociais, tais como aumento de expectativa de vida da população, redução da taxa de natalidade, diminuição do quociente da relação contribuinte/beneficiários e inativos etc., tudo com vistas ao alcance da governança, para o fim das implementações de novas políticas públicas.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 1998 (Brasil, 1998), o regime previdenciário do servidor público passou a ser eminentemente contributivo, norteado pelo binômio contribuição/benefício, e que obedeça a critérios de contabilidade e atuária, de modo a assegurar o equilíbrio financeiro e atuarial, em cumprimento ao disposto no art. 40, *caput*, da Carta Magna (Brasil, 1988).

Oportuno mencionar que antes da Emenda nº 20 (Brasil, 1998), a contagem para a inativação era condicionada tão-somente como "tempo de serviço", ou seja, apenas pela condição do lapso temporal fático. Hodiernamente, com o implemento do regime contributivo, a contagem para a aposentadoria leva em consideração o "tempo de contribuição" para o fundo previdenciário. Portanto, o regime atual significa em efetivo recolhimento previdenciário.

Não apenas isso, qualquer benefício a ser futuramente integralizado aos proventos de inatividade deve ter sua correspondente contrapartida, devendo compor a base de cálculo da respectiva contribuição previdenciária, de sorte que deve sempre haver sintonia entre

as contribuições recolhidas e os benefícios a serem futuramente auferidos, inclusive por determinado lastro de tempo.

O regime contributivo é alicerçado pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, também matéria de índole constitucional, pois as contribuições levam em conta critérios de valor e tempo para o equilíbrio do sistema.

Percebe-se, dessa forma, que a partir da Emenda Constitucional nº 20 (Brasil, 1998), ocorreu profunda reforma no sistema previdenciário brasileiro, em especial no campo dos servidores públicos efetivos, que se seguiu com os amoldamentos nas legislações infraconstitucionais nos entes federados, de modo especial na implementação de cada Fundo de previdência - FPS e Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, gerido por entidade mantenedora especifica (instituto de previdência).

O aprofundamento no campo previdenciário continuou com a Emenda Constitucional nº 41, de 2003 (Brasil, 2003). Se o escopo do processo de mudança ocorrida pela Emenda Constitucional nº 20 (Brasil, 1998) alcançou todo o sistema previdenciário brasileiro, a reforma da previdência por meio Emenda Constitucional nº 41 (Brasil, 2003), teve como objeto central o regime dos servidores públicos e membros de cada Poder, promovendo significativa mudança por atacar diretamente as questões como o cálculo dos proventos, redutor de pensões, contribuição de inativos e pensionistas, previdência complementar, regra de transição, etc.

Sem embargos, pode-se dizer que as duas mais importantes

alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 41 (Brasil, 2003), relacionam-se como fim da integralidade (direito do servidor público de receber uma aposentadoria no mesmo valor que recebia no seu último cargo efetivo) e da paridade (direito do servidor de receber os mesmos reajustes que os servidores da ativa).

No que diz respeito à Emenda Constitucional nº 47, de 2005 (Brasil, 2005), teve como objetivo principal amenizar os efeitos da Emenda Constitucional nº 41 (Brasil, 2003), estabelecendo regra de transição aplicável aos servidores públicos que tenham ingressado no serviço público até 16/12/1998, ou seja, anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 20 (Brasil, 1998), para efeitos de aposentadoria voluntária.

A questão sobre a previdência social, ainda assim, continuou sendo um dos temas mais debatidos pela sociedade brasileira, diante da problemática do seu déficit, pelo fato do governo sequer conseguir fechar as contas. A previdência, em dado momento, respondia por mais da metade da despesa primária da União e estados, além, é claro, do envelhecimento da população, lembrando que o sistema de previdência brasileiro é de repartição, por meio da solidariedade entre gerações, ou seja, quem está na ativa banca os inativos e pensionistas.

Dessa forma, nova modificação na estrutura da previdência ocorreu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019 (Brasil, 2019). Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 103 (Brasil, 2019), foram revogadas inclusive as regras

de transição contidas nas emendas constitucionais anteriores.

A Emenda Constitucional nº 103 (Brasil, 2019), é considerada uma reforma com contornos mais amplos, por alcançar tanto o regime geral (RGPS) como o regime previdenciário dos servidores públicos (RPPS); dentre as principais mudanças, instituiu uma idade mínima para o regime geral de previdência (já existente no RPPS); aumentou a idade mínima para o regime de previdência dos servidores públicos; alterou os critérios e a formula de cálculo da pensão por morte; e efetivou ainda novas alíquotas de contribuição, dentre outras medidas.

Com a Emenda Constitucional nº 103 (Brasil, 2019), houve também significativa limitação do rol de benefícios a ser concedidos pelo RPPS, de modo que, hodiernamente, oferece-se apenas os benefícios de aposentadoria e pensão por morte aos seus segurados e pensionistas, nos termos do seu § 2º, art. 9º (Brasil, 2019).

4. DA INCOMPATIBILIDADE DO REGIME JURÍDICO DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA COM O REGIME CONSTITUCIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.

Diante dos acontecimentos já destacados, afigura-se evidente que no passado existia uma grande simbiose entre a cassação da aposentadoria com o respectivo regime previdenciário que se aplicava ao servidor de carreira, contida em capítulo específico do respectivo regime estatutário.

O congênere do antigo modelo, marcadamente pela horizontalidade trazida dentro do exclusivo regime estatutário, como política de recompensa confinada no ramo de direito jurídico-administrativo, não havia dúvida sobre a permissividade do controle de penalidade disciplinar para os casos em que o servidor inativo tivesse praticado, quando estava em atividade, uma infração punível com a demissão.

Como visto, a previdência do servidor outrora era regida predominantemente pelas regras do regime estatutário, como política de pessoal. E, sendo assim, era totalmente coerente o controle disciplinar mesmo quando o servidor já estivesse jubilado, porque o direito à aposentadoria derivava de todo um contexto emergente de um apanágio arcado pelo respectivo regime estatutivo, inclusive pago pelo Tesouro do Poder Público.

Com a evolução do direito previdenciário pátrio, em face de seguidas reformas constitucionais, significou uma clara ruptura com o modelo de seguridade então existente. A fundação de novo marco constitucional de previdência dos servidores públicos, inicialmente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20 (Brasil, 1998), pelo que se instituiu no regime próprio de previdência de cada ente federado, o campo de espectro de matiz se modificou totalmente, em relação ao praticado à luz do regime constitucional substituído. Percebe-se, desse modo, que as novas tonalidades adquiridas com as reformas constitucionais são significativas sob um olhar preciso e minucioso.

Primeiramente, é forçoso concluir que vigora o regime contributivo, norteado pelo binômio contribuição/benefício, ou seja, o regime atual significa em efetivo recolhimento previdenciário.

Sabe-se, igualmente, que os valores da seguridade previdenciária dos servidores estatutários, custeados hoje tanto pelo segurado quanto pela entidade pública, são direcionados ao Fundo de Previdência – FPS, ligados ao RPPS, devendo total observância aos critérios de contabilidade e atuária, de modo a assegurar o total equilíbrio financeiro e atuarial.

Apesar disso, entendemos que o ponto mais importante de análise recai sobre o seguinte fato: se antes o direito à aposentadoria, além de outros benefícios, constituía-se em uma relação jurídica entre servidor e Administração, hodiernamente, o direito à jubilação se dá no âmago de um ligame entre servidor (segurado) e entidade mantenedora do regime próprio (instituto de previdência), em ramo de direito singular.

Ora, é cognoscível que os efeitos provenientes das reformas constitucionais ensejaram o completo deslocamento da matéria previdenciária do campo do regime estatutário para o da seara do direito previdenciário, sujeitando o tema, inexoravelmente, a um novo patamar no campo da ciência do direito.

Diante de todo arcabouço conceitual do novel regime previdenciário do servidor, de nível constitucional, e sobrevindo total regulação acerca da matéria, torna-se evidente que a aposentadoria ou qualquer outro benefício securitário não se conforma em matéria do regime estatutário, da relação servidor e Administração, mas em novo

ramo de direito personalizado.

Assim, o estatuto dos servidores, cujo objetivo propõe-se a elucidar questões relativas ao regime jurídico-administrativo, não possui, necessariamente, correspondência com o regime previdenciário, nem mesmo quando conceitua tempo de serviço, já que para fins de aposentação e outros benefícios, será contado apenas quando existir efetiva contribuição.

No encadeamento coerente, portanto, reparamos facilmente que, hoje em dia, embora o servidor efetivo esteja legalmente entrelaçado ao regime estatutário (Administração), em sua atividade, tem-se, em contrapartida, constituída uma nova relação quando se encontra efetivamente filiado ao RPPS, gerido por órgão público independente, encontrando-se plenamente **segurado** ao RPPS nos termos da norma legal previdenciária.

Convém destacar que não se trata da aplicação do princípio da especialidade para solucionar conflito aparente ou de conflito de normas no tempo, o que se deve considerar é a objetividade jurídica de cada ramo de direito em comento.

É oportuno destacar, por exemplo, o que dispõe a Lei Complementar nº 154, de 8 de dezembro de 2005 (Acre, 2005), que instituiu o RPPS dos servidores públicos do estado do Acre e criou o FPS, quando alude no seu art. 2º que o regime de previdência do servidor possui caráter contributivo, solidário e de filiação obrigatória, mantido pelo Estado por meio das contribuições dos segurados e dos Poderes

Legislativo, Judiciário e Executivo, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, bem como autarquias e fundações públicas.

Uma vez atendidos aos requisitos para obtenção da aposentadoria voluntária, de acordo com a normatização acerca da matéria, em nada se prendendo à conexão estatutiva, percebe-se que o servidor segurado obtém o direito adquirido em sua plenitude.

Diante desse cenário, torna-se praticamente descabido o uso do instituto da cassação da aposentadoria, não apenas por ser benefício oriundo do binômio contribuição/benefício, e sim porque o servidor se encontra amparado, e efetivamente segurado perante o RPPS, em total distanciamento com a outra relação jurídica existente (estatutária).

Quanto a esse aspecto, Magadar Rosália Costa Briguet et al (2007, p. 17) leciona que:

> A reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem admitindo a legitimidade da pena de cassação de aposentadoria, por ilícito administrativo cometido pelo servidor ainda na atividade, mesmo após o advento dos regimes previdenciários próprios, de caráter contributivo e atuarial, o que revela outra a hipótese de extinção do vínculo previdenciário.
> Cabe observar que a linha de entendimento adotada pelo Excelso Pretório parece pretender preservar a origem estatutária do benefício, que não se concilia com o delineamento constitucional dado ao regime próprio, em muito assemelhado ao regime geral, sobretudo na questão do custeio do regime.
> Independentemente das infrações funcionais cometidas, com reflexos civis, penais e administrativos, o fato é que se o servidor contribuiu para obtenção dos benefícios previdenciários, não é razoável retirar-lhe a aposentadoria, deixando-o sem proteção social.
> A penalidade se justificava quando custeada exclusivamente com recursos do Tesouro, ou seja, quando suportada pela

> coletividade.
> A par disso, é de notar que no regime geral não existe penalidade equivalente.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 418 (STF, 2020), assentado a compatibilidade da cassação de aposentadoria com o caráter contributivo do RPPS, diante dos princípios da isonomia e moralidade administrativa (STF, 2020), outras razões preponderantes devem ser observadas, até mesmo provenientes das reformas constitucionais subsequentes a Emenda Constitucional nº 20 (Brasil, 1998), que suplantaram claramente a antiga conexão existente com a seara estatutária.

Veja que a partir da Emenda Constitucional nº 41, de 2003 (Brasil, 2003), ocorreu a alteração no cálculo do benefício o qual passou a ser feito com base na média das remunerações do servidor e não na sua última remuneração, vale dizer, teve fim a garantia de aposentadoria com proventos integrais e paridade plena aos ativos (exceto para a regra de transição), distanciando-se completamente da correlação, antes existente, com o regime estatutário.

Na atual conjuntura constitucional, entendemos que não há como justificar sendo o servidor antes aposentado, mas depois revertido e demitido, estaria respaldado ainda pela aposentadoria do regime geral (RGPS), de modo a não vedar a aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria, mesmo no atual sistema contributivo, consoante

entendimento perfilhado nas cortes superiores4.

Percebe-se que grande fatia dos servidores em atividade recebem os vencimentos acima do teto do regime geral, logicamente, isso acaba por gerar em recolhimento previdenciário superior ao custeio do regime geral, de modo que, mesmo na situação do cálculo da vantagem a ser feito com base na média das remunerações do servidor, interpretamos que a cassação da aposentadoria, seguida da utilização do respectivo período contributivo para se requerer aposentadoria no RGPS, infere-se em ato que possivelmente produz enriquecimento ilícito do Poder Público.

Até mesmo diante da limitação da aposentadoria ao teto do RGPS, gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que se torna obrigatória para os servidores de entes federados que instituíram o regime de previdência complementar, nos termos do §14, do art. 40, Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) – aliás, essa regra já vale no âmbito do serviço público federal desde 2012, quando foi instituída pela Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012 (Brasil, 2012) –, constatamos que o acolhimento, do ex-servidor com aposentadoria cassada, pelo regime geral (RGPS) causaria grandes embaraços.

Sabe-se que a partir da criação do regime de previdência complementar, os novos servidores são filiados ao RPPS até o limite do

4 Tema sedimentado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) que fixou a seguinte tese: “O servidor público aposentado no RPPS e que sofrer pena de cassação de sua aposentadoria pode utilizar o respectivo período contributivo para requerer aposentadoria no RGPS, devidamente comprovado por meio de Certidão de Tempo de Contribuição fornecida pelo órgão público competente” (Tema 233).

teto de contribuição e benefício do INSS, caso desejem proventos com valor superior deverão aderir ao regime complementar, de modo a obter uma renda adicional à dos rendimentos concedidos pela previdência oficial (RPPS).

Conforme destacou Frederico Amado (2017, p. 635-636), a autorização constitucional para a instituição do regime público de previdência complementar, antes restrito ao campo privado, foi prevista já no advento da Emenda Constitucional nº 20, de 1998 (Brasil, 1998), quando permitiu a criação de entidades fechadas, ou seja, utilizada apenas por segurados da própria organização, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definitiva, sendo a adesão facultativa.

Imaginemos então o caso do servidor público sujeito ao regime de previdência complementar, paralelamente ao regime oficial, que tenha cassada a aposentadoria por ter praticado, na atividade, falta punível com a demissão. O consectário natural é que venha a ser acolhido perante o regime geral (RGPS), conforme entendimento de parcela da jurisprudência, talvez até mesmo vindo a receber o valor aproximado de proventos, logicamente, não se precisa de muito esforço para observar que tudo isso se envolve em ato desproporcional, desprovido de lógica e finalidade. Ora, se já recebe até o teto do INSS pela previdência oficial (RPPS), não há razão para a transferência entre regimes. Como se sabe, o encadeamento lógico e sistemático é que a norma deve buscar um propósito, isto é, no plano hipotético a norma é meio para uma finalidade.

É de se perguntar, ademais, caso haja a cassação da aposentadoria de servidor subjugado ao regime previdência complementar, perderá também a renda adicional além do valor dos rendimentos concedidos pela previdência oficial (RPPS)? Como fica a questão do servidor participante de previdência complementar, que tem natureza pública e é feita por entidade fechada?

Torna-se nítido que, uma vez cassada a aposentadoria, vindo o servidor a perder o plano de benefício complementar, portanto, com o acolhimento apenas pelo regime geral produz enriquecimento ilícito da entidade fechada.

Destaque-se que outros entes federados já aderiram ao regime de previdência complementar, de modo que, sem dúvida, esse será o futuro do direito previdenciário do servidor efetivo.

O regime disciplinar, por outro lado, tem como objeto jurídico o interesse patrimonial e moral, com finalidade não somente de prevenir o cometimento de ilícitos administrativos, na verdade e acima de tudo, com objetivo de correção, além de zelar pela coisa pública.

Dessa forma, torna-se irrazoável a penalidade de cassação de aposentadoria, quando se olha pelo ângulo do ligame previdenciário, por tudo que foi dito anteriormente, e até pela órbita de alcance do bem jurídico tutelado pelo regime estatutário, sabendo que o inativo será acolhido pelo RGPS, pela questão social que tudo envolve, sem descurar dos aspectos envolventes do paralelo sistema previdência complementar, como narramos anteriormente, sob pena de enriquecimento ilícito do

Poder Público.

Comporta dizer que as órbitas de direitos e deveres envolvidos são independentes dentro da própria perspectiva de cada ramo jurídico. Nesse caso, é verdade que a falta passível de demissão não afasta as demais formas recriminatórias possivelmente existentes, que se mantém pelas diversidades dos interesses tutelados (administrativa, penal e cível), no entanto, não há como estabelecer grau de resposta, que no contexto se reservava primitivamente (mas hoje não), em objeto da gestão disciplinar, dentro da natureza de garantia protegida, na atualidade, por outro ramo de direito (previdência).

É importante reverberar que a incompatibilidade da cassação de aposentadoria com o novo regime constitucional previdenciário, não afasta a instauração do procedimento administrativo disciplinar, não meramente porque o ordenamento jurídico exige que, diante da ciência de irregularidade no serviço público, deve a autoridade competente promover a sua apuração imediata (Acre, 1993, art. 194).

Na verdade, ainda que o servidor já esteja jubilado, o processo disciplinar poderá alcançar a aplicação de penalidades que produzem efeitos, essas sim, para além do antigo vínculo, por exemplo, para aplicação das seguintes penas: a) indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário, b) da incompatibilização do ex-servidor para nova investidura em cargo pelo prazo de cinco anos, c) representação penal e/ou d) banimento do serviço público.

Veja que nas demais órbitas de tipos de transgressões

disciplinares supracitados, existem efetivamente uma correlação e finalidade entre as formas recriminatórias e a possibilidade de punição correspondente, ocorrendo a parametrização da conduta como se estivesse no mesmo campo de espectro, a ser buscada a mesma resposta.

Torna-se legítimo, por exemplo, que seja instaurado o procedimento disciplinar e prossiga se a transgressão resultar em penalidade de incompatibilização do ex-servidor para nova investidura em cargo pelo prazo de cinco anos, porque nesse caso o interesse a ser tutelado continua a existir, principalmente quando a Administração reprova o ato do ex-servidor a ponto de impedi-lo a retornar ao serviço público.

Argumento similar serve para os casos em que o procedimento disciplinar busque o ressarcimento ao erário. Afasta-se, assim, raciocínios contrários de que aceitar a incompatibilidade da cassação de aposentadoria com o atual regime constitucional previdenciário afugentaria totalmente a instauração do regime disciplinar. Isso não deve suceder, o processo disciplinar visa promover além da disciplina, a regularidade e o aperfeiçoamento da atividade pública, de modo que, é dever da Administração a todo o momento investigar, perquirir e examinar com o intuito de esclarecer a verdade dos fatos.

Pela pertinência, convém enfatizar que o levantamento de eventual irregularidade tem aptidão para produzir efeitos para além da relação funcional outrora firmada, ou seja, não serve unicamente para fins da aplicação da reprimenda, tais como, a advertência, suspensão e demissão.

Sob tal perspectiva, a apuração deve ser levada a cabo pela autoridade competente, inclusive de modo a buscar soluções e condições, de modo a coibir novas ocorrências de lesão ao erário e dilapidação ao patrimônio público, principalmente quando não há mecanismos de efetivo controle e proteção aos bens públicos. Pelo procedimento disciplinar, deve-se encontrar os mecanismos de controle e outras formas para regular os procedimentos de proteção aos bens públicos e a atividade pública, visando corrigi-los.

Oportuno registrar que, enquanto o Supremo Tribunal Federal não declarar a inconstitucionalidade da referida cassação, continua sendo possível aplicar tal reprimenda ao final de processo disciplinar, em observância ao princípio da legalidade estrita (art. 37, CF/88), já que cabe à Administração Pública o completo atendimento aos ditames da lei, não podendo por simples ato jurídico afastar qualquer norma, ainda que envolta de provável inconstitucionalidade.

Voltando-se ao plano do regime previdenciário, outro ponto que merece destaque, por trazer à tona a clara evolução constitucional do regime previdenciário, relaciona-se à promulgação da recente Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019 (Brasil, 2019), que acrescentou o §14 do art. 37 ao texto constitucional, com a seguinte redação:

> Art. 37.
> (...)
> § 14. A aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função

> pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição.

O texto em sua clareza não reserva maiores problemas de ordem exegética. Com o ato de inativação sobrevém o total rompimento do vínculo laboral originário. Sobre este aspecto, pertinentes são as considerações traçadas por Mauro Roberto Gomes de Mattos (2020):

> Ao **explicitar** que a aposentadoria deferida com base na utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive no Regime Geral de Previdência Social, **acarretará o rompimento do vínculo jurídico que gerou o referido tempo de contribuição.**
> Esse **rompimento de vínculo jurídico do servidor público com a Administração é a cessação dos efeitos da relação obrigacional que até então vinculava as partes.**
> Isso porque o vínculo jurídico é aquele que decorre de uma relação com parâmetros legais fixados na lei e que estabelece direito e deveres das partes envolvidas.
> No âmbito do direito, o vínculo jurídico é a obrigação pela qual o devedor deve pagar ao credor o que fora previamente pactuado.
> In casu, **não havendo mais vínculo jurídico**, o poder correicional perderá a eficácia, em face do **rompimento da relação obrigacional que até então prevalecia.**
> Ou seja, mesmo **alterando a aposentadoria voluntária para aposentadoria contributiva, tanto o Supremo Tribunal Federal – STF quanto o Superior Tribunal de Justiça – STJ, entendiam ser possível à conversão de demissão em cassação de aposentadoria**.
> Agora, após a promulgação da **Emenda Constitucional nº 103/2019**, a Constituição deixa explícita que a aposentadoria acarreta no **"rompimento do vínculo", o que significa dizer que não se pode mais cassar a aposentadoria.**
> Isso porque quis o constituinte deixar explícito que, em sendo a aposentadoria uma decorrência da contraprestação às contribuições previdenciárias pagas durante o período efetivamente trabalhado, a diminuição e a alteração, ou a supressão, da mesma, irá redundar em enriquecimento ilícito

> da Administração Pública.
> **Esse novo posicionamento constitucional**, em nossa opinião, **é justamente para alterar o padrão jurisprudencial até então estabelecidos pelas Cortes Revisoras, pois o atual sistema contributivo para o servidor se aposentar se transformou em seguro, que se implementará quando for deferida a aposentadoria.**
> Nessas circunstâncias, a cassação de aposentadoria se torna incompatível com a instituição do regime previdenciário contributivo.
> **Não há mais**, dessa forma, **recepção do art. 134, da Lei nº 8.112/90** ao atual regime de previdência estabelecido na Constituição Federal.
> Isso porque, levando-se em conta que os valores recolhidos ao regime previdenciário do servidor, com a respectiva atualização, **é um seguro e não há como o poder público locupletar-se de tais valores, como forma de punir disciplinarmente o servidor.**

É totalmente correta a leitura realizada pelo articulista. A Emenda Constitucional nº 103, de 2019 (Brasil, 2019), colocou uma pá de cal na discussão que girava em torno da constitucionalidade do instituto da cassação de aposentadoria frente aos novos ditames do regime constitucional previdenciário.

Como bem arrematou Mauro Roberto Gomes de Mattos (2020), a Emenda Constitucional nº 103 (Brasil, 2019) impôs nova leitura ao art. 134, da Lei nº 8.112, de 1990 (Brasil, 1990), encerrando a discussão sobre a constitucionalidade de penalizar o aposentado com a perda de seus proventos de aposentadoria.

Inclusive, a compulsoriedade do §14 se estende até mesmo ao regime geral (RGPS). Nesse caso, oportuno mencionar que o escopo do texto constitucional tem como norte, seguramente, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade dos

parágrafos 1º e 2º do art. 453 da CLT (Brasil, 1943), por ocasião do julgamento das ADI's 1721 e 1770 (STF, 2006), por entender naquele momento que a aposentadoria espontânea não extinguiria o contrato de trabalho. Situação ora revista a nível constitucional, sendo manifestamente perceptível o desiderato de alcance perante todo o ordenamento constitucional previdenciário vigente, em nítido caráter de correção de rumo quanto à matéria em comento.

Nesse contexto, é marcante a diferença do ato de jubilação que integrada à época o regime estatutário, pelo que consistia em extensão de política de pessoal com claro perfil de prêmio, em face da atual sistemática do direito constitucional à aposentadoria pelo regime próprio de previdência dos servidores públicos.

Portanto, não há como deixar de concluir pela especificidade da relação do servidor segurado e o regime de previdência, com parametrização de conduta ímpar, em situação jurídica específica, consagrada por um conjunto de normas com aptidão de titularizar direitos ao respectivo destinatário, não cabendo ao regime estatutário estabelecer qualquer prejuízo, haja vista que o direito previdenciário do servidor público se destaca por completo do vínculo laboral originário.

Este é, inclusive, o entendimento a respeito do tema do Tribunal Pleno do E. Tribunal de Justiça do estado do Acre, bem como dos Órgãos Especiais dos Tribunais de Justiça dos estados de Santa Catarina e de São Paulo:

> DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR TIPIFICADA NO ART. 182, V, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 39/1993. INCONTINÊNCIA PÚBLICA E CONDUTA ESCANDALOSA. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO. DO ATO JURÍDICO PERFEITO. DA SEGURANÇA JURÍDICA. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O CARÁTER CONTRIBUTIVO E SOLIDÁRIO DA APOSENTADORIA. SEGURANÇA CONCEDIDA

1. **A cassação da aposentadoria como forma de sanção disciplinar é incompatível com a nova ordem constitucional, a partir da promulgação das Emendas Constitucionais nº. 03/92 e 20/98 a partir da qual o sistema previdenciário do servidor passou a ter caráter contributivo e de filiação obrigatória** (Art. 201, caput, da Constituição Federal), e a aposentadoria deixou de ser um prêmio ao servidor e passou a se constituir em um seguro, ou seja, um direito de caráter retributivo face ao binômio custeio/benefício. Precedentes dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Estado de Santa Catarina (TJ/SP, MS nº 0005462-84.2013.8.26.0000) e (TJ/SC, Recurso de Decisão nº 2009.022346-1).

2. A pena de cassação de aposentadoria importa em violação aos princípios do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e do caráter contributivo e solidário da aposentadoria.

3. Segurança concedida.

(TJAC, Relator (a): Francisco Djalma; Comarca: N/A; Número do Processo:1000147-15.2017.8.01.0000; Órgão julgador: Tribunal Pleno Jurisdicional; Data do julgamento: 19/12/2017; Data de registro: 09/01/2018). [grifos nossos]

ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5°, INCISO III DA LCE N. 412/08. **PREVISÃO DE APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA A POLICIAL MILITAR DE SANTA CATARINA PELA PRÁTICA DE ILÍCITO**

DISCIPLINAR PERPETRADO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. AFRONTA AO REGIME CONTRIBUTIVO QUE REGE O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, AO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO, DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA VEDAÇÃO DE PENA DE CARÁTER PERPÉTUO OU QUE ULTRAPASSE A PESSOA DO CONDENADO E DA PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTS. 1º, INC. III, 5º, INCS. XXXVI, XLV e XLVII. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, ARTS. 1º e 4º. ARGUIÇÃO JULGADA PROCEDENTE. RETORNO DOS AUTOS À QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.
(TJSC, Arguição de Inconstitucionalidade n. 1001729-45.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Pedro Manoel Abreu, Órgão Especial, j. 20-11-2017). [grifos nossos]

MANDADO DE SEGURANÇA Demissão a bem do serviço público de Delegado de Polícia, posteriormente à impetração convertida em pena de cassação da aposentadoria, pronunciada pelo Governador do Estado Hipótese em que incumbe ao Judiciário, no controle de legalidade, a verificação dos antecedentes de fato e sua congruência com as justificativas que determinaram a decisão administrativa, ou seja, o exame dos motivos que a ensejaram Disciplina punitiva que deve subordinar-se ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, no qual se contém a razoabilidade, impondo-se então a equivalência entre a infração e a sanção aplicável Ato administrativo impugnado que contém indicação plausível dos motivos que conduziram a autoridade apontada como coatora ao entendimento de que os fatos atribuídos ao impetrante poderiam ser tomados como de natureza grave a ponto de lhe ser aplicada a pena máxima, mostrando-se então legítima a opção adotada Insubsistência do ato, no entanto, pela **manifesta incompatibilidade das leis que preconizam a cassação de aposentadoria como sanção disciplinar com a nova ordem constitucional, estabelecida a partir da**

> **promulgação das ECs nºs. 03/93 e 20/98 Aposentadoria que não mais representa um prêmio ao servidor, constituindo um seguro, ou seja, um direito de caráter retributivo face ao binômio custeio/benefício Pena de cassação de aposentadoria que importa, ademais, em violação aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana** Ordem concedida.
> (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2091987-98.2014.8.26.0000; Relator (a): Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 28/01/2015; Data de Registro: 11/02/2015) [grifos nossos]

A linha de entendimento sedimentado no âmbito dos tribunais de justiça se fundamenta, em boa dimensão, com total clareza do que já foi aqui relatado.

Na atual sistemática constitucional, o direito à aposentadoria do servidor quando se transforma em direito subjetivo definitivamente incorporado ao patrimônio do titular (direito adquirido), dar-se-á no interior de uma relação jurídica entre o segurado e o regime próprio de previdência, gerido por instituto ou órgão personalizado, que leva em consideração o respectivo custeio pelos participantes, com total necessidade de obediência aos critérios de contabilidade e atuária, e de modo a assegurar o equilíbrio financeiro e atuarial do fundo de previdência.

Como bem relatado nos arestos acima, pode-se concluir que a aposentadoria deixou de ser um prêmio ao servidor e passou a se constituir em um seguro, ou seja, um direito de caráter retributivo face ao binômio custeio/benefício.

5. CONCLUSÃO

Sem dúvida, manifesto foi o propósito do legislador constituinte reformador em definir um novo modelo previdenciário pátrio – por meio das reformas constitucionais –, que se constituiu em novo ramo de direito com princípios e normas específicas. À vista disso, com a fundação de novo marco constitucional, não há como o regime estatutário pretender revogar o direito à aposentadoria, após regular tramitação e preenchimento dos requisitos previstos na Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) e legislação ordinária.

A obrigatoriedade do atendimento às normas e aos princípios previdenciários acontecem, simultaneamente, mesmo na predominância da regência do regime jurídico-administrativo que regula a relação laboral.

Com isso, ainda que o inativo tenha praticado, na atividade, falta punível com a demissão, o direito à aposentação definitivamente incorporado ao seu patrimônio (direito adquirido) não poderá ser sobrepujado, porque é nascido de uma relação jurídica entre segurado e regime próprio de previdência, dependente de fundo com sistema contributivo, custeado pelos participantes do regime, com total necessidade de obediência aos critérios de contabilidade e atuária, de modo a assegurar o equilíbrio financeiro e atuarial.

Contudo, não se pode dispensar o processo disciplinar após a aposentadoria de servidor que tenha praticado ato ilícito quando estava em atividade, notavelmente pela possibilidade de o processo alcançar a

aplicação de penalidades diversas da cassação da aposentadoria e, ainda assim, essenciais para assegurar a moralidade e a disciplina na Administração.

É verdade que, enquanto o Supremo Tribunal Federal não declarar a inconstitucionalidade da mencionada cassação, continua sendo possível aplicar tal reprimenda ao final de processo disciplinar, em observância ao princípio da legalidade estrita (art. 37, CF/88), que vincula a ação da Administração Pública.

Fato é que, a desconexão entre os regimes torna-se acentuada, expressamente, pelo vigente texto constitucional, quando preceitua que do ato de inativação processa-se o total rompimento da relação trabalhista originária, conforme determina o §14 do art. 37, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) – acrescido pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019 (Brasil, 2019).

Diante de tudo que foi mencionado em linhas pretéritas, pode-se chegar à conclusão de que o instituto da cassação de aposentadoria, forma de penalidade disciplinar do regime estatutário, é incompatível com o novo regime constitucional de previdência do servidor público, de modo a inexistir influência daquele regulamento com o ato de aposentadoria propriamente outorgado pelo regime próprio previdenciário a que se submete o servidor, isoladamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACRE. Lei Complementar nº 39, de 29 de dezembro de 1993. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Acre, das Autarquias e das Fundações Públicas, instituídas e mantidas pelo Poder Público. Disponível em < http://www.legis.ac.gov.br/detalhar/110 >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Lei Complementar nº 154, de 08 de dezembro de 2005. Institui o Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado do Acre, cria o Fundo de Previdência Estadual e dá outras providências. Disponível em < http://www.legis.ac.gov.br/detalhar/128 >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre, Mandado de Segurança Cível: 1000147-15.2017.8.01.0000. Relator: Francisco Djalma, Tribunal Pleno, Rio Branco, 19 de dezembro de 2017. Diário da Justiça Eletrônico. Rio Branco, 09 jan. 2018. Disponível em: < https://tinyurl.com/n28bpzke >. Acesso em: 19 mai. 2021

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo**.** 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

AMADO, Frederico. **Direito previdenciário**. 8ª ed. rev. ampl e atual. Bahia: Editora JusPODVM, 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização. Tema Representativo da Controvérsia nº 233. 2021. Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-233 >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Constituição Federal de 1891. Promulgada em 24 de fevereiro de

1891. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm >. Acesso em: 21 mai. 2021.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Crea, em cada uma das emprezas de estradas de ferro existentes no paiz, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos ernpregados. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682-1923.htm >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e

disposições transitórias. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12618.htm >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952. Dispõe sôbre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1711.htm >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm >. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 1721. Relator: Carlos Britto, Tribunal Pleno, Brasília, 11 de outubro de 2006. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 29 jun. 2007. Disponível em: < https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469598 >. Acesso em: 19 mai. 2021

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 1770. Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Brasília, 11 de outubro de 2006. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 01 dez. 2006.

Disponível em: < https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393006 >. Acesso em: 19 mai. 2021

_____. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 418. Relator: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, Brasília, 15 de abril de 2020. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 29 abr. 2020. Disponível em: < https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752545433 >. Acesso em: 19 mai. 2021

BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência social: aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios**. São Paulo: Atlas, 2007.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** 7ª ed rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 20. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Emenda Constitucional 103/2019 impede que haja cassação de aposentadoria como conversão de demissão. **Jus.com.br**. jan. 28, 2020. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/79236/emenda-constitucional-103-2019-impede-que-haja-cassacao-de-aposentadoria-como-conversao-de-demissao >. Acesso em: 13 abr. 2021.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. **Jus.com.br**. jun. 12, 2005. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/6881/evolucao-historica-da-previdencia-social-e-os-direitos-fundamentais >. Acesso em: 20 maio 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Arguição Incidental de Inconstitucionalidade em Apelação Cível: 1001729-45.2016.8.24.0000. Relator: Pedro Manoel Abreu, Órgão Especial, Florianópolis, 20 de novembro de 2017. Diário da Justiça Eletrônico. Florianópolis, 27 nov. 2017. Disponível em: < https://tinyurl.com/zydty3wj >. Acesso em: 20 mai. 2021

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Mandado de Segurança Cível: 2091987-98.2014.8.26.0000. Relator: Paulo Dimas Mascaretti, Órgão Especial, São Paulo, 28 de janeiro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico. São Paulo, 02 fev. 2015. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8197705&cdForo=0 >. Acesso em: 20 mai. 2021

TAVARES, Leonardo Marcelo. **Direito previdenciário.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

A VISÃO SISTÊMICA DO DIREITO COMO CONTRIBUIÇÃO À POLÍTICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS

Leandro Rodrigues Postigo Maia[5]
Luciano José Trindade[6]
Maria José Maia Nascimento Postigo[7]

RESUMO: A complexidade existente nas relações humanas na pós-modernidade, aliada à dificuldade de compreensão do funcionamento do todo, levou diversos estudiosos a proporem uma visão sistêmica, baseada na compreensão de como os sistemas vivos se estruturam, criam sua identidade, se comunicam e sobrevivem. Essa concepção mais ampla das relações espalhou-se naturalmente para todas as áreas do conhecimento, influenciando sobremaneira o Direito, que passou a contar com novas práticas que possibilitam uma visão sistêmica dos conflitos e meios

5 Procurador do Estado do Acre, Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM e em Direito Processual pela Universidade da Amazônia- UNAMA, em parceria com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - LFG.

6 Procurador do Estado do Acre, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Presidente da Comissão de Direito Sistêmico da OAB/AC. Corregedor-Geral da Procuradoria-Geral do Estado do Acre.

7 Procuradora do Estado do Acre, Especialista em Direito Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL e em Direito Processual Universidade da Amazônia-UNAMA, em parceria com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - LFG.

voltados à sua adequada resolução. Esse processo deu origem e vem consolidando a ideia do Direito Sistêmico, que pode ser compreendido como uma visão de justiça que visa construir a solução mais adequada para a real pacificação do conflito, observando todos os membros do sistema e a interdependência de suas relações. O presente artigo pretende fazer uma breve abordagem do pensamento sistêmico e a possibilidade de sua contribuição à política nacional de tratamento adequado dos conflitos e na boa gestão da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Sistêmico. Consensualidade e Cooperação. Meios adequados de solução de conflitos.

1. PENSAMENTO SISTÊMICO: ABORDAGEM DA VISÃO SISTÊMICA DA VIDA E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO.

Na antiguidade a *visão sistêmica da vida* era uma prática experiencial, vivenciada através da conexão com a natureza. Os povos antigos percebiam que ao tocar num fio, toda teia se movia e sentia aquela vibração. Mas na modernidade o racionalismo ocidental construiu e privilegiou o paradigma de *pensamento cartesiano-mecanicista*, baseado na individuação, análise, classificação e padronização. Contudo, diante do avanço das ciências e da complexidade cada vez maior das sociedades, o racionalismo

cartesiano se tornou insuficiente para explicar a realidade interdependente dos fenômenos civilizatórios, uma vez que o foco analítico das partes é limitado para compreender o funcionamento do todo. Ao se focar uma folha não se percebe a árvore, assim como ao observar a árvore perde-se a dimensão da floresta.

Dentre os inúmeros responsáveis pelo retorno da visão sistêmica da vida, com o paradigma do pensamento sistêmico baseado nos organismos vivos, temos o biólogo BERTALANFY8, criador da teoria geral dos sistemas, posteriormente aperfeiçoada pelo neurobiólogo Humberto MATURANA e pelo biólogo Francisco VARELA9, cuja visão dos sistemas vivos é de uma totalidade integrada, onde a sobrevivência e o desenvolvimento dependem (*i*) da funcionalidade dos membros do sistema, (*ii*) da existência de relações entre esses membros e (*iii*) da autorregulação da abertura do sistema para contato com seu entorno, visando obter energia e informações (se o sistema é muito aberto ele perde sua identidade, se é muito fechado ele definha e morre).

Partindo dessas premissas e inserindo a comunicação como elemento central dos sistemas humanos, Niklas LUHMAMN10 formulou

---

8 BERTALANFFY, Ludwing von. **Teoria Geral dos Sistemas.** 8ª edição. Petrópolis: Vozes, 2014.

9MATURANA, Humberto R. **A árvore do conhecimento.**8ª edição. São Paulo: Palas Athena, 2001.

10 *In* GONÇALVES, Guilherme Leite. Teoria dos sistemas sociais: **direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann.** São Paulo: Saraiva, 2013.

uma Teoria Geral dos Sistemas Sociais, segundo a qual a sociedade funciona através de diversos subsistemas (o político, econômico, o jurídico, o religioso etc), cada um estruturado num conjunto de elementos inter-relacionados, com especificidades e características diferenciadas.

Nesse contexto, considerando que o Direito é uma Ciência Humana, dinâmica e construída para garantir os princípios essenciais de uma determinada organização social e política para regulamentar as relações interpessoais e estabelecer consequências aos atos antijurídicos, ele é sistêmico.

Com efeito a construção, a interpretação e a aplicação do direito nunca são aleatórias. Ao contrário, geralmente se alinham ao sistema sócio-político conforme a dinâmica das forças sociais, políticas, econômicas, morais e culturais da respectiva sociedade. Nesse sentido, não se pode negar que o próprio direito tradicional tem influências das diversas categorias e atores sociais, recebendo relevantes contribuições da filosofia, da sociologia, da psicologia, da medicina, da economia, da ecologia etc.

Entretanto, a nova compreensão do Direito Sistêmico, como se verá adiante, propõe uma percepção mais profunda sobre as influências que os múltiplos sistemas, especialmente o familiar originário, exercem sobre o comportamento individual e as relações interpessoais.

De outra parte, também é importante observar que a visão sistêmica aplicada à resolução de conflitos não é algo inédito. Aliás,

a história e a antropologia registram inúmeras formas e experiências sistêmicas de convivência e tratamento de conflitos desenvolvidas por muitos povos antigos.

Dos ancestrais africanos, orientais e havaianos aos indígenas das américas, o pertencimento era uma necessidade comum e fundamental a esses povos. A importância da integração ao sistema familiar-comunitário cada um se perceber como membro indivisível de uma coletividade, não existindo entre eles a prevalência da afirmação individualista como ocorre nos dias atuais. É isso que expressa a chamada filosofia africana *Ubuntu*, segundo a qual *eu só existo porque nós existimos*. É a consciência de que cada um faz parte de algo maior, a compreensão da interdependência, de que cuidar do todo é cuidar de mim mesmo.

Além da visão sistêmica ser utilizada na abordagem e solução de conflitos em diversas culturas e povos antigos, ao longo do tempo também serviu de farol no trabalho desenvolvido por inúmeros advogados, *v. g.*, como Abraham LINCOLN, Mahatma GANDHI e Nelson MANDELA, líderes mundialmente reconhecidos e exemplos para a humanidade pela forma bem-sucedida no trabalho de resolução de conflitos e pacificação social. Como disse sistemicamente Mandela, "*se você quer fazer as pazes com seu inimigo, você tem que trabalhar com ele. Em seguida, ele irá tornar-se seu parceiro*."

Na recente obra "A revolução ecojurídica", CAPRA e Ugo

MATTEI11 alertam que a obsoleta visão cartesiano-mecanicista do direito é uma das raízes de muitas crises ambientais, econômicas e sociais da atualidade, por isso propõe um Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade.

Em âmbito nacional, ao longo da história também tivermos inúmeros juristas cujo trabalho de relevo ilustra o diferencial da percepção sistêmica, a exemplo do notável Rui BARBOSA12, que assim se referiu ao coração humano na obra "Oração aos Moços":

> É o órgão da fé, o órgão da esperança, o órgão do ideal. Vê, por isso, com os olhos d'alma, o que não vêem os do corpo. Vê ao longe, vê em ausência, vê no invisível, e até no infinito vê (...) E, assim, está o coração, cada ano, cada dia, cada hora, sempre alimentado em contemplar o que não vê, por ter em dote dos céus a excelência de ver, ouvir e apalpar o que os olhos não vêem, os ouvidos não escutam e o tato não sente.

Outro exemplo de personalidade jurídica com grande visão sistêmica aplicada ao direito foi SOBRAL PINTO, um dos maiores advogados e defensores dos Direitos Humanos no Brasil, que dizia "*devemos odiar o crime e amar o criminoso*".

Falar em visão sistêmica no direito é, antes de tudo, ter a

---

11 CAPRA, Fritjot e Ugo MATTEI. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo, Cultrix, 2018.

12 BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços.** São Paulo: Editora HB, 2016.

percepção que cada pessoa é o resultado de seu contexto sistêmico (familiar, social, religioso, econômico, ambiental e cultural). Cada um de nós vê o mundo pelas lentes dos paradigmas que nos foram ensinados. A todo instante percebemos, selecionamos e elaboramos significados de acordo com uma "realidade" subjetiva e prévia, que existe em nós inconscientemente. Estamos sujeitos a modelos padronizados de pensamento. Pensamos aquilo que já foi pensado e nos foi legado pelos múltiplos sistemas aos quais pertencemos, especialmente a nossa família de origem.

Por outro lado, essa complexa vida sistêmica em sociedade é fonte inesgotável de conflitos interpessoais, cuja capacidade de resolvê-los de forma pacífica é considerada uma das formas mais aceitáveis de aferição do grau de civilidade de um povo.

Nesse sentido, duas são as formas clássicas de solução pacífica de conflitos: a autocomposição ou consensualidade, através da qual as próprias partes constroem a solução para o conflito, e a heterocomposição ou adversarial, através da qual as partes delegam a um terceiro a função de solucionar o conflito, sendo que esse papel tradicionalmente recai na figura do Estado-Judiciário.

No Brasil, histórica e culturalmente se consolidou a forma heterocompositiva (contenciosa) de solução de conflitos, delegando-se ao Poder Judiciário a tarefa de julgar os conflitos interpessoais e dizer o direito de cada um. Ocorre que, no contexto de um país com passado escravocrata e de elevada estratificação social, geográfica,

econômica, social e racial, desde sempre se avolumaram conflitos de interesses, com grande dificuldade para o Poder Judiciário dar respostas adequadas às suas demandas.

E isso se intensificou a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando se instituiu o chamado Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem-estar e a dignidade humana, tendo como objetivos, dentre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição de 1988 formalmente previu de forma extensiva e não exaustiva direitos fundamentais (individuais, sociais e coletivos), assegurou o acesso à justiça, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a garantia da assistência judiciária gratuita. Entretanto, o próprio Estado-Judiciário não estava estruturado para responder adequadamente à incessante busca pela materialização de tais direitos.

E com o advento da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais voltados à ampliação do acesso à justiça nas causas de menor complexidade, ocorreu a hiperjudicialização da vida, abarrotando o Poder Judiciário com milhões de demandas e aumentou ainda mais a morosidade da jurisdição.

Nesse contexto, com o objetivo de criar políticas públicas e mecanismos para dar maior presteza e celeridade ao Poder Judiciário, foi

realizada a Reforma do Judiciário e a criado o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Dentre seus efeitos vieram as Súmulas Vinculantes, repercussão geral dos recursos extraordinário e especial, o incidente de resolução de demandas repetitivas, o aumento do poder de relatores para decisões monocráticas e a criação de metas para julgamento de processos.

Entrementes, essas medidas tiveram efeitos positivos limitados e acarretaram certa mecanização de solução de processos, produzindo resultados mais para efeitos meramente estatísticos e resolução formal de litígios judicializados. Porém, cada vez mais se tornou claro que decisões mecanicistas só terminam processos, mas geralmente não ressoam na vontade das partes nem encerram os conflitos do mundo real. Muitas vezes, ao contrário, as decisões judiciais geram maior sentimento de insatisfação das partes e agravam os conflitos, acarretando o surgimento de novos processos.

Outrossim, como temos uma cultura social focada na competição individualista e que geralmente desconsidera qualquer forma de cooperação coletiva para construção de soluções de comum interesse, os cursos jurídicos estão estruturados com a finalidade de formar profissionais do direito preparados para atuar no tradicional sistema cartesiano-mecanicista, de lógica binária de bom x mau, certo x errado. Essa lógica adversarial e de conflito é a base do ensino jurídico na qual juízes, advogados, promotores, defensores e delegados de polícia são treinados para identificar e apontar erros e faltas do outro. Não há

abordagem sistêmica nem teoria ou prática de cooperação e consensualidade. Nossos operadores do direito estão preparados exclusivamente para atuar num cenário em que as partes sejam inimigas, num modelo onde para uma parte ganhar a outra tem que perder.

Destarte, constata-se que esse contexto excessivamente conflituoso além de não alcançar resultados efetivos de pacificação social também tem impactado negativamente tanto as partes, quanto os operadores do direito e a sociedade.

Com efeito, o acúmulo de 80 milhões de processos nas diversas esferas do Poder Judiciário brasileiro e o surgimento de cerca de 20 milhões de novas ações judiciais a cada ano demonstram que a judicialização da vida atingiu níveis patológicos que afetam toda a sociedade e que resultam, cada vez mais, na ineficácia das decisões judiciais para a real solução dos conflitos, resultando em sucessivos recursos ou em total descumprimento.

Contudo, visando uma mudança de perspectiva e de rumos, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe o *princípio da colaboração* (art. 6º), segundo o qual "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". E a visão sistêmica de justiça proposta pelo Direito Sistêmico se alinha a esse princípio, tendo muito a contribuir não apenas ao possibilitar às partes a expressão genuína de seus sentimentos, mas neles buscar a compreensão sobre as causas, as dinâmicas e os efeitos de suas relações interdependentes, a fim de que com uma percepção mais consciente se

possa alcançar a solução mais adequada para real pacificação do conflito.

2. **POLÍTICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS: CONSENSUALIDADE E EFETIVA PACIFICAÇÃO**

O Estado Democrático de Direito, desde o preâmbulo da Constituição Federal, almeja que a sociedade brasileira esteja fundada na harmonia social e comprometida com a solução substancial, pacífica, justa e efetiva das controvérsias.

Com a edição da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, foi dado passo importante na concretização do desiderato constitucional ao instituir a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, estimulando a busca por soluções extrajudiciais e por meios adequados à natureza e peculiaridade dos conflitos, bem como determinando aos tribunais de cada Estado a criação de uma estrutura voltada para sua resolução extrajudicial.

No mesmo diapasão, em 2015 o Código de Processo Civil atribui maior valor ao princípio da consensualidade, sendo que seu maior objetivo é a efetiva resolução material de conflitos. Nesse sentido, destacam-se as inovações do Novo CPC:

> - orientação ao poder público para promoção de solução consensual de conflitos judiciais ou extrajudiciais e determinação a todos os agentes de justiça para estimulo da conciliação, da mediação e outros métodos alternativos de solução consensual de conflitos (Art. 3º, §§ 2º e 3º);
> - determinação a todos os sujeitos do processo para cooperação a fim de se obter, em tempo razoável, decisão de

> mérito justa e efetiva (Art. 6º);
> - determinação para que os tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos para conciliação, mediação e programas de estimulo à autocomposição (Art. 165);
> - determinação para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem câmaras de mediação, conciliação e outras formas de solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (Arts. 174 e 175); e
> - determinação para busca de conciliação ou de mediação, a qualquer tempo, sendo considerado ato atentatório à dignidade da justiça e passível de multa o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência inicial para esse fim (Art. 334).

Ainda em 2015 foi editada a Lei de Mediação (Lei nº 13.140, de 23 de junho de 2015), dispondo sobre estrutura, princípios, regras, procedimentos e atores envolvidos, bem como sua adoção, tanto entre particulares, quanto pela Administração Pública, destacando-se a garantia de pagamento de honorários advocatícios contratuais da mesma forma que os casos judicializados.

E também de 2015 o novo Código de Ética e Disciplina da OAB veio estipulando dentre os deveres do advogado (art. 2º) o estímulo à conciliação entre os litigantes e a prevenção de instauração de litígios, bem como a vedação da diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução extrajudicial do litígio (art. 48, § 5º).

Em decorrência dessas inovações legislativas, no âmbito da Justiça Trabalhista a Resolução nº 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, instituiu o Plano nacional de estímulo à mediação e à conciliação na solução de conflitos trabalhistas e criação de Centros de Conciliação na Justiça do Trabalho.

Já no âmbito dos Tribunais de Justiça estaduais, seguindo as diretrizes da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça e o Provimento nº 01/2011, do Conselho Estadual da Magistratura, foram instituídos os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC's, bem como os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC's nas suas diversas Comarcas.

3. DESENVOLVIMENTO E PERSPECTIVAS DO DIREITO SISTÊMICO NO BRASIL

Direito Sistêmico é uma forma inovadora de trabalhar os conflitos judiciais e extrajudiciais. Seu embasamento jurídico maior está no mandamento constitucional da busca pela solução pacífica de controvérsias e na Resolução nº 125 do CNJ, que instituiu a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos. Significa que, constitucional e infraconstitucionalmente, está assegurado o desenvolvimento da visão sistêmica no direito e na solução de conflitos, nos mais diversos ambientes de labor jurídico, seja na Advocacia Pública ou Privada, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou dentro do Poder Judiciário.

A abordagem sistêmica, trazida da Teoria Geral dos Sistemas, como visto no tópico 1 desse artigo, permite uma visão diferenciada sobre as relações humanas, especialmente, sobre a

relação cliente-profissional que se torna mais eficaz e próspera.

É verdade que ao longo da história diversos povos utilizaram a visão sistêmica para auxiliar a solução de conflitos, bem como que inúmeros juristas alcançaram notável êxito no trabalho de pacificação através de diferentes metodologias sistêmicas. Contudo, é fato marcante que há cerca de 10 anos a expressão "Direito Sistêmico" começou a ser difundida pelo juiz Sami STORCH13, no Estado da Bahia, através da utilização da metodologia denominada Constelação Familiar, embasada nas ordens do amor (princípios sistêmicos dos relacionamentos), segundo a concepção desenvolvida pelo terapeuta e filósofo Bert HELLINGER: pertencimento, ordem e equilíbrio.

Entrementes, para falar sobre o surgimento da expressão Direito Sistêmico e do seu desenvolvimento no Brasil, antes é preciso abordar o trabalho desenvolvido por Bert HELLINGER, considerado o criador da Constelação Familiar. Foi um psicoterapeuta alemão que a partir de 1980 desenvolveu e expandiu para o mundo um método de compreensão e abordagem do sistema familiar. Suas percepções iniciais ocorreram na África do Sul, onde conviveu com o povo Zulu e observou a sua estrutura sistêmica de sua convivência, na qual o indivíduo que vive um problema é considerado como sintoma de uma desordem sistêmica.

Posteriormente HELLINGER se aprofundou nos estudos de outros profissionais e nas experiências de diversas abordagens

13 STORCH, Sami**. A Origem Do Direito Sistêmico: Pioneiro do Movimento de Transformação da Justiça com as Constelações.** São Paulo: Tagore, 2020. p. 106.

psicoterapêuticas e sistêmicas, tais como a psicanálise, a *gestalt* terapia, a terapia primal, a análise transacional, a hipnoterapia, a terapia familiar sistêmica, as lealdades invisíveis, o psicodrama, as esculturas familiares e a transgeracionalidade do inconsciente. Com todo esse arcabouço desenvolveu as constelações familiares, cujo método se conduz pela fenomenologia14, buscando acessar informações sistêmicas presentes nos campos mórficos, segundo a teoria de Ruppert Sheldrake15.

A percepção da existência de leis sistêmicas, ou princípios dos relacionamentos humanos (pertencimento, ordem e equilíbrio), chamadas por Bert Hellinger de *Ordens do Amor16,* é considerada uma de suas maiores contribuições para a compreensão e transformação das dinâmicas relacionais.

O princípio do *pertencimento* significa que o indivíduo não é isolado e depende do coletivo, mas o grupo também não existe sem seus membros. Então se um sistema não existe sem seus elementos,

---

14 O método fenomenológico, desenvolvido por autores como Edmund Husserl, Martin Heiddger e Mesleau Ponty, dentre outros, se realiza através da observação e exposição dos fatos em tempo real e sem pressuposições teóricas epistemológicas ou deontológicas sobre a questão. É, a fenomenologia, a ciência do homem em facticidade, que aborda a realidade sem pressupostos de qualquer ordem, pois se trata de um método de conhecimento para compreender, interpretar e descrever os fenômenos como se mostram.
15 Segundo a teoria dos campos mórficos, de Rupert Sheldrake, as informações sobre tudo o que já aconteceu permanece presente e influencia a realidade. A tradição hindu de *registros akáshicos*, o princípio da *não localidade* da física quântica e o *inconsciente coletivo* de Carl Jung são outras formas de explicar esse fenômeno. Numa linguagem atual de inteligência artificial, pode-se dizer que as informações morfogenéticas (do passado) ficam sutilmente armazenadas numa nuvem que permeia e influencia o aqui e agora.
16 HELLINGER, Bert. **Ordens do amor.** São Paulo: Cultrix, 2003.

pertencer é um fato e um direito de cada membro. Daí que quando um indivíduo é excluído por um julgamento moral de rejeição, repulsa e negação (a consciência individual julga saber distinguir o bem e o mal), o próprio sistema (consciência coletiva) atua para restaurar o pertencimento, mantendo no campo sistêmico as informações do comportamento do membro excluído e das causas da exclusão, o que influencia o comportamento dos outros membros e suas dinâmicas relacionais. Disso resultam padrões sistêmicos, ou seja, membros que de forma não intencional repetem o comportamento e as dinâmicas relacionais do excluído, se tornando uma forma de pressão para que o membro excluído seja olhado, reconhecido e reincluído.

Importante observar que, no sentido aqui tratado, a exclusão nada tem a ver com a reprovação social dos atos ilícitos nem com a imposição de suas consequências e penalidades jurídicas. Aliás, a visão sistêmica das relações humanas compreende que o agressor somente pode recuperar sua dignidade e restaurar o equilíbrio ao assumir responsabilidade e consequências de suas ações. Mas isso não significa que possa ser excluído, ou seja, sofrer um julgamento moral, ser visto dissociado de seu contexto e totalmente livre para ser e fazer diferente, mas que age daquela forma porque é mau por natureza, portanto deve ser exterminado pelos “bons”. É esse tipo de “boa consciência” que tem causado todas as atrocidades e guerras da humanidade, porque é fechado no seu sistema de certo e errado, na ideia de que tem predisposição de dizer o que é bom e o que é mau,

não se abrindo para perceber o contexto sistêmico do outro.

O princípio da *ordem*, ou *hierarquia*, diz respeito à posição adequada de cada membro no sistema, sendo importante para observar a precedência de cada um no sistema, que decorre do tempo de existência ou das funções que desempenhadas para a sobrevivência do grupo, ou para estabelecer a prioridade daquilo que deve ser cuidado no momento, que se relaciona com a sustentabilidade do sistema. Esse princípio é violado sempre que alguém assume um lugar que não é seu ou desempenha uma função que é de responsabilidade de outro membro.

Por fim, o *dar e receber* é o princípio através do qual as relações se fortalecem e se desenvolvem, sendo importante que haja trocas equilibradas e interações produtivas, a fim de que as partes percebam o seu próprio valor e sua utilidade no sistema. O desequilíbrio ocorre quanto alguém não tem o impulso para dar aquilo que tem disponível ou não se abre para receber o que o outro pode oferecer. Essas são posturas que provocam distanciamento e definham a relação.

O trabalho de mais de três décadas de Bert Hellinger e centenas de outros consteladores tem demonstrado que sempre que um desses princípios sistêmicos é violado o próprio sistema se ressente, registra essa informação e se movimenta buscando se reorganizar e restaurar a violação. Disso resulta que as informações aparentemente ocultas sobre as dinâmicas da violação de um

princípio sistêmico exercem pressões e criam emaranhados que dificultam e pesam principalmente para os novos membros que ingressam no sistema, tudo com a finalidade de que a violação sistêmica seja olhada e restaurada.

Feita essa breve apresentação das contelações e de seu criador, voltamos ao trabalho desenvolvido na Comarca de Castro Alves, Estado da Bahia, pelo Juiz Sami STORCH. Conhecedor do trabalho de Bert HELLINGER e facilitador de constelações familiares, passou a realizar palestras para o público composto por seus jurisdicionados e a fazer perguntas sistêmicas em audiências, vindo a perceber que mesmo pequenas intervenções de ampliação da visão das partes sobre seu sistema e respectivas dinâmicas facilitavam o entendimento e a reconciliação, comprovando-se através de nítido aumento da realização de acordos e conciliações judiciais17.

Assim, o Magistrado Sami STORCH inseriu conhecimentos, princípios e dinâmicas das constelações familiares na sua atuação jurisdicional, denominando essa prática com a expressão "Direito Sistêmico". Nas suas palavras trata-se de "*uma visão sistêmica do direito, pela qual só há direito quando a solução traz paz e equilíbrio para todo o sistema".*

Nos últimos anos, inúmeros órgãos do Poder Judiciário e profissionais do Direito passaram a conhecer o método das constelações

17 STORCH, Sami. https://direitosistemico.wordpress.com/2017/04/10/por-que-aprender-direito-sistemico/, acesso em 17/06/2019.

sistêmicas e a utilizá-lo de diferentes formas, tendo o próprio Conselho Nacional de Justiça reconhecido os benefícios de sua utilização no âmbito do Poder Judiciário18:

> **Constelação Familiar ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário**
>
> A medida está em conformidade com a Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estimula práticas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos de interesse do Poder Judiciário. A técnica vem sendo utilizada como reforço antes das tentativas de conciliação em vários estados.
>
> Um dos primeiros a trazer a prática para o Judiciário, o juiz Sami Storch, da 2ª Vara de Família de Itabuna/BA, afirmou ter conseguido um índice de 100% de acordos em conflitos familiares ao utilizar a técnica antes das audiências de conciliação. Na época, em 2012, a técnica foi aplicada aos cidadãos do município de Castro Alves, a 191 quilômetros de Salvador. Das 90 audiências nas quais pelo menos uma das partes participou da vivência de constelações, o índice de conciliação foi de 91%. Nos processos em que ambas as partes participaram da vivência de constelações, o resultado foi 100% positivo.
>
> "Já nas simples audiências de conciliação, sem constelação, o índice foi de 73%", comparou. Segundo ele, o próximo passo, em Itabuna, será a constelação em processos de inventário. "Eles costumam ser processos demorados, que têm carga emocional envolvida de vários entes familiares. A técnica já foi aplicada em alguns processos e conseguiu reaproximar herdeiros. Deveremos incluir mais esse tema", afirmou o magistrado.
>
> Prática premiada – Em Goiás, o Projeto Mediação Familiar, do 3º Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania da comarca de Goiânia, rendeu para o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) o primeiro lugar no V Prêmio Conciliar é Legal, promovido pelo CNJ. A novidade apresentada no projeto era exatamente a utilização da técnica

18 http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2, acesso em 11/09/2019.

> da constelação nas sessões de mediação. De acordo com o juiz Paulo César Alves das Neves, coordenador do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do tribunal e idealizador do projeto, o índice de solução de conflitos com auxílio da técnica é de aproximadamente 94% das demandas.

Assim, na última década em todo o Brasil o movimento do direito sistêmico cresceu exponencialmente, com milhares de profissionais de todas as áreas jurídicas buscando conhecimentos em pensamento sistêmico, realizando capacitação no uso de diversas metodologias e práticas sistêmicas e utilizando-as na sua atuação profissional, seja no âmbito judicial ou extrajudicial, sejam na resolução de conflitos de forma adversarial ou consensual.

Ao mesmo tempo, a difusão da ideia de Direito Sistêmico a partir das constelações familiares também tem sido importante para reconhecer e agregar diversas outras metodologias de pacificação baseadas no pensamento sistêmico e diferentes práticas sistêmicas para abordagem de conflitos, tais como a Comunicação Não Violenta19, as Perguntas Circulares20, os diversos formatos de

---

19 A Comunicação Não Violenta foi desenvolvida pelo psicólogo americano Marshall Rosenberg, que com sua larga experiência em gestão de conflitos percebeu que fatores psicoemocionais influenciam as relações interpessoais e são a verdadeira causa da violência, que se amplifica através de uma comunicação agressiva. Com base nisso criou o método da Comunicação Não Violenta, um guia para a resolução de conflitos nas mais variadas esferas, desde entre nações ou grupos étnicos, políticos, culturais ou religiosos, até nas organizações, nas escolas e nos mais variados relacionamentos humanos. Através da CNV Rosenberg trabalhou com a ONU em programas de paz para regiões assoladas por guerras e conflitos, tais como na Sérvia, na Croácia e em Ruanda.

20 A ideia de perguntas circulares vem do contexto terapêutico da Escola de Milão, se percebeu que o terapeuta familiar não era mero regulador do sistema familiar, mas sim

Círculos de Construção da Paz21 e a Programação Neurolinguística, bem como a própria postura e atuação sistêmica dos profissionais do direito, quando imbuídos de auxiliar as partes a ampliarem sua visão sobre as reais causas dos conflitos.

Por isso cada vez mais o Direito Sistêmico se consolida como uma visão de justiça que visa construir a solução mais adequada para a real pacificação do conflito, observando todos os membros do sistema e a interdependência de suas relações. A abordagem sistêmica parte da compreensão de que em cada processo formal existe um conflito emocional real e, embora cada parte geralmente aja atribuindo culpa e acusações à outra, na realidade o que cada pessoa quer é a satisfação de

---

ele próprio integrava esse sistema terapêutico familiar. O chamado efeito circular é compreendido como o fenômeno natural do ser humano, que vivendo em grupos uns influenciam mutuamente os outros, ainda que não tenham a intenção de fazê-lo. Nesse sentido as perguntas circulares buscam trazer às luzes elementos que demonstram a interdependência e a mútua influência dos membros familiares, bem como ativar seus recursos latentes, de forma que a própria família possa resolver seus problemas e lidar com seus sintomas.

21 Barry Stuart, juiz canadense da província de Yukon, inicialmente criou os "Círculos de Sentença", baseados nos tradicionais rituais indígenas de diálogo e resolução de conflito. Posteriormente, com o apoio de Mark Wedge, transformou essa prática em "Círculos de Construção da Paz", que hoje são utilizados com diversos ambientes (justiça, comunidades, escolas, grupos sociais etc) e com múltiplas finalidades (mecanismo de diálogo, tomada de decisões coletivas, construção de acordos, reparação de danos, restabelecimento de relações etc). Em síntese, os Círculos de Construção da Paz abrangem a vítima, os interessados, a família, os operadores do direito e os moradores da comunidade para juntos partilharem uma melhor compreensão da questão, identificar o problema e encontrarem uma solução, tendo por finalidade a restauração de todos os afetados e a prevenção de crimes futuros.

suas necessidades mais profundas e inconscientes, que pode ser reconhecimento, valorização, apoio, autonomia, segurança etc.

Então, o que o Direito Sistêmico propõe é permitir aos profissionais do Direito a diferenciação entre *o que* fazer e *o como* fazer na aplicação do direito. Não se olvida que o que se deve fazer é aplicar o direito positivo, com suas regras objetivas e compulsórias acerca de direitos, obrigações e penalidades, nem se retira a responsabilidade pelas consequências dos atos infracionais. No entanto, compreende-se que isso pode ser feito de uma forma na qual a responsabilização possa ser realizada de forma respeitosa, empática, restaurativa e sistêmica, ampliando a consciência de todos acerca de sua corresponsabilidade.

Nesse sentido, tomando como exemplo os danos causados por atos ilícitos civis ou penais, ao contrário do direito tradicional que praticamente ignora a vítima, no direito sistêmico ela pode ser vista e, muitas vezes, esse reconhecimento é a melhor forma de reparação ao dano que lhe foi causado. Quanto ao agressor, este pode perceber que a penalidade não é uma simples punição ou vingança, mas a melhor oportunidade que tem para restaurar sua própria dignidade, voltar a pertencer, ter seu lugar e reequilibrar as relações.

Mas isso só é possível num contexto de resolução de conflitos que oportuniza o olhar para o contexto sistêmico das partes, a fim de que sejam percebidas e compreendidas as reais dinâmicas e padrões relacionais, assim como a *corresponsabilidade* de cada ator processual.

Seja nos processos judiciais ou extrajudiciais, os procedimentos

de resolução de conflito podem se realizar com maior eficácia se, as posturas, as relações interpessoais forem inclusivas, sistêmicas e restaurativas, com menos agressões e mais compreensão do contexto sistêmico, ou seja, das dinâmicas ocultas e dos padrões familiares e culturais que condicionam os comportamentos.

Para HELLINGER "*uma pessoa está em paz, quando todas as pessoas que pertencem a sua família tem um lugar em seu coração*". Daí a importância da ampliação da visão sobre o contexto sistêmico de cada parte envolvida num conflito, pois somente temos a possibilidade de discernir e escolher livremente a conduta a ser praticada, quando nos tornamos conscientes de padrões familiares e/ou culturais disfuncionais que vínhamos reproduzindo de forma automatizada e inconsciente. Do contrário, permanecemos emaranhados sistemicamente, vivendo na ilusão de que somos livres quando na realidade, somos arrastados por padrões comportamentais e sofremos as consequências das dinâmicas ocultas de exclusão, desordem e desequilíbrio.

Se considerarmos que cada ser humano é responsável pelo que faz e, principalmente, pelas mudanças em sua própria vida, pode-se entender o porquê das decisões judiciais, que são ditadas por um terceiro e geralmente sem a abordagem dos reais motivos da conduta, não serem cumpridas, não resolverem de fato os conflitos e não diminuírem a reincidência de crimes.

Nenhuma pessoa exerce verdadeiramente a autonomia de vontade enquanto não tem consciência da influência dos padrões

sistêmicos e das forças psicoemocionais no seu comportamento e nas suas escolhas. E enquanto cada uma das partes não olhar para as dinâmicas e padrões ocultos que causam os conflitos nem assumir sua parcela de responsabilidade, cada uma ficará delegando a responsabilidade sobre a outra, sem concordar com qualquer solução que venha a ser ditada pelo Poder Judiciário (terceiro). Em contrapartida, pelo Direito Sistêmico abre-se a possibilidade de um real exercício da cidadania através da *autoconsciência* e da *autorresponsabilidade*: cada parte, assumindo sua parcela de responsabilidade no conflito e na respectiva solução.

E é salutar perceber que na última década essa compreensão tenha sido percebida e transformado o trabalho de muitos profissionais e diversas instituições da Justiça. Atualmente, na maioria dos Tribunais de Justiça dos Estados22, existem iniciativas com o uso do pensamento sistêmico e suas práticas, seja através da constelação familiar, da comunicação não violenta, dos círculos de construção da paz, das perguntas circulares ou de outras metodologias de abordagem sistêmica de conflitos.

E cotidianamente aumenta o número de advogados interessados no exercício de uma advocacia efetivamente sistêmica, seja na esfera judicial ou extrajudicial, através da qual podem contribuir para que seus clientes alcancem a solução para suas

22TJAC, TJBA, TJGO, TJRO, TJMS, TJAL, TJPE, TJCE, TJMT, TJRS, TJPA, TJSP, TJRJ, TJSC, TJMA, TJAP, TJPB, TJRN, TJPR.

demandas e conflitos de forma mais rápida, eficaz e efetiva.

Importante ressaltar, todavia, que essa Advocacia Sistêmica, que vem se consolidando como um novo modo de exercer a profissão, exige dos advogados uma postura comportamental diferenciada em relação ao cliente, ao conflito e ao seu próprio papel. Por isso, o advogado sistêmico necessita adquirir e desenvolver habilidades técnicas e competências relacionais que possam facilitar a ampliação de consciência de seus clientes sobre o próprio contexto e as múltiplas possibilidades de solução do conflito.

4. O DIREITO SISTÊMICO COMO UM NOVO OLHAR PARA O CONFLITO

De alguma forma, o direito sempre tem um conteúdo sistêmico, já que construído e aplicado em função do sistema sócio-político e das dinâmicas sociais, políticas, econômicas, morais e culturais, bem como recebe relevantes contribuições da filosofia, da sociologia, da psicologia, da medicina, da economia, da ecologia etc.

Mas enquanto a percepção sistêmica amplia e inclui, o direito tradicional opera na lógica cartesiano-reducionista das normas jurídicas vigentes, enquadrando a realidade nos seus limites e excluindo aquilo que não está expresso na legislação. E a partir desse enquadramento define, de forma binária, o certo e o errado. Daí que se só são admitidas essas duas posições (certo ou errado), cada parte se esforça para apontar o erro e a

culpa da outra e a mútua acusação intensifica o conflito. O foco acaba sendo o outro, de modo que nenhuma das partes vê a si mesma e sua participação e responsabilidade no conflito.

Assim se desconsideram as principais causas dos conflitos: os padrões sistêmicos em desequilíbrio e as experiências psicoemocionais traumáticas que condicionam o comportamento individual e influenciam as relações interpessoais.

Não é por acaso que apesar da legislação brasileira prever cerca de 1.700 tipos penais, isso não reduz a criminalidade se permanece elevada. Ou que a despeito da Constituição Federal estabelecer que a família é a base da sociedade, ainda convivemos com altos índices de violência doméstica.

Esses são exemplos claros de que não faltam leis nem que as que existem não são adequadas para pacificação social, mas sim que necessária uma mudança de como abordar os conflitos e fazer a aplicação do direito vigente.

Então o direito sistêmico se propõe a buscar a compreensão mais ampla e profunda dos conflitos, abrindo o olhar para os conteúdos psicoemocionais humanos e para as influências que os sistemas exercem sobre o comportamento individual e as relações interpessoais.

Essa visão mais ampla do direito sistêmico não significa procurar culpados a todo custo. Seu propósito é identificar o que faz a realidade ser assim como é, quais as causas do comportamento acontecer assim como acontece. Esse olhar possibilita que emerjam as causas reais dos conflitos,

mas que geralmente permanecem ocultas, ampliando a consciência de cada parte sobre a responsabilidade que lhe cabe. Quando isso acontece aumenta a possibilidade de consenso e real pacificação do conflito.

Nas palavras de STOLZE: "*juiz nenhum, sentença alguma será mais justa que a concórdia obtida numa audiência de conciliação. Pois quando as partes se perdoam, a vitória obtida supera os limites do processo. Alcança o portão da alma*."

Como dito nos tópicos anteriores, importante lembrar que o Direito Sistêmico e a Advocacia Sistêmica não se configuram como um novo ramo, mas sim se propõem a conduzir a atuação do advogado e demais profissionais do direito a uma abordagem humanizada e compatível com as novas competências exigidas pelo mercado diante das lawtechs.

Atualmente a prática do Direito Sistêmico já faz parte da realidade de grande parte dos Tribunais de Justiça dos Estados, da Justiça Trabalhista, da Justiça Federal, das Defensorias Públicas, do Ministério Público e do sistema OAB, com o intuito de expandir o pensamento sistêmico e disseminar metodologias e práticas restaurativas de solução adequada de conflitos aos profissionais da área do direito, possibilitando o surgimento de novos modelos de atuação profissional da advocacia judicial e extrajudicial.

Podemos destacar que o pensamento sistêmico busca um efeito mais profundo na solução das controvérsias, proporcionando real solução e entendimento entre as partes, promovendo e incentivando tanto os órgãos judiciários quanto as entidades não judiciárias na utilização das técnicas de soluções sistêmicas e restaurativas e de métodos adequados à real solução de conflitos.

Essa prática restabelece os laços interrompidos pelo conflito, fortalece os vínculos entre os envolvidos e possibilita a humanização dos conflitos, dando oportunidade às partes de expor livremente os seus sentimentos e as suas necessidades que muitas vezes são castradas pela dureza do processo judicial.

Assim, o pensamento sistêmico voltado à advocacia, busca identificar e auxiliar o advogado a exercer apenas o seu verdadeiro papel ou função perante o cliente. E como isso é possível? Por exemplo, o advogado pode mostrar ao cliente os vários ângulos do conflito, demonstrando que não há apenas um caminho para a solução e, o mais importante, auxiliar o cliente a perceber sua própria capacidade, força e responsabilidade em encontrar e assumir a solução mais adequada para si e para o sistema, conscientizando-o de que o conflito não existe apenas pela atuação de uma parte, mas sim decorre da dinâmica relacional sistêmica.

5. A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO SISTÊMICO PARA O CRESCIMENTO DOS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Como visto no tópico 1, historicamente se desenvolveram dois grandes modelos de resolução pacífica dos conflitos: o consensual e o adversarial.

O consensual, ou autocompositivo, se caracteriza no fato de que a solução é construída pelas próprias partes em conflito, com ou sem auxílio de um terceiro. A negociação, a mediação, a conciliação e a Justiça Restaurativa23 são formas do modelo consensual, podendo ser

23 A **Justiça Restaurativa** é uma técnica de solução de conflitos que prima pela criatividade e sensibilidade na escuta sistêmica de todos os envolvidos, utilizando práticas diversificadas para restauração das relações. A solução do conflito é buscada através do diálogo entre ofensor, vítima e comunidade, com a efetiva reparação do dano e a reconciliação entre as partes, fazendo parte da chamada criminologia pacificadora voltada à promoção da não violência, da cultura da paz e da justiça social, baseada em critérios objetivos e verificáveis, no respeito e na dignidade de todos os atores. Hoje a JR está prevista na Resolução n. 12 de 2002, da ONU, com os princípios básicos para sua utilização de programas em matéria criminal, e é incentivada pelo CNJ através da Resolução 225/2016 e do Protocolo de Cooperação para sua difusão e utilização em

desenvolvidas tanto na esfera judicial quanto extrajudicial. Já o adversarial, ou heterocompositivo, tem como característica fundamental o fato de que as pessoas em conflito delegam a um terceiro (Estado ou particular) a função de decidir sobre a disputa. São exemplos do modelo adversarial a jurisdição exercida pelo poder judiciário e a arbitragem.

Embora historicamente a jurisdição (modelo adversarial) tenha se estabelecido como forma de prevalência na resolução de conflitos no Brasil, há algum tempo o sistema jurídico tradicional tem cedido espaço à aplicação de métodos alternativos visando a pacificação dos conflitos sociais.

Desde meados da década de 1970, a partir da proposta do Sistema de Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse System*) apresentado pelo professor de direito de Harvard Frank SANDER, cada vez mais tem se percebido a necessidade de existirem diversas "portas" de acesso para solução dos conflitos como forma de racionalizar o sistema de justiça, pois cada uma delas seria dotada de mecanismos específicos e adequados para melhor atender diferentes de tipos de conflitos.

Nesse sentido, é fundamental que o advogado, que geralmente é o primeiro profissional da área jurídica a ter contato com uma das partes em conflito, tenha os conhecimentos necessários e postura sistêmica adequada para orientar o cliente sobre os diferentes mecanismos de tratamento do conflito, a fim de que escolha a "porta" mais adequada para

situações de violência doméstica.

sua demanda, se judicial ou extrajudicial, se adversarial ou consensual, se jurisdição, negociação, mediação, conciliação ou arbitragem.

Importante destacar que no Brasil o Sistema Multiportas se compatibiliza perfeitamente com o direito fundamental ao amplo acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do art. 5º. da Constituição da República.

Outra iniciativa que também gerou enorme impacto para abertura de outras portas adequadas à solução de conflitos foi a criação de uma forma de atuação na advocacia consensual denominada *Práticas Colaborativas.* No início da década de 1990, Stuart WEBB, advogado americano com larga experiência em negociação, mediação e conciliação, criou um modelo de contrato em que os advogados se comprometeriam a focar seus esforços na consensualidade e não atuarem se fosse necessária a judicialização. Daí surgiram as chamadas Práticas Colaborativas, que podem agregar profissionais de outras áreas (saúde, psicologia, terapeutas, consultoria financeira etc) para aumentar a possibilidade de sucesso na construção de acordos, atualmente disseminadas em diversos países (EUA, Inglaterra, Canadá, Suíça, Alemanha, Holanda, França, Itália, Espanha, Israel, Hong Kong, Austrália, Brasil, entre outros).

No Brasil, em 2013 a advogada Olivia Fürst ganhou o prêmio Innovare na categoria advocacia com as Práticas Colaborativas. E no sistema OAB atualmente já existem diversas Comissões de Advocacia Colaborativa, reunindo advogados capacitados à orientação consensual das partes, com conhecimento de técnicas avançadas de negociação,

comunicação e gestão do conflito e são engajados em alcançar o acordo sustentável para todos.

Como se vê, hoje, com evolução da área de pesquisa sobre o assunto, o termo alternativo (que pressupõe a existência de outro meio principal) já não faz mais sentido para designar as diferentes formas, ou portas, de solução de conflitos. O que existe na realidade são Meios Adequados de Solução de Conflitos - MASC, ganhando tal expressão cada vez mais adeptos na comunidade jurídica.

Com efeito, sensível a essa nova realidade, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução CNJ 125/2010, criou a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos, incentivando-se os chamados Meios Adequados de Solução de Conflitos (MASC's). A partir de então o próprio Poder Judiciário passou a contar com estrutura voltada para resolução consensual de conflitos, através da criação dos Núcleos Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC's e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC's.

Essa evolução foi bem destacada por STORCH24:

> (...). Já há um bom tempo se falava em métodos alternativos de solução de conflitos. Depois, passou-se a usar uma expressão mais adequada, que é: Meios Adequados de Soluções de Conflitos (MASC). Hoje, já existem diversos cursos de MASC. Então, não se trata mais de um meio alternativo, o que pressupunha que outro era o meio principal.

24 STORCH, Sami. **A Origem Do Direito Sistêmico: Pioneiro do Movimento de Transformação da Justiça com as Constelações.** São Paulo: Tagore, 2020. p. 190.

> Quando se fala em meios adequados, entende-se que o principal é optar pelo meio mais adequado. Assim, conforme o caso, a conciliação passa a ser o meio adequado. Ou a JR (Justiça Restaurativa). Somente casos estes não funcionem, busca-se outro, como o encaminhamento para um árbitro ou instrução processual para julgamento pelo juiz. Este passa a ser o meio alternativo, já não mais será o principal.
> Este novo modelo, agora vigente, é denominado de sistema multiportas, um movimento iniciado nos Estados Unidos (*multi-door system).*

A ideia desse sistema multiportas, como explica STORCH25, é que, diante de uma determinada lide instaurada com o ajuizamento de uma ação, o Judiciário pode oferecer o acesso a diversas formas de tratamento da situação, devendo encaminhá-la à porta mais adequada, conforme a necessidade de cada caso, e acrescenta:

> (...). Ou seja, a Justiça disponibiliza uma porta para conciliação; outra para mediação; outra para o acompanhamento psicológico, se precisar; outra porta para assistência social, para o que for necessário; disponibiliza, ainda, uma porta com o juiz de plantão; ou o encaminhamento para polícia, caso seja necessário esse tipo de atendimento. Também existe a porta de um círculo restaurativo.

Sem dúvida, arremata o citado autor, este novo modelo representa o aperfeiçoamento da tradicional atividade estatal própria do Poder Judiciário, que não mais se restringe a julgar o caso, mas auxilia na busca da solução mais adequada para que as partes fiquem satisfeitas com o resultado.

Partindo dessa concepção, que se caracteriza pela construção de diferentes modelos a possibilitar um olhar mais amplo e adequado sobre

25 IDEM. p. 191.

os conflitos jurídicos potencialmente instaurados, a própria União e diversos Estados da Federação, através de suas procuradorias, vêm institucionalizando meios adequados à resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública, por meios da criação de Câmaras Administrativas de Conciliação ou órgãos assemelhados, com objetivo de alcançar a pacificação definitiva do conflito por outros meios adequados.

Nesse sentido, podemos destacar a Portaria nº 11, de 8 de junho de 2020, que regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da União e de seus órgãos de execução, o procedimento de celebração de acordos destinados a encerrar, mediante negociação, ações judiciais ou a prevenir a propositura destas, relativamente a débitos da União.

O procedimento de negociação, previsto na citada Portaria, pressupõe a obtenção de benefícios mútuos para os envolvidos e rege-se pelos princípios da legalidade, da voluntariedade, da autonomia, da oralidade, da boa-fé, da desburocratização, da eficiência e da economicidade, conforme preceitua o art. 1º, § 1º, da Portaria nº 11/2020.

Portanto, além de definir os critérios para celebração de acordos, a exemplo da análise de probabilidade de êxito da tese e respectiva viabilidade jurídica do acordo, referido ato normativo traz de forma clara diversas regras e princípios que são permeados por posturas sistêmicas que se destinam a resolução de conflitos jurídicos, que antes dependiam exclusivamente de uma sentença judicial, sem a prévia oportunidade de conciliação ou negociação entre as partes, conforme se observa do seguinte artigo:

> Art. 3º A Procuradoria-Geral da União e seus órgãos de execução resolverão os conflitos de interesses, sempre que possível, de forma consensual e pela via da negociação, mediante:
> I - negociação preventiva, que prevenirá o ingresso da demanda na esfera judicial; ou
> II - acordo judicial, que ocorrerá em qualquer fase do processo, inclusive após o trânsito em julgado da fase de conhecimento.

Outro exemplo de regulamentação de medidas para a redução da litigiosidade administrativa e perante o Poder Judiciário é a criação da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual – CCMA, vinculada à Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, criada pela Lei Complementar nº 144, de 24 de julho de 2018, que tem competência para:

> I - atuar em conflitos que versem sobre direitos disponíveis e sobre direitos indisponíveis que admitam transação, haja ou não pretensão econômica, envolvendo pessoas jurídicas de direito público e/ou de direito privado integrantes da Administração Pública estadual, nos termos do art. 3º, caput, da Lei federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015;
> II - decidir conflitos instaurados entre entes da Administração estadual;
> III - sugerir ao Procurador-Geral do Estado, quando o caso, a arbitragem das controvérsias não solucionadas por conciliação ou mediação;
> IV - dirimir conflitos envolvendo os órgãos e as entidades da Administração Pública do Estado de Goiás;
> V - avaliar, com exclusividade, a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Administração estadual;
> VI - promover, quando cabível, a celebração de termo de ajustamento de conduta;
> VII - solucionar conflitos advindos de indeferimentos, suspensões e cancelamentos de benefícios previdenciários;
> VIII - incentivar e promover, nos termos da lei, a regularização das atividades sujeitas ao licenciamento

> ambiental que estejam sendo executadas de forma irregular, de modo a fomentar o "licenciamento de regularização" ou "licenciamento corretivo".

Desde sua criação, a CCMA de Goiás realizou diversos acordos envolvendo conflitos na área de sua atuação, a merecer destaque o acordo homologado pela Justiça goiana que envolvida órgão e entidade da administração estadual, conforme informe divulgado no site da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás26:

> O Tribunal de Justiça de Goiás, por decisão monocrática do Desembargador Jeová Sardinha de Moraes, homologou o acordo firmado entre o Estado de Goiás e o Instituto de Assistência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás (Ipasgo), intermediado pela Câmara de Conciliação Mediação e Arbitragem Estadual (CCMA), nos autos da Ação Civil Pública nº 0426725.59, que questionava a ocupação pela Secretaria de Estado da Administração (Sead) do imóvel situado na Rua Olinto Manso Pereira (antiga Rua 94), no Setor Sul, em Goiânia, local onde funciona a Gerência de Saúde e Segurança do Servidor.
> A ação foi proposta pelo Ministério Público Estadual, em 29 de abril de 2012 e questionava, com fundamento no art.56, parágrafo único da Leinº17.477/2011, a vedação de cessão gratuita de bens imóveis do Ipasgo, tendo sido proferida sentença condenatória, determinando o ressarcimento pelo período de ocupação do imóvel, além da entrega do bem.
> O processo foi direcionado à CCMA, pelo Despacho nº353/2020-GAB, com fundamento na previsão do art.6º, inc.VI da Lei Complementar nº144/2018, que prevê a atuação da Câmara para dirimir conflitos envolvendo os órgãos e entidades da administração pública do Estado de Goiás.
> Em seis meses, foram concluídas as negociações e firmado

26 https://www.procuradoria.go.gov.br/noticias/2941-tj-homologa-acordo-firmado-na-camara-de-conciliaçao-estadual-envolvendo-conflito-entre-orgao-e-entidade-da-administracao-estadual. Acesso em 17 de maio de 2021.

acordo, prevendo a desocupação do imóvel pela Sead e a compensação dos valores pagos retroativos a cinco, com dois outros imóveis ocupados pela autarquia estadual, de propriedade do Estado, situados nos municípios de São Luís dos Montes Belos e Santa Helena de Goiás, onde possui postos de atendimento.

Como ressalta a Procuradora do Estado, Gerente da CCMA, Cláudia Marçal, "a celebração do referido acordo, é um demonstrativo da importância da atuação da Câmara e da aplicação das técnicas de negociação, como o Método de Harvard, aplicado no processo específico, que propõe a lógica do 'ganha-ganha', permitindo um resultado benéfico para todas as partes envolvidas na negociação.

No caso, foram atendidos tanto o interesse específico do Estado, como do Ipasgo, além de resguardado o interesse público, que permeia todo o processo de negociação."

Destaca ainda, que "esperamos que o resultado positivo possa inspirar processos futuros, pois, é possível através dos mecanismos de conciliação e mediação construir os resultados, com desfechos mais positivos e menos onerosos."

O Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Setorial da Sead, Philippe Dall'Agnol, que participou das negociações, elogiou o trabalho desenvolvido, destacando a relevância dos acordos firmados no âmbito da CCMA, uma vez que permitem a célere composição dos conflitos por meio de acordos que resguardem os interesses da sociedade.

Natalia Furtado Maia, Procuradora do Estado Chefe da Setorial do Ipasgo, que também participou do acordo, reforçou o trabalho positivo da CCMA, dizendo que "não é o primeiro acordo, que celebramos na CCMA, já tivemos vários outros, com resultado positivo, sendo destacada a agilidade do procedimento se comparada ao período de judicialização. Desde 2019, a CCMA tem sido seara amplamente utilizada pela Procuradoria Setorial do Ipasgo para resolver administrativamente demandas de usuários do Ipasgo-Saúde que, de outra forma, acabariam sendo judicializadas".

De acordo com a Procuradora, "em muitos casos, é possível à autarquia propor soluções que atendam às necessidades dos usuários, ofertando terapêuticas e medicamentos que, não fosse a Câmara, ficariam fora de acesso aos usuários.

A realização de conciliações perante a CCMA viabiliza uma

> situação de ganha-ganha, em que se beneficiam tanto o usuário Ipasgo, que tem suas necessidades atendidas, quanto a Administração, que reduz os custos decorrentes de uma judicialização desnecessária.
> E não só na relação entre Ipasgo e usuários a CCMA auxilia. No início de dezembro, com o intermédio da Câmara de Conciliação, o Ipasgo conseguiu reaver da Secretaria de Saúde R$ 7 milhões de uma dívida relacionada à assistência com os radioacidentados que se prolongava desde 2002.
> Não se tem dúvidas dos benefícios que a atuação concertada da Administração é capaz de trazer para todos os envolvidos, e a Câmara tem se mostrado uma excelente ferramenta nesse sentido". (Publicado em 28 de dezembro de 2020).

Já no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a Portaria Nº 3.923/2021/3ª Vice-Presidência, regulamentou a utilização das Constelações Sistêmicas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs e nas práticas da Justiça Restaurativa no Estado de Minas Gerais. Segundo o art. 3º da citada Portaria, "as Constelações Sistêmicas poderão ser utilizadas como ferramenta auxiliar da conciliação e/ou mediação no âmbito dos CEJUSCs e das práticas restaurativas, com o objetivo de facilitar a autocomposição."

Nas palavras do Juiz Clayton Resende, coordenador do CEJUSC de Belo Horizonte, "ao passar pelas Constelações, as partes têm uma oportunidade de refletir melhor sobre o seu papel no conflito e, principalmente, na sua solução. Isso facilita o processo de conciliação e mediação. Por meio de um novo olhar para o conflito, é possível construir soluções mais eficazes e colaborar para um Judiciário mais humanizado".

Outras normas como as que foram citadas acima poderiam ser aqui destacadas para demonstrar o sólido crescimento no processo de

institucionalização de novos meios voltados à pacificação de conflitos na esfera social. No entanto, isso se mostra desnecessário, pois o propósito desse artigo foi demonstrar que o Direito Sistêmico, compreendido como a visão de justiça embasada no pensamento sistêmico e em diversas metodologias de abordagem sistêmica dos conflitos, abre inúmeras possibilidades e novas portas para auxiliar na solução mais adequada do conflito, a partir de meios eficazes e adequados de pacificação social.

O importante é percebermos que o sistema multiportas já é uma realidade presente na Justiça brasileira e, aos poucos, também vem sendo institucionalizado no âmbito da Administração Pública como Meios Adequados de Solução de Conflitos. E é nesse contexto que se insere a relevância do Direito Sistêmico, que através de diferentes metodologias, técnicas e ferramentas sistêmicas, tais como a constelação sistêmica, a comunicação não violenta, os círculos de construção da paz e as perguntas circulares, dentre outras, pode contribuir com todos os modelos de resolução de conflitos, seja os autocompositivos ou os heterocompositivos, seja no âmbito judicial ou no extrajudicial. Enfim, o Direito Sistêmico pode ser praticado tanto na Jurisdição quanto na negociação, na mediação, na conciliação, na arbitragem, na Justiça Restaurativa e nas Práticas Colaborativas.

6. CONCLUSÃO

O pensamento sistêmico nos guia na busca de soluções integrais,

olhando para o todo e não apenas para as partes, abrindo novos caminhos para pacificação dos conflitos. Essa mudança de paradigma convida o profissional da área jurídica a uma postura de colaboração frente ao conflito que se apresenta, deixando de lado o tradicional olhar litigioso e individualista para se somar na construção da solução efetiva de um caso jurídico.

A cooperação é um *princípio* positivado no art. 6º do Código de Processo Civil e exige uma postura ativa, de boa fé e isonômica de todos os atores processuais, aliada a atuação como agente colaborador do processo e não mero fiscal de regras, visando à tutela jurisdicional específica, célere e adequada. Traduz-se em um diálogo entre partes e juiz, que encontra, porém, limites na natureza da atuação de cada um dos atores processuais.

Diante de tudo isso, cabe ao profissional do Direito buscar cada vez mais conhecimento dessa Postura Sistêmica para que possa estimular a colaboração, a consensualidade e a diversidade das relações humanas. Em outras palavras, um olhar sistêmico permite uma atuação coordenada, harmônica e concertada de todos os atores envolvidos, cujo principal propósito é resolver, em sede administrativa ou judicial, a demanda do cidadão. Enfim, é essencial que o profissional do Direito se coloque à disposição das partes para ampliarem sua visão para a interdependência entre todos os membros do sistema.

O sistema multiportas já é uma realidade presente na Justiça brasileira e vem sendo institucionalizado no âmbito da Administração

Pública através da criação e utilização de Meios Adequados de Solução de Conflitos. Isso se deve, acima de tudo, à quantidade cada vez maior de profissionais de todas as carreiras da área jurídica que estão percebendo o diferencial do *como atuar* através do Direito Sistêmico e seu impacto na real solução dos conflitos.

Assim, por diferentes metodologias, técnicas e ferramentas sistêmicas, tais como a constelação sistêmica, a comunicação não violenta e os círculos de construção da paz, dentre outras, o Direito Sistêmico cada vez mais poderá contribuir com todos os modelos de resolução de conflitos, seja os autocompositivos ou os heterocompositivos, seja no âmbito judicial ou no extrajudicial, ampliando as possibilidades de real pacificação dos conflitos sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Editora HB, 2016;

BERTALANFFY, Ludwing von. **Teoria Geral dos Sistemas**. 8ª edição. Petrópolis: Vozes, 2014;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Acesso em 20/05/2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015**). Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525

CAPRA, Fritjot e Ugo MATTEI. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo, Cultrix, 2018;

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**. São Paulo: Cultrix, 2003;

_____. **Meu trabalho. Minha vida**. São Paulo: Cultrix, 2020;

MATURANA, Humberto R. **A árvore do conhecimento**. 8ª edição. São Paulo: Palas Athena, 2001;

STORCH, Sami. **A Origem do Direito Sistêmico: Pioneiro do Movimento de Transformação da Justiça com as Constelações**. São Paulo: Tagore, 2020.

POLÍTICA NACIONAL E PROGRAMA FEDERAL DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

Érico Maurício Pires Barboza[27]

RESUMO: A Lei nº 14.119/2021 constitui o marco legal do pagamento por serviços ambientais, tendo instituído a Política Nacional e o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais. Apesar de algumas inconsistências técnicas superáveis e dos vetos aos incentivos com recursos públicos, a Lei nº 14.119/2021 tem robustez e dá segurança jurídica, criando um ambiente regulado propício para o desenvolvimento do mercado de serviços ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: Política Ambiental. Instrumentos econômicos. Pagamento por serviços ambientais. Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais. Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais.

ABSTRACT: Law nº 14.119/2021 constitutes the legal framework for payment for environmental services, having instituted the National Policy and the Federal Program for Payment for Environmental Services. Despite some surmountable technical inconsistencies and vetoes to incentives with public resources, Law No. 14.119/2021 is robust and provides legal certainty, creating a regulated environment conducive to the development of the environmental services market.

---

27 Procurador do Estado do Acre, Especialista em Direito Constitucional, Especialista em Direito Ambiental e Especialista em Direito Processual.

ANSWER KEY: Environmental Policy. Economic instruments. Payment for environmental services. National Policy for Payment for Environmental Services. Federal Program for Payment for Environmental Services.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.119, de 13 de janeiro de 2021, trouxe uma normatização muito esperada no meio jurídico, ambiental e econômico, pois implica no marco legal do pagamento por serviços ambientais, que é uma atividade econômica cujo objeto é a preservação, recuperação e melhoria das condições ambientais, seja pela criação de novas atividades econômicas, seja pela mudança no modo de produção de atividades econômicas tradicionais.

Vale dizer que a Lei nº 14.119/2021 teve início na Câmara dos Deputados em 2015, através do Projeto de Lei nº 312/2015, que foi renumerado para Projeto de Lei nº 5.028/2019, em razão de Substitutivo do Senado Federal. Após a aprovação final pela casa iniciadora, o Projeto de Lei nº 5.028/2019 foi encaminhado à Presidência da República, que o sancionou com vetos a dispositivos essenciais para a sua eficácia normativa e para o sucesso da Política Nacional e do Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais.

Durante os quase seis anos de tramitação legislativa, o Projeto de Lei nº 5.028/2019 recebeu contribuições de entidades especializadas, de modo que, nos termos em que aprovada pelo Congresso Nacional, a Lei nº

14.119/2021 pode ser considerada uma boa norma jurídica, com muita qualidade técnica, tendo sido acertada a derrubada dos vetos presidenciais que lhe comprometiam a efetividade, sem nenhuma razão plausível.

É verdade que a atividade econômica de pagamento por serviços ambientais já existia antes da Lei nº 14.119/2021, mas uma lei reguladora pode trazer impactos positivos e negativos, ou mesmo ser inócua, para o seguimento regulado, sendo o objetivo deste artigo analisar os impactos dessa nova Lei sobre o pagamento por serviços ambientais, considerando o texto vigente e os vetos realizados pela Presidência da República. Antes, porém, será feita uma abordagem teórica do pagamento por serviços ambientais.

Finalmente, importa dizer que este artigo reflete primeiras impressões, por isso, com o amadurecimento dos entendimentos, as opiniões ora externadas podem ser evoluir.

1 – NOÇÕES DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

1.1 – Breve Evolução do Pagamento por Serviços Ambientais

As iniciativas de pagamento por serviços ambientais começaram a surgir no Mundo a partir da metade da década de 80, a exemplo dos Estados Unidos (1985), porém o primeiro país a criar um programa oficial de âmbito nacional foi a Costa Rica, em 1996, impulsionando a disseminação do formato (PEREIRA; SOBRINHO, 2017, p. 520).

O Brasil inseriu os instrumentos econômicos na Política Nacional de Meio Ambiente em 2006, com a inclusão do inciso XIII ao art. 9º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, pela Lei nº 11.284, 02 de março de 2006, mas ainda sem previsão de pagamento por serviços ambientais, embora já existissem algumas iniciativas no país.

No plano legislativo, alguns Estados saíram na frente da União, a exemplo do Estado do Acre, que criou o Sistema Estadual de Incentivos a Serviços Ambientais – SISA através da Lei Estadual nº 2.308, de 22 de outubro de 2010, prevendo sete programas de pagamento por serviços ambientais e um robusto modelo de governança.

O Código Florestal, instituído pela Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, prevê a criação de um programa federal de pagamento por serviços ambientais, que deve integrar os sistemas estaduais e estimular a criação de um mercado nacional e internacional, inclusive de reduções de emissões certificadas de gases de efeito estufa (art. 41, I, e § 5º).

Portanto, a Lei nº 14.119/2021 ingressa num contexto preexistente, com programas e projetos de pagamento por serviços ambientais em curso, com legislações federais, estaduais e municipais vigentes, com relações jurídicas nacionais e internacionais, sendo importante dar segurança jurídica para a criação de um ambiente favorável ao desenvolvimento do mercado de serviços ambientais, respeitando as situações preexistentes.

1.2 – Natureza Jurídica do Pagamento por Serviços Ambientais

O pagamento por serviços ambientais é um *instrumento econômico* de política ambiental (MAY, 2018, p. 264). Os instrumentos econômicos são mecanismos de indução dos comportamentos ambientalmente desejados mediante incentivos econômicos (NUSDEO, 2006, p. 366), os quais podem ser na forma prêmios ou de preços (MOTTA, 1997, p. 8). Têm fundamento no art. 174 da Constituição Federal, no art. 9º, XIII, da Lei nº 6.938/1981 e nos princípios ambientais do poluidor-pagador, do usuário-pagador e do protetor-recebedor. Não excluem nem se confundem com os instrumentos de comando e controle, partindo de uma lógica diametralmente oposta, que exige uma mentalidade diferente para a sua compreensão, pois não seguem a lógica repressiva (estruturalista), mas a lógica promocional (funcionalista) do Direito (PAPP, 2019, posição 2533-2535).

1.3 – Conceito e Classificação de Pagamento por Serviços Ambientais

O pagamento por serviços ambientais é um *mecanismo de incentivo* a atividades destinadas à preservação, recuperação e incremento de serviços ecossistêmicos mediante retribuição econômica. É, portanto, uma atividade ecológico-econômica.

Alguns autores preferem definir o pagamento por serviços ambientais na perspectiva de seu arranjo negocial, valendo citar a definição de Sven Wunder:

> Uma transação voluntária na qual um serviço ambiental bem definido ou uma forma de uso da terra que possa segurar este

> serviço é comprado por pelo menos um comprador de pelo menos um provedor sob a condição de que o provedor garanta a provisão deste serviço. (WUNDER, 2008, p. 29)

Numa definição mista, Maria Cecília Junqueira Lustosa, Eugenio Miguel Cánepa e Carlos Eduardo Frickmann Young consideram que "o pagamento por serviços ambientais é um instrumento econômico de política ambiental no qual o 'poluidor' paga para que o 'protetor' receba" (MAY, 2018, p. 264).

Finalmente, o pagamento por serviços ambientais pode ser classificado em *direto*, consistente na retribuição em dinheiro, e *indireto*, consistente na retribuição em benefícios fiscais, prestacionais, materiais, creditícios ou jurídicos, que importem acréscimo econômico ao provedor, sem a entrega de dinheiro.

1.4 – Conceito e Classificação dos Serviços Ambientais

Os serviços ambientais são as atividades humanas para a preservação, recuperação e incremento dos serviços ecossistêmicos. Estes são os benefícios naturalmente proporcionados pelos ecossistemas para a vida humana. Nesse sentido, a publicação Diretrizes para a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais do WWF-Brasil:

> Os serviços ecossistêmicos são os benefícios prestados pela natureza e sistemas produtivos aos seres vivos, como por exemplo, a manutenção do ciclo das chuvas e a regulação do clima local, regional e mundial. A conservação e recuperação dos ambientes naturais (e dos serviços ecossistêmicos) é uma ação fundamental para as populações que vivem diretamente destes sistemas, assim como para todo o planeta. As atividades humanas de conservação e de recuperação são

> denominadas serviços ambientais. Em resumo, a principal diferença entre serviços ambientais e serviços ecossistêmicos é que, no primeiro caso, os benefícios gerados estão associados a ações de manejo do homem nos sistemas naturais ou agroecossistemas; já os serviços ecossistêmicos refletem apenas os benefícios diretos e indiretos providos pelo funcionamento dos ecossistemas, sem a interferência humana. (2014, p. 20)

Os serviços ambientais podem ser classificados em *próprios*, que são atividades originalmente ecológicas às quais se agrega valor econômico, por exemplo, a preservação voluntária de vegetação nativa; e *impróprios*, que são atividades econômicas tradicionais às quais se agrega valor ecológico, por exemplo, a agricultura de baixo carbono.

Nos serviços ambientais próprios existe uma inovação do modo de produção, criando uma nova atividade econômica, enquanto nos serviços ambientais impróprios existe uma renovação no modo de produção, reconfigurando uma atividade econômica tradicional. Essa distinção tem relevância para a progressividade prevista no art. 41 do Código Florestal e para a proporcionalidade prevista no art. 5º, XI, da Lei nº 14.119/2021.

1.5 – Arranjos Negociais de Pagamentos Por serviços Ambientais

O arranjo negocial padrão de pagamento por serviços ambientais pode ser inferido da definição de Sven Wunder:

> (1) uma transação voluntária, na qual (2) um serviço ambiental bem definido (ou um uso da terra que possa assegurar este serviço) (3) é 'comprado' por (pelo menos) um comprador de serviços ambientais (3) de (pelo menos) um provedor de serviços ambientais, (5) se, e apenas se, o

> provedor do serviço ambiental assegurar a sua provisão (condicionalidade). (*Apud* PAPP, 2019, posição 3761-3764)

Casualmente, pode haver alguma variação no arranjo negocial, sem descaracterização do pagamento por serviços ambientais. Aliás, o mais comum é que nem todo os elementos supracitados estejam presentes ou, ainda, que elementos diversos sejam acrescentados, como a adicionalidade. Por isso Leonardo Papp entende que o pagamento por serviços ambientais é caracterizado pelos seguintes elementos:

> [...] (1) pagamentos diretos, envolvendo recursos monetários ou outros meios, (2) realizados por beneficiário(s) de determinado(s) serviço(s) ambiental(is) ou por intermediário(s), (3) em favor de provedor(es) deste(s) serviço(s) ambiental(is), (4) em razão da efetiva adoção de prática(s) de uso e manejo do solo, previamente definida(s) e considerada(s) positivamente impactante(s) na disponibilidade e qualidade do(s) referido(s) serviço(s) ambiental(is). (2019, posição 3835-3843)

Portanto, essa concepção mais ampla atende melhor a caracterização dos arranjos negocias de pagamento por serviços ambientais.

2. POLÍTICA NACIONAL DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

2.1 – Âmbito de Incidência Normativa

A Lei nº 14.199/2021 estabelece o seguinte *âmbito de incidência normativa*:

> Art. 1º Esta Lei define conceitos, objetivos, diretrizes, ações e critérios de implantação da Política Nacional de Pagamento

> por Serviços Ambientais (PNPSA), institui o Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (CNPSA) e o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (PFPSA), dispõe sobre os contratos de pagamento por serviços ambientais e altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Cumpre dizer que a Lei nº 14.119/2021 possui *normas gerais de caráter nacional*, aplicáveis a todos os entes federativos, que são as relativas à Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, e *normas especificas de caráter federal*, aplicáveis apenas à União, que são as relativas ao Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais.

Isso evidencia algumas inconsistências no âmbito de incidência normativa da Lei nº 14.119/2021, pois não prevê ações e áreas elegíveis, nem critérios de seleção para a Política Nacional, mas apenas para o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais, além de que o Cadastro Nacional integra o Programa Federal e não a Política Nacional.

Logo, para assegurar a efetividade da Lei nº 14.119/2021, deve ser utilizada a técnica hermenêutica do diálogo das fontes, aplicando-se supletiva e subsidiariamente as normas do Programa Federal à Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais e vice-versa, sem prejuízo competência legislativa plena dos Estados na ausência normas gerais de caráter nacional (Constituição Federal, 24, § 3º).

Finalmente, os vetos realizados pela Presidência da República reduziam o âmbito de incidência normativa e, consequentemente, comprometiam o alcance dos objetivos da Lei nº 14.119/2021, tendo sido profícua a derrubada da maioria deles pelo Congresso Nacional,

restaurando a sua efetividade normativa, a qual é essencial para o sucesso da Política Nacional e do Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais.

2.2 – Definições Legais

O art. 2º da Lei nº 14.119/2021 estabelece as seguintes *definições*:

> I - ecossistema: complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais e de microrganismos e o seu meio inorgânico que interagem como uma unidade funcional;
> II - serviços ecossistêmicos: benefícios relevantes para a sociedade gerados pelos ecossistemas, em termos de manutenção, recuperação ou melhoria das condições ambientais, nas seguintes modalidades:
> a) serviços de provisão: os que fornecem bens ou produtos ambientais utilizados pelo ser humano para consumo ou comercialização, tais como água, alimentos, madeira, fibras e extratos, entre outros;
> b) serviços de suporte: os que mantêm a perenidade da vida na Terra, tais como a ciclagem de nutrientes, a decomposição de resíduos, a produção, a manutenção ou a renovação da fertilidade do solo, a polinização, a dispersão de sementes, o controle de populações de potenciais pragas e de vetores potenciais de doenças humanas, a proteção contra a radiação solar ultravioleta e a manutenção da biodiversidade e do patrimônio genético;
> c) serviços de regulação: os que concorrem para a manutenção da estabilidade dos processos ecossistêmicos, tais como o sequestro de carbono, a purificação do ar, a moderação de eventos climáticos extremos, a manutenção do equilíbrio do ciclo hidrológico, a minimização de enchentes e secas e o controle dos processos críticos de erosão e de deslizamento de encostas;
> d) serviços culturais: os que constituem benefícios não materiais providos pelos ecossistemas, por meio da recreação, do turismo, da identidade cultural, de experiências espirituais e estéticas e do desenvolvimento intelectual, entre outros;

> III - serviços ambientais: atividades individuais ou coletivas que favorecem a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos;
> IV - pagamento por serviços ambientais: transação de natureza voluntária, mediante a qual um pagador de serviços ambientais transfere a um provedor desses serviços recursos financeiros ou outra forma de remuneração, nas condições acertadas, respeitadas as disposições legais e regulamentares pertinentes;
> V - pagador de serviços ambientais: poder público, organização da sociedade civil ou agente privado, pessoa física ou jurídica, de âmbito nacional ou internacional, que provê o pagamento dos serviços ambientais nos termos do inciso IV deste caput;
> VI - provedor de serviços ambientais: pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou grupo familiar ou comunitário que, preenchidos os critérios de elegibilidade, mantém, recupera ou melhora as condições ambientais dos ecossistemas.

As definições supracitadas estão coerentes com o que já vinha sendo construído no Brasil e no Mundo antes da entrada em vigor da Lei nº 14.119/2021, sendo importante para a sua aplicabilidade, pois cria um padrão conceitual de âmbito nacional.

Note-se que a definição de pagamento por serviços ambientais da Lei nº 14.119/2021 adota a voluntariedade mencionada por Sven Wunder (2008, p. 29) e a forma contratual, mas limita a autonomia da vontade ao impor o respeito às disposições legais e regulamentares. Logo, nos contratos de pagamento por serviços ambientais podem ser estabelecidas obrigações peculiares, como a adicionalidade, desde que não contrariem a lei.

2.3 – Modalidades de Pagamento

O art. 3º da Lei nº 14.119/2021 prevê as seguintes *modalidades* de pagamento por serviços ambientais:

> I - pagamento direto, monetário ou não monetário;
> II - prestação de melhorias sociais a comunidades rurais e urbanas;
> III - compensação vinculada a certificado de redução de emissões por desmatamento e degradação;
> IV - títulos verdes (*green bonds*);
> V - comodato;
> VI - Cota de Reserva Ambiental (CRA), instituída pela Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.

Note-se que, enquanto instrumento econômico, o pagamento por serviços ambientais é, por natureza, uma retribuição econômica devida ao provedor, podendo ser classificado em *direto*, quando a retribuição é em dinheiro, e *indireto*, quando a retribuição é em benefícios fiscais, prestacionais, materiais, creditícios ou jurídicos.

Assim, a "prestação de melhorias sociais a comunidades rurais e urbanas", por ser um benefício coletivo, só pode ser considerada como pagamento indireto se os serviços ambientais forem providos coletivamente e não constituir obrigação legal do pagador. Ademais, os títulos verdes (*green bonds*) não são modalidades de pagamento por serviços ambientais, porém instrumentos de captação de empréstimos mobiliários, gerando uma dívida para o emissor.

Importa dizer que as modalidades de pagamento por serviços ambientais elencadas na Lei nº 14.119/2021 são meramente exemplificativas, sendo permitida a criação de outras modalidades pelo órgão gestor da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (art. 3º, § 1º) ou pelos próprios contratantes (pagadores e provedores), pois,

sendo uma atividade econômica, vige o *princípio da livre iniciativa*, que confere ampla liberdade negocial às partes (CF, art. 170, parágrafo único).

Exige-se, porém, que as modalidades de pagamento sejam previamente pactuadas entre pagadores e provedores de serviços ambientais (art. 3º, § 2º), para a segurança jurídica dos contratos de pagamento por serviços ambientais.

Finalmente, merece atenção a previsão da "compensação vinculada a certificado de redução de emissões por desmatamento e degradação" como modalidade de pagamento por serviços ambientais, pois implica no reconhecimento dos *projetos de REDD+* como espécie do gênero *pagamento por serviços ambientais*, afastando a dicotomia conceitual. Atualmente, os projetos de REDD+ podem ser privados, públicos ou público-privados, não se confundindo com o *REDD+ Jurisdicional*, que é um *instrumento de política climática internacional*, no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (UNFCCC), destinado a incentivar a redução de emissões de gases de efeito estufa nos países florestais, sendo nacionalmente implementado através de políticas públicas (programas jurisdicionais).

2.4 – Objetivos

A Lei nº 14.119/2021 instituiu a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, estabelecendo os seguintes *objetivos* (art. 4º):

> I - orientar a atuação do poder público, das organizações da sociedade civil e dos agentes privados em relação ao

pagamento por serviços ambientais, de forma a manter, recuperar ou melhorar os serviços ecossistêmicos em todo o território nacional;
II - estimular a conservação dos ecossistemas, dos recursos hídricos, do solo, da biodiversidade, do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado;
III - valorizar econômica, social e culturalmente os serviços ecossistêmicos;
IV - evitar a perda de vegetação nativa, a fragmentação de habitats, a desertificação e outros processos de degradação dos ecossistemas nativos e fomentar a conservação sistêmica da paisagem;
V - incentivar medidas para garantir a segurança hídrica em regiões submetidas a escassez de água para consumo humano e a processos de desertificação;
VI - contribuir para a regulação do clima e a redução de emissões advindas de desmatamento e degradação florestal;
VII - reconhecer as iniciativas individuais ou coletivas que favoreçam a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos, por meio de retribuição monetária ou não monetária, prestação de serviços ou outra forma de recompensa, como o fornecimento de produtos ou equipamentos;
VIII - estimular a elaboração e a execução de projetos privados voluntários de provimento e pagamento por serviços ambientais, que envolvam iniciativas de empresas, de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) e de outras organizações não governamentais;
IX - estimular a pesquisa científica relativa à valoração dos serviços ecossistêmicos e ao desenvolvimento de metodologias de execução, de monitoramento, de verificação e de certificação de projetos de pagamento por serviços ambientais;
X - assegurar a transparência das informações relativas à prestação de serviços ambientais, permitindo a participação da sociedade;
XI - estabelecer mecanismos de gestão de dados e informações necessários à implantação e ao monitoramento de ações para a plena execução dos serviços ambientais;
XII - incentivar o setor privado a incorporar a medição das perdas ou ganhos dos serviços ecossistêmicos nas cadeias produtivas vinculadas aos seus negócios;

> XIII - incentivar a criação de um mercado de serviços ambientais;
> XIV - fomentar o desenvolvimento sustentável.

Os objetivos previstos no art. 4º são condizentes com uma política séria de pagamento por serviços ambientais, porém o veto ao incentivos, especialmente ao art. 17, prejudicava a efetividade da Lei nº 14.119/2021, visto que "na definição das políticas públicas, em geral, são definidos princípios, objetivos, diretrizes, instrumentos, atores envolvidos em sua formulação, implantação e avaliação, bem como fontes de recursos" (GOMES, 2019, posição 1106-1108).

Em síntese, os vetos presidenciais esvaíam o financiamento público para o pagamento por serviços ambientais, assim como para o estímulo aos projetos privados e às pesquisas científicas, relegando-os à boa vontade de doadores nacionais e internacionais (art. 6º, § 7º), motivo pelo qual comprometiam o alcance dos objetivos da Lei nº 14.119/2021, tendo sido positiva a derrubada do veto ao art. 17 da Lei nº 14.119/2021.

Note-se que os arts. 18 e 19 não tinham efeitos concretos, pois não criavam incentivos econômicos, sendo inócuos o seus vetos para a efetividade da Lei nº 14.119/2021.

Um ponto positivo da Lei nº 14.119/2021 é a integração da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais à Política Nacional do Meio Ambiente, à Política Nacional da Biodiversidade, à Política Nacional de Recursos Hídricos, à Política Nacional sobre Mudança do Clima, à Política Nacional de Educação Ambiental, à Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e

Reforma Agrária e ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (art. 4º, § 1º).

Outrossim, decerto visando promover a Bioeconomia através da biotecnologia, a Lei nº 14.119/2021 prevê a integração da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais à Lei nº 13.123/2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade (art. 4º, § 1º).

Finalmente, a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais é gerida pelo Ministério do Meio Ambiente, enquanto órgão central do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 14.119/2021, art. 4º, § 2º).

2.5 – Diretrizes

A Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais possui as seguintes *diretrizes* (art. 5º):

> I - o atendimento aos princípios do provedor-recebedor e do usuário-pagador;
> II - o reconhecimento de que a manutenção, a recuperação e a melhoria dos serviços ecossistêmicos contribuem para a qualidade de vida da população;
> III - a utilização do pagamento por serviços ambientais como instrumento de promoção do desenvolvimento social, ambiental, econômico e cultural das populações em área rural e urbana e dos produtores rurais, em especial das comunidades tradicionais, dos povos indígenas e dos agricultores familiares;

> IV - a complementaridade do pagamento por serviços ambientais em relação aos instrumentos de comando e controle relacionados à conservação do meio ambiente;
> V - a integração e a coordenação das políticas de meio ambiente, de recursos hídricos, de agricultura, de energia, de transporte, de pesca, de aquicultura e de desenvolvimento urbano, entre outras, com vistas à manutenção, à recuperação ou à melhoria dos serviços ecossistêmicos;
> VI - a complementaridade e a coordenação entre programas e projetos de pagamentos por serviços ambientais implantados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios, pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, pela iniciativa privada, por Oscip e por outras organizações não governamentais, consideradas as especificidades ambientais e socioeconômicas dos diferentes biomas, regiões e bacias hidrográficas, e observados os princípios estabelecidos nesta Lei;
> VII - o reconhecimento do setor privado, das Oscip e de outras organizações não governamentais como organizadores, financiadores e gestores de projetos de pagamento por serviços ambientais, paralelamente ao setor público, e como indutores de mercados voluntários;
> VIII - a publicidade, a transparência e o controle social nas relações entre o pagador e o provedor dos serviços ambientais prestados;
> IX - a adequação do imóvel rural e urbano à legislação ambiental;
> X - o aprimoramento dos métodos de monitoramento, de verificação, de avaliação e de certificação dos serviços ambientais prestados;
> XI - o resguardo da proporcionalidade no pagamento por serviços ambientais prestados;
> XII - a inclusão socioeconômica e a regularização ambiental de populações rurais em situação de vulnerabilidade, em consonância com as disposições da Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011.

As diretrizes contêm as orientações para a consecução dos objetivos de uma política pública, por isso o receito apontado quanto aos objetivos podem ser reiterados quanto às diretrizes da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, porquanto os vetos aos incentivos

econômicos (arts. 17, 18 e 19) comprometiam as ações e prejudicavam o alcance de seus objetivos, tendo sido acertada a derrubada da maioria dos vetos pelo Congresso Nacional, restaurando a efetividade da Lei nº 14.119/2021.

Uma diretriz importante é a da "complementaridade do pagamento por serviços ambientais em relação aos instrumentos de comando e controle relacionados à conservação do meio ambiente", pois, conforme explicado alhures, possuem lógica diametralmente oposta e, justamente por isso, são instrumentos complementares no plano abstrato da política ambiental; porém podem ser reciprocamente excludentes no plano concreto das medidas administrativas, pois não se pode incentivar e, simultaneamente, punir uma determinada conduta, embora nem todo instrumento de comando e controle seja punitivo.

A decisão quanto à adoção de instrumentos ou medidas repressivos ou promocionais deve observar critérios técnicos, pois as políticas púbicas devem buscar o melhor resultado da forma menos dispendiosa e gravosa possível, considerando a necessidade, a adequação e a efetividade em cada situação. Em regra, os instrumentos promocionais devem preceder os instrumentos repressivos, lembrando que existem, ainda, os instrumentos de persuasão, que devem preceder aos dois anteriores, pois são transformadores da cultura.

Finalmente, releva a diretriz do "resguardo da proporcionalidade no pagamento por serviços ambientais prestados", a qual corresponde à progressividade prevista no art. 41 do Código Florestal, que prioriza os

incentivos para quem historicamente mais preserva o meio ambiente, de modo que as atividades de conservação têm preferência e maior valor do que as de recuperação para fins de pagamento por serviços ambientais.

2.6 – Incentivos

A Lei nº 14.119/2021 previu os *incentivos econômicos* nos arts. 17, 18 e 19, em seu Capítulo IV, porém esses dispositivos foram vetados pela Presidência da República, esvaziando o financiamento público para o pagamento por serviços ambientais, bem como para o estímulo aos projetos privados e às pesquisas científicas, relegando-os à boa vontade de doadores nacionais e internacionais, nos termos do art. 6º, § 7º.

O art.17, cujo veto foi derrubado, estabelece hipóteses de exclusão de base de cálculo, retirando os valores recebidos a título de pagamento por serviços ambientais da base de cálculo do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, apenas nos contratos celebrados ou registrados pelo Poder Público.

O art. 18, vetado pelas mesmas razões do art. 17, não criava nenhum incentivo, apenas dispondo que os incentivos previstos na Lei nº 14.119/2021 não excluíam outros benefícios, abatimentos e deduções já

previstos em outras leis vigentes, de modo que as razões apontadas são impertinentes, sendo incoerente o veto.

O art. 19, vetado pelas mesmas razões dos arts. 17 e 18 e outras, também não criava nenhum incentivo, simplesmente estabelecendo um conjunto de opções de incentivos a serem criados pelo Poder Executivo, obviamente respeitadas as disposições constitucionais, de modo que as razões apontadas são impertinentes, sendo igualmente incoerente o veto.

Portanto, com a derrubada do veto ao art. 17 da Lei nº 14.119/2021, o sucesso da Política Nacional e do Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais não depende mais apenas da boa vontade de doadores nacionais e internacionais (art. 6º, § 7º), sendo que a subsistência dos vetos aos arts. 18 e 19 não prejudicam a sua efetividade.

2.7 – Instrumentos de Cooperação e Parceria

O art. 20 da Lei nº 14.119/2021 prevê a possibilidade de a União firmar convênios (*lato sensu*) com Estados, com o Distrito Federal, com Municípios e com entidades de direito público, bem como termos de parceria com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público. A possibilidade de celebração de *instrumentos de cooperação e parceria* tem amparo no art. 241 da Constituição Federal, no art. 4º da Lei Complementar nº 140/2011, no art. 116 da Lei nº 8.666/1993, na Lei nº 11.079/2004 e na Lei nº 13.019/2014, aplicáveis subsidiária e supletivamente à Lei nº 14.119/2021.

2.8 – Natureza das Obrigações

As obrigações constantes de contratos de pagamento por serviços ambientais, quando se referirem à conservação ou restauração da vegetação nativa em imóveis particulares, ou mesmo à adoção ou manutenção de determinadas práticas agrícolas, agroflorestais ou agrossilvopastoris, têm natureza *propter rem*, transmitindo-se para o adquirente do imóvel, nos termos do art. 22 da Lei nº 14.119/2021. Portanto, as obrigações decorrentes de contratos de pagamento por serviços ambientais se equiparam às obrigações legais, como as definidas no Código Florestal (art. 2º, § 2º, art. 7º, § 2º, e art. 66, § 1º), o que é imprescindível para dar segurança jurídica aos negócios e viabilizar a captação de investimentos. Daí a importância do registro dos contratos no Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (art. 13).

2.9 – Recursos Financeiros

A Lei nº 14.119/2021 estabelece que as receitas oriundas da cobrança pelo uso dos recursos hídricos, nos termos da Lei nº 9.433/1997, podem ser destinadas a ações de pagamento por serviços ambientais que promovam a conservação e a melhoria da quantidade e da qualidade dos recursos hídricos e deverão ser aplicadas conforme decisão do comitê da bacia hidrográfica (art. 21). Esse dispositivo complementa a Lei nº

9.433/1997, que já previa a cobrança pelo uso de recursos hídricos para o financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos.

3 – PROGRAMA FEDERAL DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

3.1 – Contextualização

O Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais é exclusivo da União, não se confundindo com a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, que é de todos os entes federativos. Mas, para assegurar a efetividade da Lei nº 14.119/2021, as normas do Programa Federal devem ser aplicadas supletiva e subsidiariamente à Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, suprindo-lhe as incompletudes e omissões, sem prejuízo competência legislativa plena dos Estados na ausência normas gerais de caráter nacional (Constituição Federal, 24, § 3º).

Uma questão relevante é se o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais seria o "programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente" referido no art. 41 do Código Florestal, que tem como uma de suas linhas de ação o "pagamento ou incentivo a serviços ambientais" (inciso I), pois a Lei nº 14.119/2021 é silente.

Não resta dúvida que o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais da Lei nº 14.119/2021 cumpre a finalidade do inciso I do art. 41 do Código Florestal e não teria sentido o Poder Executivo federal criar outro programa de pagamento por serviços ambientais, sendo possível concluir que se tratam do mesmo programa.

Ocorre que, antes do advento da Lei nº 14.119/2021, o Poder Executivo federal já havia criado o Programa Nacional (leia-se federal) de Pagamentos por Serviços Ambientais - Floresta+, através da Portaria nº 288, de 2 de julho de 2020, do Ministério do Meio Ambiente, reportando-se ao inciso I do artigo 41 do Código Florestal (art. 3º).

Assim, para a coerência da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, o Programa Floresta+ deve ser considerado como implementação administrativa do "programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente" do art. 41, I, do Código Florestal e do Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais da Lei nº 14.119/2021.

3.2 – Características Gerais

O art. 6º da Lei nº 14.119/2021 criou o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais nos seguintes termos:

> Art. 6º Fica criado o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (PFPSA), no âmbito do órgão central do Sisnama, com o objetivo de efetivar a PNPSA relativamente ao pagamento desses serviços pela União, nas ações de manutenção, de recuperação ou de melhoria da cobertura vegetal nas áreas prioritárias para a conservação, de combate

> à fragmentação de habitats, de formação de corredores de biodiversidade e de conservação dos recursos hídricos.

Depreende-se do dispositivo supracitado que o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais é da competência do Ministério do Meio Ambiente e que a sua finalidade é efetivar, no âmbito federal, a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, mediante o pagamento das ações provedoras de serviços ambientais pela União.

O Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais visa incentivar as ações de manutenção, de recuperação ou de melhoria da cobertura vegetal nas áreas prioritárias para a conservação, de combate à fragmentação de habitats, de formação de corredores de biodiversidade e de conservação dos recursos hídricos, dentre outras (art. 6º, § 1º).

O Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais prioriza a contratação de pagamento por serviços ambientais providos por comunidades tradicionais, povos indígenas, agricultores familiares e empreendedores familiares rurais, observada a importância ecológica da área (art. 6º, § 2º), preferencialmente com as suas entidades representativas (cooperativas, associações civis ou outras formas associativas), a fim de dar escala às ações (art. 6º, § 3º).

Os requisitos para a contratação no âmbito do Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais são (art. 6º, § 4º):

> I - enquadramento em uma das ações definidas para o Programa;
> II - nos imóveis privados, ressalvados aqueles a que se refere o inciso IV do *caput* do art. 8º desta Lei, comprovação de uso ou ocupação regular do imóvel, por meio de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR);
> III - formalização de contrato específico;

IV - outros estabelecidos em regulamento.

É permitida a contratação mediante termo de adesão a outro contrato já vigente de pagamento por serviços ambientais (art. 6º, § 5º).

O Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais exige a verificação e a comprovação (certificação) das ações de manutenção, de recuperação ou de melhoria da área objeto de contratação para fins de pagamento (art. 6º, § 6º). Essa verificação e certificação pode ser realizada por entidade técnico-científica independente (art. 14, parágrafo único).

Derrubado o veto presidencial ao art. 17, o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais pode ter como incentivo a exclusão do pagamento por serviços ambientais da base de cálculo de alguns tributos federais, bem como recursos advindos de doações de pessoas físicas, de pessoas jurídicas de direito privado, de agências multilaterais e bilaterais de cooperação internacional, sem ônus para o Tesouro Nacional, excepcionadas as contrapartidas para o recebimento das referidas doações (art. 6º, § 7º).

Não obstante a desvinculação de recursos do Tesouro Nacional, a possibilidade de concessão de benefícios fiscais e de captação de doações, para fins de pagamento por serviços ambientais, propiciam condições favoráveis para que o Programa Federal e a Política Nacional consigam cumprir os seus objetivos legais.

Finalmente, após efetivamente implantado, o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais deve ser avaliado a cada quatro anos pelo órgão colegiado (art. 6º, § 8º).

3.3 – Ações Elegíveis

O art. 7º da Lei nº 14.119/2021 define as *ações elegíveis* para o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais:

> I - conservação e recuperação da vegetação nativa, da vida silvestre e do ambiente natural em áreas rurais, notadamente naquelas de elevada diversidade biológica, de importância para a formação de corredores de biodiversidade ou reconhecidas como prioritárias para a conservação da biodiversidade, assim definidas pelos órgãos do Sisnama;
> II - conservação de remanescentes vegetais em áreas urbanas e periurbanas de importância para a manutenção e a melhoria da qualidade do ar, dos recursos hídricos e do bem-estar da população e para a formação de corredores ecológicos;
> III - conservação e melhoria da quantidade e da qualidade da água, especialmente em bacias hidrográficas com cobertura vegetal crítica importantes para o abastecimento humano e para a dessedentação animal ou em áreas sujeitas a risco de desastre;
> IV - conservação de paisagens de grande beleza cênica;
> V - recuperação e recomposição da cobertura vegetal nativa de áreas degradadas, por meio do plantio de espécies nativas ou por sistema agroflorestal;
> VI - manejo sustentável de sistemas agrícolas, agroflorestais e agrossilvopastoris que contribuam para captura e retenção de carbono e conservação do solo, da água e da biodiversidade;
> VII - manutenção das áreas cobertas por vegetação nativa que seriam passíveis de autorização de supressão para uso alternativo do solo.

Note-se que, embora deslocada para o art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 14.119/2021, a manutenção das áreas de preservação permanente, reserva legal e outras sujeitas a limitações administrativas também é elegível para o pagamento por serviços ambientais, havendo uma

presunção legal de adicionalidade, nos termos do art. 41, § 4º, do Código Florestal.

Embora muitos autores, baseados na literalidade do Protocolo de Quioto, continuem apegados ao conceito de *adicionalidade* das ações, é mais producente o conceito de *oferta* dos serviços ecossistêmicos, a qual é diretamente proporcional à abrangência dos critérios de elegibilidade para o pagamento por serviços ambientais.

Isso porque a manutenção de áreas protegidas efetivamente promove a oferta de serviços ecossistêmicos, fato que não pode ser ignorado apenas porque tal manutenção não depende exclusivamente da vontade dos proprietários, desconsiderando que eles suportam uma severa restrição em seu direito de propriedade em benefício global.

Insta dizer que o Brasil é o único país do Mundo que impõe a todos os imóveis rurais, públicos e privados, a conservação de um percentual de vegetação a título de reserva legal (CHIAVARI; LOPES, 2019, p. 10), que nas áreas de floresta da Amazônia Legal é de 80%, tornando quase impossível gerar adicionalidade nos projetos, o que inviabilizaria o pagamento por serviços ambientais nas áreas de floresta da Amazônia Legal, num total contrassenso aos objetivos desse instrumento econômico de política ambiental.

A World Wildlife Fund (Brasil) também apresentou preocupação com a adoção pura e simples do conceito de adicionalidade do Protocolo de Quioto:

> Entretanto, o conceito de adicionalidade como determinado no artigo 12 do Protocolo de Quioto nem sempre aplica-se a

> iniciativas PSA que, além de considerar outros tipos de serviços ecossistêmicos, por exemplo, podem incluir também ações de recuperação de áreas degradadas ou conservação de áreas de preservação permanente (APP) e reservas legais (RL) - denominada adicionalidade regulatória. Além disso, a exigência da adicionalidade demanda a fixação de uma linha de base (estática, crescente ou decrescente), o que é um grande problema na quase totalidade dos programas existentes diante das informações e estrutura disponíveis. (2014, p. 23)

Em Nota Técnica sobre o Projeto de Lei nº 5.028/2019, a Coalizão Brasil Clima, Florestas e Agricultura relacionou a adicionalidade à indução da mudança comportamental, externando o seguinte entendimento:

> A adicionalidade deve ser considerada aqui como algo que não ocorreria sem a existência do incentivo, ou seja, o incentivo econômico é indutor de mudança de comportamento e por isso permite que: 1. programas que hoje promovem a recuperação de APPs em áreas de pequenos produtores rurais que não teriam capital para investir na recuperação do seu passivo continuem sendo referências de PSA no país, cumprindo o papel de restaurar múltiplos serviços ambientais associados; 2. Aqueles que historicamente têm promovido a conservação e/ou a recuperação de serviços ambientais sejam compensados e reconhecidos pelo seu papel, entre outros, 3. Áreas prioritárias para a conservação sejam recuperadas e que os serviços ambientais a elas associados sejam mantidos, entre outros. (2020, p. 03)

Outrossim, a inelegibilidade das áreas protegidas estimularia a desregulação, pois quanto maiores as restrições ao direito de propriedade, mais difícil seria gerar adicionalidade, favorecendo países com legislação ambiental leniente no recebimento por serviços ambientais, de modo que a exigência de adicionalidade teria efeito reverso e perverso.

O fato é que as limitações administrativas não eliminam totalmente o *trade-off* entre a conservação ambiental e o desenvolvimento

econômico (IGLORI, 2006, p. 29/32), sendo imprescindível o pagamento por serviços ambientais mesmo nas áreas protegidas, objetivando cobrir o custo de oportunidade decorrente das restrições ao direito de propriedade (MORAES, 2012, p. 48; CHAGAS; ANDRADE, 2017, p. 385/386), sob pena de a escolha não ser pela conservação ambiental, pois a ilegalidade seria mais compensadora economicamente.

Portanto, a manutenção de áreas protegidas deve ser considerada adicionalidade para o pagamento por serviços ambientais, não apenas porque presumida pela lei, mas porque efetivamente promove a oferta de serviços ecossistêmicos, lógica que somente perderia ser afastada se todos os demais países — especialmente os desenvolvidos — adotassem restrições equivalentes ao direito de propriedade, para que houvesse paridade de oportunidades.

3.4 – Critérios de Seleção

O art. 8º da Lei nº 14.119/2021 define as *áreas elegíveis* para o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais:

> I - áreas cobertas com vegetação nativa;
> II - áreas sujeitas a restauração ecossistêmica, a recuperação da cobertura vegetal nativa ou a plantio agroflorestal;
> III - unidades de conservação de proteção integral, reservas extrativistas e reservas de desenvolvimento sustentável, nos termos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000;
> IV - terras indígenas, territórios quilombolas e outras áreas legitimamente ocupadas por populações tradicionais, mediante consulta prévia, nos termos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais;

> V - paisagens de grande beleza cênica, prioritariamente em áreas especiais de interesse turístico;
> VI - áreas de exclusão de pesca, assim consideradas aquelas interditadas ou de reservas, onde o exercício da atividade pesqueira seja proibido transitória, periódica ou permanentemente, por ato do poder público;
> VII - áreas prioritárias para a conservação da biodiversidade, assim definidas por ato do poder público.

O § 1º do art. 8º da Lei nº 14.119/2021, cujo veto foi derrubado, estabelece que os pagamentos recebidos pelos serviços ambientais de conservação de vegetação nativa em unidades de conservação devem ser aplicados em atividades de regularização fundiária, elaboração, atualização e implantação do plano de manejo, fiscalização e monitoramento, manejo sustentável da biodiversidade e outras vinculadas à própria unidade, consultado, no caso das unidades de conservação de uso sustentável, o respectivo conselho deliberativo, o qual decidirá sobre a destinação desses recursos.

Igualmente, os pagamentos recebidos pelos serviços ambientais de conservação de vegetação nativa em terras indígenas serão aplicados em conformidade com os planos de gestão territorial e ambiental de terras indígenas, ou documentos equivalentes, elaborados pelos respectivos povos indígenas, nos termos do § 2º do art. 8º da Lei nº 14.119/2021.

O Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais considera elegíveis para o recebimento de pagamento por serviços ambientais os membros de comunidades tradicionais e os pescadores profissionais que, historicamente, desempenhavam suas atividades em áreas de exclusão de pesca e suas adjacências, desde que atuem em

conjunto com o órgão ambiental competente na fiscalização da área (art. 8º, § 3º).

Em relação aos imóveis privados, o art. 9º da Lei nº 14.119/2021 considera elegíveis para pagamento por serviços ambientais:

> I - os situados em zona rural inscritos no CAR, previsto na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, dispensada essa exigência para aqueles a que se refere o inciso IV do caput do art. 8º desta Lei;
> II - os situados em zona urbana que estejam em conformidade com o plano diretor, de que trata o § 1º do art. 182 da Constituição Federal, e com a legislação dele decorrente;
> III - as Reservas Particulares do Patrimônio Natural (RPPNs) e as áreas das zonas de amortecimento e dos corredores ecológicos cobertas por vegetação nativa, nos termos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

Outrossim, a Lei nº 14.119/2021 considera elegíveis para o pagamento por serviços ambientais com recursos públicos as áreas de preservação permanente, reserva legal e outras sob limitação administrativa nos termos da legislação ambiental, com preferência para aquelas localizadas em bacias hidrográficas consideradas críticas para o abastecimento público de água ou em áreas prioritárias para conservação da diversidade biológica em processo de desertificação ou avançada fragmentação (art. 9º, parágrafo único).

Em consonância com o art. 41, § 3º, do Código Florestal, a Lei nº 14.119/2021 veda o pagamento por serviços ambientais (art. 10):

> I - a pessoas físicas e jurídicas inadimplentes em relação a termo de ajustamento de conduta ou de compromisso firmado com os órgãos competentes com base nas Leis nos 7.347, de 24 de julho de 1985, e 12.651, de 25 de maio de 2012;
> II - referente a áreas embargadas pelos órgãos do Sisnama, conforme disposições da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.

Finalmente, a Lei nº 14.119/2021 incumbe a União de fornecer assistência técnica e capacitação para a promoção de serviços ambientais, para a definição da métrica de valoração, de validação, de monitoramento, de verificação e de certificação de serviços ambientais e para a segurança e a publicidade das informações (art. 11), devendo o Ministério do Meio Ambiente consolidar e publicar essas metodologias, as quais servirão de base para o fornecimento da assistência técnica (art. 11, parágrafo único).

3.5 – Regras Contratuais

O art. 12 da Lei nº 14.119/2021 estabelece as *cláusulas obrigatórias* dos contratos no âmbito do Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais:

> I - aos direitos e às obrigações do provedor, incluídas as ações de manutenção, de recuperação e de melhoria ambiental do ecossistema por ele assumidas e os critérios e os indicadores da qualidade dos serviços ambientais prestados;
> II - aos direitos e às obrigações do pagador, incluídos as formas, as condições e os prazos de realização da fiscalização e do monitoramento;
> III - às condições de acesso, pelo poder público, à área objeto do contrato e aos dados relativos às ações de manutenção, de recuperação e de melhoria ambiental assumidas pelo provedor, em condições previamente pactuadas e respeitados os limites do sigilo legal ou constitucionalmente previsto.

O regulamento da Lei nº 14.119/2021 pode, ainda, estabelecer *cláusulas específicas* para cada modalidade de contrato de pagamento por serviços ambientais (art. 12).

A instituição de *servidão ambiental* torna as propriedades rurais elegíveis para a celebração de contrato de pagamento por serviços ambientais no âmbito do Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (Lei nº 14.119/2021, art. 12, parágrafo único). Note-se que as posses rurais também podem instituir servidão ambiental (Lei nº 6.938/1981, art. 9º-A), logo podem ser elegíveis para o pagamento por serviços ambientais.

O art. 13 da Lei nº 14.119/2021, cujo veto foi derrubado, determina que os contratos de pagamento por serviços ambientais sejam registrados no Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, com o propósito de assegurar a integração e a transparência das informações sobre os programas e projetos de pagamento por serviços ambientais.

O art. 14 da Lei nº 14.119/2021 prevê que os contratos de pagamento por serviços ambientais que envolvam recursos públicos ou incentivos tributários sujeitam-se à fiscalização dos órgãos competentes. Essa regra se aplica aos contratos celebrado com o poder público, bem como aos contratos entre particulares registrados no Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (art. 17, parágrafo único).

Finamente, o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais admite que a validação e a certificação dos serviços ambientais sejam realizadas por entidade técnico-científica independente, nos termos do regulamento (art. 14, parágrafo único), que certamente exigirá o credenciamento pelo Ministério do Meio Ambiente.

3.6 – Governança

O art. 15 da Lei nº 14.119/2021 estabelece que o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais contará com um *órgão colegiado* com as seguintes atribuição:

> I - propor prioridades e critérios de aplicação dos recursos do PFPSA;
> II - monitorar a conformidade dos investimentos realizados pelo PFPSA com os objetivos e as diretrizes da PNPSA, bem como propor os ajustes necessários à implementação do Programa;
> III - avaliar, a cada 4 (quatro) anos, o PFPSA e sugerir as adequações necessárias ao Programa;
> IV - manifestar-se, anualmente, sobre o plano de aplicação de recursos do PFPSA e sobre os critérios de métrica de valoração, de validação, de monitoramento, de verificação e de certificação dos serviços ambientais utilizados pelos órgãos competentes.

Diante de suas atribuições executivo-deliberativas, o órgão colegiado do Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais possui feições de *comissão*, tendo composição paritária, com representantes do poder público, do setor produtivo e da sociedade civil, e sendo presidido pelo Ministério do Meio Ambiente (art. 15, § 1º).

A composição do colegiado deve ser definida no regulamento da Lei nº 14.119/2021. Normalmente, os representantes do Poder Público são indicados pelos órgãos e entidades com pertinência temática. Já os representantes do setor produtivo e da sociedade civil devem ser escolhidos entre seus pares, por meio de processo eletivo (art. 15, § 3º).

No tocante à sociedade civil, especificamente, devem compor o órgão colegiado representantes de entidades ambientalistas e de entidades representativas de provedores de serviços ambientais, a exemplo dos povos indígenas, comunidades tradicionais, agricultores e empreendedores familiares rurais (art. 15, § 4º).

Finalmente, a participação no órgão colegiado do Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais é uma atividade de relevante interesse público e não será remunerada (art. 15, § 2º), mas nada obsta o ressarcimento de despesas, já que inerente inclusive ao serviço voluntário, nos termos da Lei nº 9.608/1998.

3.7 – Cadastro Nacional

O art. 16 da Lei nº 14.119/2021, cujo veto foi derrubado, instituiu o Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, que é um mecanismo de gestão de dados e informações fundamental para a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, embora vinculado ao Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais.

O Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais deve ser mantido pelo Ministério do Meio Ambiente e deve conter o registro dos contratos de pagamento por serviços ambientais, as áreas potenciais para provisão de serviços ambientais, as metodologias de valoração dos ativos ambientais e as informações sobre os planos, programas e projetos que integram o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais.

Finalmente, o Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais deve consolidar as informações encaminhadas por órgãos e entidades, públicas e privadas, que desenvolvam projetos de pagamento por serviços ambientais, constituindo um banco de dados (art. 15, § 1º), o qual deve ser acessível ao público e ser integrado ao Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente, ao Sistema de Informação sobre a Biodiversidade Brasileira e ao Sistema de Cadastro Ambiental Rural (art. 15, § 2º).

CONCLUSÃO

Os instrumentos econômicos, especialmente o pagamento por serviços ambientais, constituem elementos essenciais da política ambiental, atuando paralela e complementarmente aos instrumentos repressivos e persuasivos, ampliando o conjunto de medidas disponíveis para a proteção do meio ambiente, tanto de sua estrutura, como de sua função.

Nesse contexto, a Lei nº 14.119/2021 é uma norma jurídica muito importante, a qual, com a derrubada dos vetos da Presidência da República, recuperou a sua aptidão (eficácia normativa) para contribuir com a reversão do quadro de degradação ambiental, especialmente do desmatamento descontrolado da Amazônia Legal e do Cerrado.

Não obstante a Lei nº 14.119/2021 tenha algumas inconsistências técnicas, todas elas são superáveis mediante a técnica hermenêutica do diálogo das fontes, aplicando-se supletiva e subsidiariamente as normas do

Programa Federal à Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais e vice-versa, sem prejuízo competência legislativa plena dos Estados na ausência normas gerais de caráter nacional (Constituição Federal, 24, § 3º).

Outrossim, com a derrubada do veto ao art. 17, restabeleceu-se o financiamento público para o pagamento por serviços ambientais, além do financiamento por entidades públicas e privadas, nacionais e internacionais, que podem alavancar ainda mais a Política Nacional e o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais, porém para isso o país terá que demonstrar a seriedade de sua intenção de proteger o meio ambiente.

Portanto, com a derrubada dos vetos que desvaiam a sua normatividade e efetividade, a Lei nº 14.119/2021 tem robustez e dá segurança jurídica à Política Nacional e ao Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais, criando um ambiente regulado propício para o desenvolvimento do mercado de serviços ambientais, diante do que se conclui que impactou positivamente o pagamento por serviços ambientais.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Luíza Cardoso de; CHAGAS, André Luís Squarize. **Custo de oportunidade da preservação ambiental: o caso da amazônia legal brasileira**. Revista Brasileira de Estudos Regionais e Urbanos, v. 11, n. 3. São Paulo: 2015. Disponível em: <https://www.revistaaber.org.br/rberu/article/view/227/215>. Acesso em: 11/05/2021.

CHIAVARI, Joana; LOPES, Cristina Leme. **Nota técnica: proposta do relator da mpv 867/2018 coloca em risco o novo código florestal**. Rio de Janeiro: *Climate Policy Initiative*, 2019. Disponível em: <https://www.inputbrasil.org/wp-content/uploads/2019/04/Nota-Tecnica-Novo-Codigo-Florestal-em-risco-03Mai.pdf>. Acesso em: 11/05/2021.

COALIZÃO BRASIL CLIMA, FLORESTAS E AGRICULTURA. **Nota técnica sobre o projeto de lei nº 5028/2019: política nacional de pagamentos por serviços ambientais**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8076179&ts=1599937764034&disposition=inline>. Acesso em: 11/05/2021.

FERRAZ, Rodrigo Peçanha Demonte *et al*. **Marco referencial em serviços ecossistêmicos**. Brasília: Embrapa, 2019.

GOMES, Cecilia de Almeida. **Instrumentos públicos de gestão ambiental**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2019. Edição do Kindle.

IGLIORI, Danilo Camargo. **Economia espacial do desenvolvimento e da conservação ambiental: uma análise sobre o uso da terra na amazônia**. Ciência e Cultura, v. 58, n. 1. São Paulo: 2006. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v58n1/a14v58n1.pdf>. Acessado em: 10/05/2021.

JURAS, Ilidia da Ascenção Garrido Martins. **Uso de instrumentos econômicos para a gestão ambiental: países da ocde e américa latina**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1025>. Acesso em: 11/05/2021.

MATTOS, Luciano. **Economia do meio ambiente e serviços ambientais**. Visões alternativas ao Pagamento por Serviços Ambientais. Rio de Janeiro: Fase, 2013. Disponível em: <https://fase.org.br/wp-content/uploads/2013/06/FASE_visoesalternativasaosPSA.pdf>. Acesso em: 11/05/2021.

MAY, Peter H. **Economia do meio ambiente: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2018. Edição do Kindle.

MORAES, Jorge Luiz Amaral. **Pagamento por serviços ambientais (psa) como instrumento de política de desenvolvimento sustentável dos territórios rurais: o projeto protetor das águas de vera cruz, rs**. Sustentabilidade em Debate, v. 3, n. 1. Brasília: 2012. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sust/issue/view/758/131>. Acesso em: 10/05/2021.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Manual para valoração econômica de recursos ambientais**. Rio de Janeiro: IPEA/MMA/PNUD/CNPq, 1997. Disponível em: <https://www.terrabrasilis.org.br/ecotecadigital/pdf/manual-para-valoracao-economica-de-recursos-ambientais.pdf >. Acesso em: 10/05/2021.

_____. **Regulação e instrumentos baseados no mercado: aspectos conceituais**. In: Instrumentos econômicos para a gestão ambiental no Brasil. MOTTA, Ronaldo Seroa da; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann (Coord.). Rio de Janeiro: 1997. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1025/instrumentos_economicos_juras.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 10/05/2021.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **O uso de instrumentos econômicos nas normas de proteção ambiental**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101. São Paulo: 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67710/70318>. Acesso em: 10/05/2021.

_____. **Pagamento por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica**. São Paulo: Atlas, 2012.

PAGIOLA, Stefano; GLEHN, Helena Carrascosa von; TAFFARELLO, Denise. **Experiências de pagamentos por serviços ambientais no brasil**. São Paulo: Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.terrabrasilis.org.br/ecotecadigital/index.php/estantes/gestao/2473-experiencias-de-pagamentos-por-servicos-ambientais-no-brasil>. Acesso em: 10/05/2021.

PAPP, Leonardo. **Direito e pagamento por serviços ambientais: fundamentos teóricos, elementos técnicos e experiências práticas**. Jaraguá do Sul: 2019. Edição do Kindle.

PEREIRA, Celia Santos de Souza; SOBRINHO, Teodorico Alves. **Cenário mundial dos pagamentos por serviços ambientais (psas) para conservação hídrica**. Ambiência - Revista do Setor de Ciências Agrárias e Ambientais, v. 13, n. 2. Guarapuava: 2017. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/ambiencia/article/viewFile/4572/3650>. Acesso em: 10/05/2021.

SANTOS, Rui Ferreira; VIVAN, Jorge Luiz. **Pagamento por serviços ecossistêmicos em perspectiva comparada: recomendações para tomada de decisão**. Brasília: Projeto Apoio aos Diálogos Setoriais UE-Brasil, 2012. Disponível: < http://ois.sebrae.com.br/publicacoes/pagamento-por-servicos-ecossistemicos-em-perspectiva-comparada-recomendacoes-para-tomada-de-decisao/>. Acesso em: 10/05/2021.

WUNDER, Sven (Coord). **Pagamentos por serviços ambientais: perspectivas para a amazônia legal**. Brasília: MMA, 2008. Disponível em: <https://www.portalces.org/biblioteca/pagamentos-por-servicos-ambientais-perspectivas-para-amazonia-legal>. Acesso em: 10/05/2021.

WWF-BRASIL. **Diretrizes para a política nacional de pagamento por serviços ambientais**. Brasília: WWF-Brasil, 2014. Disponível em: <https://wwfbr.awsassets.panda.org/downloads/diretrizes_pnpsa__final.pdf>. Acesso em: 10/05/2021.

YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann; BAKKER, Leonardo. **Instrumentos econômicos e pagamentos por serviços ambientais no brasil: incentivos econômicos para serviços ecossistêmicos no brasil**. Rio de Janeiro: Forest Trends, 2015. Disponível em: <http://www.fundovale.org/wp-content/uploads/2016/04/incentivoseconomicosparaservicosecossistemicos_book.pdf>. Acesso em: 10/05/2021.

YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann; FAUSTO, José Ricardo Brun. **Valoração de recursos naturais como instrumento de análise da expansão da fronteira agrícola na amazônia**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 1997. Texto para Discussão, 490. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0490.pdf>. Acesso em: 10/05/2021.

O CONTRATO DE GESTÃO E A DESPESA TOTAL COM PESSOAL: UMA BREVE ANÁLISE DA JURIDICIDADE DA PORTARIA STN Nº 233, DE 15 DE ABRIL DE 2019.

Leonardo Silva Cesário Rosa[28]

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 instituiu um novo marco de gestão pública responsável. Entretanto, apenas com a Lei de Responsabilidade Fiscal, criada no ano 2000, o legislador regulamentou a responsabilidade fiscal no Estado brasileiro. Com ela, passou-se a exigir do gestor público a observância de diretrizes para a implementação de uma gestão pública responsável, dentre elas, a obediência a limites e condições para a geração de despesas. A despesa pública mais relevante, sem dúvida, é a efetuada com pessoal, motivo que levou à criação de uma seção inteira na lei para tratar especificamente dessa matéria. Ao apontar as despesas que integram a despesa total com pessoal, a lei incluiu, na categoria "outras despesas com pessoal", aquelas decorrentes de contratos de terceirização de mão de obra. A Secretaria do Tesouro Nacional - STN, a partir da 9ª edição do Manual de Demonstrativos Fiscais, incluiu as

28 Procurador do Estado do Acre. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL.

despesas com os contratos de gestão na categoria “outras despesas com pessoal”, dando-lhes tratamento igual ao dos contratos de terceirização de mão de obra. No presente artigo, faremos uma breve análise desses tipos de contrato e da pertinência da medida adotada pela STN.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Financeiro. Administração pública. Gestão. Responsabilidade Fiscal. Despesa pública. Despesa com pessoal. Despesa total com pessoal. Contrato de terceirização de mão de obra. Contrato de gestão. Natureza. Competência para legislar. Violação.

1. INTRODUÇÃO.

A Assembleia Nacional Constituinte, cujos trabalhos se iniciaram em 1985, foi certamente influenciada pelo movimento, verificado nas últimas décadas do século XX, no Ocidente, de revisão do papel do Estado, na busca de um melhor desempenho econômico. Este movimento apontava para a necessidade de realização de reformas fiscais, orçamentárias e de gestão pública, a fim de estabelecer mecanismos de controle de despesas e do endividamento que levassem ao equilíbrio fiscal[29].

Por isso, a Constituição Federal de 1988, ainda em sua versão

[29] ABRAHAM, Marcus. Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada (p. 5). Forense. Edição do Kindle.

original, trouxe importantes mecanismos destinados à implantação da eficiência na gestão pública do Estado brasileiro. Além de determinar a edição de lei complementar que dispusesse sobre normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta (art. 165, §9º, II, CF), estabeleceu a necessidade de limitação das despesas com pessoal (art. 169, CF) como forma de manter o equilíbrio fiscal.

Apesar disso, apenas após mais de uma década da promulgação da Constituição Federal é que o Congresso Nacional aprovou a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, a intitulada Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, destinada a estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, regulamentando, também, os artigos 165 e 169 da Carta Constitucional.

Segundo a própria lei, a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe: ação planejada e transparente; prevenção de riscos e correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas; cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas; obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita e geração de despesas[30].

Especificamente em relação à geração de despesas, a lei deu especial atenção à despesa com pessoal, por ser a que representa um maior risco ao equilíbrio fiscal do Estado[31]. Por isso, o legislador fixou limites

[30] Despesas com pessoal, da seguridade social, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

[31] Trata-se de uma despesa de natureza continuada e impossível de ser reduzida pela

para o gasto com pessoal (prudencial e total) que, uma vez ultrapassados, ensejam uma série de restrições à criação de novas despesas (art. 22) e exigem do gestor a adoção de medidas administrativas destinadas à sua recondução a patamares de normalidade (art. 23, LRF, c/c art. 169, §§ 3º e 4º, CF).

Apenas após os primeiros quinze anos de sua vigência, quando vários Estados da Federação passaram a sofrer mais drasticamente os efeitos da crise fiscal que passou a assolar o país, é que as restrições decorrentes da extrapolação dos limites da despesa com pessoal passaram concretamente a ter maior repercussão.

Firmes no propósito de fazer o gestor cumprir a sua obrigação legal de manutenção do equilíbrio fiscal, a Secretaria do Tesouro Nacional - STN, cujo entendimento foi chancelado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, estipulou normas e manuais de contabilidade pública, de observância obrigatória pelos gestores, federais e estaduais, que orientam a forma de classificar as despesas com pessoal. Em um desses manuais, a STN determinou a classificação da despesa com os contratos de gestão, celebrados com organizações sociais, na categoria "outras despesas com pessoal", incluindo-a, portanto, no cálculo da despesa total com pessoal.

A situação relatada revela interessante celeuma jurídica. No presente estudo, será analisada a natureza jurídica do contrato de gestão, do contrato de terceirização de mão-de-obra, as portarias e manuais da

diminuição de salários dos servidores públicos (art. 37, XV, CF).

STN e o entendimento do TCU sobre o tema, a fim de se verificar a compatibilidade da inclusão das despesas com os contratos de gestão na despesa total com pessoal do ente público.

2. **DESENVOLVIMENTO.**

A Lei de Responsabilidade Fiscal, ainda que tardiamente, foi criada para estabelecer valiosos mecanismos destinados a assegurar uma adequada gestão dos entes públicos.

Esses mecanismos visam a obrigar o gestor a realizar uma administração responsável da *res publicae*, mediante a observância das seguintes diretrizes: ação planejada e transparente; prevenção de riscos e correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas; cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas; obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita e geração de despesas.

Na parte que trata da limitação à geração de despesas, a lei conferiu especial tratamento às despesas com pessoal, reservando-lhe a Seção II do Capítulo IV, certamente por representar parcela considerável das despesas públicas.

Além disso, ao contrário do que ocorre com outros tipos de despesa, em que é possível ao gestor simplesmente rescindir, renegociar ou reduzir os respectivos contratos, os salários dos servidores públicos são

de caráter continuado[32], irredutíveis[33] e os respectivos contratos, em sua maioria, são estáveis e não podem ser rescindidos por mera vontade do gestor[34]. Portanto, uma vez criada, a despesa com pessoal dificilmente pode ser reduzida.

Além disso, ainda que não haja alteração no Regime Jurídico Único ou nos Planos de Cargos e Salários dos servidores, a despesa com pessoal cresce naturalmente todos os anos, em razão do reajuste anual do salário mínimo, das promoções e das progressões dos servidores públicos.

Por isso tudo que o legislador vislumbrou a necessidade de criar um rígido controle das despesas com pessoal. Para além disso, na escrituração e consolidação das contas públicas, entendeu ser necessária a adoção das regras de contabilidade pública e a edição de normas gerais.

A edição de normas gerais para a consolidação das contas públicas ficou a cargo do conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade. Todavia, enquanto esse conselho não for constituído, a tarefa foi incumbida ao

[32] Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios (art. 17, LRF).
[33] Art. 37, XV, CF.
[34] O servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público que tiver adquirido a estabilidade só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (art. 42, CF).

órgão central de contabilidade da União[35], ou seja, à Secretaria do Tesouro Nacional - STN[36].

A ela compete, também, "consolidar os balanços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com vistas à elaboração do Balanço do Setor Público Nacional"[37], devendo estabelecer a periodicidade, o formato e o sistema para que os referidos entes disponibilizem suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais[38].

Por esse motivo, a STN editou a Portaria STN nº 634, de 19 de novembro de 2013, que dispõe sobre regras gerais acerca das diretrizes, normas e procedimentos contábeis aplicáveis aos entes da Federação, com vistas à consolidação das contas públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público - MCASP e o Manual de Demonstrativos Fiscais - MDF, todos de observância compulsória por todos os entes da Federação.

---

[35] Art. 50. Além de obedecer às demais normas de contabilidade pública, a escrituração das contas públicas observará as seguintes: [...]
§ 2º A edição de normas gerais para consolidação das contas públicas caberá ao órgão central de contabilidade da União, enquanto não implantado o conselho de que trata o art. 67.
…
Art. 67. O acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, visando a: [...]
[36] Art. 17, inciso I, da Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.
[37] Art. 18, inciso VII, da Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.
[38] Art. 48, §2º, LRF.

O MDF, atualmente em sua 11ª edição, no subitem 3 do item 04.01.02.01, orienta:

> 3. Despesas com pessoal decorrentes da contratação de serviços públicos finalísticos de forma indireta
> Além da terceirização, que corresponde à transferência de um determinado serviço à outra empresa, existem também as despesas com pessoal decorrentes da contratação, de forma indireta, de serviços públicos relacionados à atividade fim do ente público, ou seja, por meio da contratação de cooperativas, de consórcios públicos, de organizações da sociedade civil, do serviço de empresas individuais ou de outras formas assemelhadas.
> **A LRF, ao estabelecer um limite para as despesas com pessoal, definiu que uma parcela das receitas do ente público deveria ser direcionada a outras ações e, para evitar que, com a terceirização dos serviços, essa parcela de receitas ficasse comprometida com pessoal, estabeleceu, no § 1º do artigo 18, que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos devem ser contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".**
> **Da mesma forma, a parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal que exerce a atividade fim do ente público, efetuado em decorrência da contratação de forma indireta, deverá ser incluída no total apurado para verificação dos limites de gastos com pessoal.**
> Ressalta-se que, se os entes da federação comprometem os gastos com pessoal relacionados à prestação de serviços públicos num percentual acima do limite estabelecido pela LRF, seja de forma direta, mediante contratação de terceirizados **ou outras formas de contratação indireta**, esses entes terão sua capacidade financeira reduzida para alocar mais recursos em outras despesas. Além disso, se as contratações de forma indireta tiverem o objetivo de ampliar a margem de expansão da despesa com pessoal, poderá ocorrer o comprometimento do equilíbrio intertemporal das finanças públicas, o que poderá inviabilizar a prestação de serviço ao cidadão.
> **Em relação às organizações da sociedade civil, esclarece-se que esse entendimento aplica-se aos casos em que essas**

> **organizações administram estruturas pertencentes à administração pública ou tem a totalidade ou a maior parte das suas despesas custeadas pelo poder público. Nesses casos, é possível identificar o valor das despesas com pessoal relacionadas à atividade fim do ente da federação que é custeada com os recursos repassados pelo poder público.**
> **Não se enquadram, nesse entendimento, as despesas com pessoal das organizações que atuam na prestação de serviços ao cidadão de forma independente dos repasses efetuados pela administração pública, ou seja, que não dependam exclusivamente ou quase na totalidade dos recursos do setor público. Nesses casos, normalmente são feitos convênios com a administração pública e os repasses financeiros são feitos para custear os serviços prestados ao setor público, não havendo como associar o montante desses recursos ao montante apurado das despesas com pessoal.**
> Ressalta-se que o fato de se considerar as despesas com pessoal das organizações da sociedade civil no cômputo da despesa com pessoal não tem o condão de alterar o registro da execução orçamentária dos repasses feitos a essas organizações, ou seja, a despesa com pessoal não é identificada no repasse à OS, mas tão somente quando da prestação de contas feita pela organização quanto à utilização dos recursos repassados.

A referida regra foi inserida pela Portaria STN nº 233, de 15 de abril de 2019, no MDF - 9ª edição, que havia sido aprovado originalmente pela Portaria STN nº 389, de 14 de junho de 2018.

Entretanto, ficou estabelecida regra transitória, em razão da necessidade de definição de rotinas e contas contábeis, bem como classificações orçamentárias para operacionalização, até o final do exercício de 2020, para que os entes da Federação avaliem e adequem os respectivos dispositivos contratuais bem como os procedimentos de prestação de contas das organizações da sociedade civil para o

cumprimento integral das disposições. Esse prazo, porém, foi prorrogado até o final do exercício de 2021 pela Portaria STN nº 377, de 08 de julho de 2020.

A questão, entretanto, é tormentosa. Seria realmente adequado, do ponto de vista jurídico, que os entes da administração pública levem à conta de despesas com pessoal os gastos com o pagamento de organizações sociais que prestem serviços públicos em substituição ao Poder Público (contratos de gestão)?

Essa celeuma foi enfrentada pelo Tribunal de Contas da União no Processo TC 023.410/2016-7 (Acórdão 2.444/2016), decorrente de solicitação feita pelo Congresso Nacional. Naquela oportunidade, decidiu-se conforme a seguinte ementa:

> SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS DO SENADO. INFORMAÇÕES A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS POR ENTES PÚBLICOS NA ÁREA DE SAÚDE E DA FORMA DE CONTABILIZAÇÃO DOS PAGAMENTOS A TÍTULO DE FOMENTO NOS LIMITES DE GASTOS DE PESSOAL PREVISTOS NA LEI COMPLEMENTAR 101/2000 (LRF). ATENDIMENTO PARCIAL POR MEIO DO ACÓRDÃO 2057/2016 - TCU - PLENÁRIO. AUSÊNCIA DE DELIBERAÇÕES DO TCU QUE RECONHEÇAM COMO OBRIGATÓRIA A INCLUSÃO DE DESPESAS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS PARA FINS DE VERIFICAÇÃO DO ATENDIMENTO AOS LIMITES COM GASTOS DE PESSOAL. ENTENDIMENTO DO STF (ADI 1.923) CONFIRMANDO NÃO CONSISTIREM OS CONTRATOS DE GESTÃO CELEBRADOS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EM TERCEIRIZAÇÃO DE

MÃO DE OBRA. LEGISLAÇÃO QUE INCLUI NOS GASTOS COM PESSOAL APENAS DESPESAS COM CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA QUE SE REFIRAM A SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS E A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL POR TEMPO DETERMINADO. CONCLUSÃO DE QUE AS DESPESAS COM CONTRATOS DE GESTÃO NÃO DEVEM SER COMPUTADAS PARA FINALIDADE DO ART. 19 DA LRF. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RISCOS DA UTILIZAÇÃO ABUSIVA DO INSTRUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO CONGRESSO NACIONAL PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. SOLICITAÇÃO ATENDIDA TOTALMENTE.

1. Não há, na jurisprudência do TCU, deliberações que reconheçam como obrigatória a inclusão de despesas pagas a organizações sociais que celebram contrato de gestão com a União para fins de verificação do atendimento aos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela LRF.

2. Os fundamentos adotados pelo STF na ADI 1.923 confirmam que os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de terceirizados.

3. O art. 18, § 1º, da LRF e o art. 105 da LDO 2016 exigem apenas a contabilização dos gastos com contratos de terceirização de mão de obra que se referem a substituição de servidores e empregados públicos e a contratação de pessoal por tempo determinado; assim, nem todo gasto com terceirização de mão de obra o legislador elegeu para fazer parte do cálculo do limite de despesa com pessoal. Se a norma restringe os casos de contabilização dos gastos com terceirização, com maior razão conclui-se que as despesas com contratação de organizações sociais não devem ser computadas para finalidade do art. 19 da LRF.

4. A utilização abusiva da contratação de organizações sociais pode acarretar riscos ao equilíbrio fiscal do ente federativo, cumprindo ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade, bem como avaliar a oportunidade e a conveniência de legislar sobre a matéria, de forma a inserir ou não no cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000, as

despesas com pessoal dessas organizações.

ACÓRDÃO Nº 2.444/2016-TCU-Plenário – TCU – Plenário
1. Processo nº TC 023.410/2016-7.
[...]
9. Acórdão:
VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Solicitação do Congresso Nacional encaminhada pelo Presidente do Senado Federal, em razão do Requerimento 26/2016 da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal (CAS), no qual é solicitado que este Tribunal se manifeste acerca da possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais por entes públicos na área de saúde, especialmente, sobre a forma de contabilização dos pagamentos a título de fomento nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);
ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, em:
9.1. informar à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, em referência ao segundo questionamento do Requerimento 26/2016, objeto do Ofício 1.016 (SF), de 3/8/2016, que:
9.1.1. não há, no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, deliberações que reconheçam como obrigatória a inclusão de despesas pagas a organizações sociais que celebram contrato de gestão financiado com fontes federais para fins de verificação do atendimento aos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal;
9.1.2. os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923 confirmam que os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de terceirizados. Embora, na prática, o TCU tenha observado, em várias situações, a contratação de organizações sociais apenas para servirem de intermediárias de mão de obra, tal fato não é motivo legítimo para que o instrumento seja tratado como se terceirização o fosse. Se bem utilizado, o contrato de gestão celebrado com organizações sociais pode e deve trazer benefícios;
9.1.3. o art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal

(Lei Complementar 101/2000) e o art. 105 da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2016 (Lei 13.242/2015) exigem apenas a contabilização dos gastos com contratos de terceirização de mão de obra que se referem a substituição de servidores e empregados públicos e a contratação de pessoal por tempo determinado; assim, nem todo gasto com terceirização de mão de obra o legislador elegeu para fazer parte do cálculo do limite de despesa com pessoal.;

9.1.4. conforme decidido pelo Plenário do TCU no Acórdão 2.057/2016 - TCU - Plenário, é de todo recomendável, especialmente em cenários de retração econômica e de insuficiência de recursos, que o gestor público analise todas as opções postas à disposição pela Constituição e pela legislação vigente, de forma a buscar modelos que vão ao encontro do princípio constitucional da eficiência, sempre tendo como objetivo o interesse público e o atendimento dos direitos dos cidadãos. Embora seja necessário fundamentar a opção pela adoção do modelo de parcerias com organizações sociais, é preciso ter presente que a autonomia do gestor e o livre exercício da opção política do governo democraticamente eleito, nos limites da lei, devem ser levados em consideração no exame pelo órgão de controle, sendo certo que a experiência de outra unidades federativas, bem como estudos e trabalhos que abordem o tema e promovam comparação entre os diversos modelos podem e devem servir de fundamento à decisão do Estado;

9.1.5. não se pode, todavia, olvidar dos riscos que a utilização abusiva desse instrumento pode acarretar ao equilíbrio fiscal do ente federativo. Assim, diante desses riscos e da omissão da LRF, cumpre ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade e, com base nisso, avaliar a oportunidade e a conveniência de legislar sobre a matéria, de forma a inserir ou não no cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000 as despesas com pessoal das organizações sociais;

9.2. dar ciência desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao Presidente do Senado Federal e à Comissão de Assuntos Sociais do Senado

> Federal, enviando-lhes, adicionalmente, cópia da instrução técnica constante à peça 26;
> 9.3. declarar totalmente atendida a solicitação, arquivando-se os autos.
> [sem destaque no original]

Todavia, julgando recurso de embargos de declaração interposto nos referidos autos, o TCU voltou atrás em seu posicionamento, anulando os subitens 9.1.2 a 9.1.5 do Acórdão 2.444/2016-TCU-Plenário, em razão de vícios formais. Veja-se a ementa do julgamento:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANIFESTAÇÃO SOBRE POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA ÁREA DE SAÚDE E SOBRE O CÔMPUTO DAS DESPESAS DECORRENTES DESSES CONTRATOS NOS LIMITES DE DESPESA DE PESSOAL PREVISTOS NO ART. 19 DA LRF. ACÓRDÃO 2444/2016 - PLENÁRIO DANDO DIRETRIZES SOBRE A MATÉRIA. ALEGAÇÃO DE OBSCURIDADE E OMISSÕES. OCORRÊNCIA. CONHECIMENTO E ACOLHIMENTO PARCIAL. ESCLARECIMENTO E INTEGRAÇÃO DO ACÓRDÃO.
>
> ACÓRDÃO Nº 1187/2019 – TCU – Plenário
> 1. Processo nº TC 023.410/2016-7.
> [...]
> 9. Acórdão:
> VISTOS, relatados e discutidos estes embargos de declaração opostos pela Mesa da Câmara dos Deputados contra o Acórdão 2.444/2016-TCU-Plenário, que apreciou Solicitação do Congresso Nacional, no qual se requereu manifestação deste Tribunal acerca da possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais por entes públicos na área de saúde, especialmente sobre a forma de contabilização dos pagamentos a título de fomento nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante os motivos expostos

> pelo Relator, em:
> 9.1. conhecer e acolher parcialmente os embargos de declaração, com fulcro nos arts. 32, II, e 34 da Lei 8.443/1992;
> **9.2. esclarecer à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal que o Acórdão 2.444/2016-Plenário não possui caráter normativo, nem constitui prejulgamento de tese;**
> **9.3. declarar nulos os subitens 9.1.2. a 9.1.5 do Acórdão 2.444/2016-Plenário;**
> 9.4. considerar prejudicados os pedidos da embargante contidos nas alíneas "c" e "d" do parágrafo 21 de sua peça recursal;
> **9.5. integrar o Acórdão 2.444/2016-Plenário para informar à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal que, de acordo com a 8ª e a 9ª edições do Manual de Demonstrativos Fiscais publicado pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), bem como orientação contida na Portaria 233/2019 do Ministério da Economia, a parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal que exerce a atividade fim do ente público nas organizações sociais deve ser incluída no total apurado para verificação dos limites de gastos com pessoal estipulados na Lei de Responsabilidade Fiscal, e que o cumprimento dessa orientação da STN poderá ser avaliado pelo TCU no âmbito dos processos de acompanhamento dos Relatórios de Gestão Fiscal;**
> 9.6. dar ciência deste acórdão à embargante, ao Presidente do Senado Federal, à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal e à Secretaria de Macroavaliação Governamental do TCU (Semag).
> 10. Ata n° 17/2019 – Plenário.
> 11. Data da Sessão: 22/5/2019 – Ordinária.
> 12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1187-17/19-P.
> [sem negrito no original]

Desse modo, o TCU alterou o seu entendimento, passando a afirmar que "a parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal que exerce a atividade fim do ente público nas organizações sociais deve ser incluída no total apurado para verificação dos limites de gastos com

pessoal estipulados na Lei de Responsabilidade Fiscal". O motivo para a mudança seria o de salvaguardar o equilíbrio financeiro do Ente Público. Neste sentido é o seguinte trecho do voto do Ministro Bruno Dantas:

> 24. Registro, todavia, que compartilho da mesma preocupação do Parquet e da embargante no sentido de que eventual interpretação do art. 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal no sentido de excluir os gastos do poder público com contratação de organizações sociais para terceirização de mão-de-obra do cálculo do teto de gastos com pessoal seria expor a grandes riscos a higidez das contas públicas.

Ocorre, entretanto, que nem a Portaria STN nº 233, de 15 de abril de 2019, que deu início a toda a controvérsia, e nem o entendimento sufragado pelo TCU tem amparo legal, por incluírem na contabilização de gastos com pessoal uma despesa não abrangida pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

O art. 18 da LRF é quem define quais são as despesas que devem ser consideradas no cálculo da despesa total com pessoal. Nele não se encontra a despesa com as organizações sociais prestadoras de serviço público, ainda que ela atue em substituição e mediante remuneração do Poder Público. Veja-se:

> Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições

> recolhidas pelo ente às entidades de previdência.
> §1º. Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".
> § 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos 11 (onze) imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência, independentemente de empenho. (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021)
> § 3º Para a apuração da despesa total com pessoal, será observada a remuneração bruta do servidor, sem qualquer dedução ou retenção, ressalvada a redução para atendimento ao disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

O entendimento da STN, portanto, almeja conferir aos contratos de gestão, firmados com as organizações sociais, o mesmo tratamento dispensado pela LRF aos contratos de terceirização de mão de obra. Entretanto, essa conclusão não está correta, já o contrato de gestão é sensivelmente diferente do contrato de terceirização de mão de obra.

Na lição do mestre Maurício Godinho Delgado[39],

> Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a

[39] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. Edição do Kindle. p. 540.

> prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Já o contrato de gestão é legalmente definido como aquele firmado entre ente público e entidade privada qualificada como Organização Social; é instrumento de formação de parceria para o fomento e execução de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (artigos 1º e 5º, Lei 9.637/98).

A natureza jurídica do contrato de gestão foi bem definida pelo Desembargador do Trabalho Rui Cesar Publio Borges Correa[40], no julgamento do RO 1003670-61.2016.5.02.0204:

> A natureza do contrato de gestão se aproxima muito mais da dos convênios do que dos contratos propriamente ditos, porque nele não pode haver interesses opostos e contraditórios. Os interesses visados não podem ser diversos.
> O contrato de gestão estabelece um vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública e nele são fixadas metas a serem cumpridas com o auxílio do Poder Público.

Assim, se na terceirização a atividade do ente privado é estritamente a de fornecer mão-de-obra ao tomador de serviços, de forma a facilitar a prestação do serviço pelo ente público, no contrato de gestão, a responsabilidade pela prestação do serviço público é encargo da entidade privada, que deve cumprir programas e metas previamente definidos pela administração pública. Nesse caso, "... a implementação e a operação do

[40] TRT-2 10036706120165020204 SP, Relator: RUI CESAR PUBLIO BORGES CORREA, 18ª Turma - Cadeira 4, Data de Publicação: 06/06/2018

programa têm de ficar a cargo da entidade contratada, que atua com base em sua prévia experiência e capacitação na área de saúde, cabendo à Administração Pública a supervisão, o controle de metas, a avaliação do desempenho e não a gestão do programa, tampouco a indicação das pessoas que deverão ser contratadas”[41].

Na terceirização, os trabalhadores prestam seu serviço em ambiente mantido e gerido pelo tomador de serviços, que não é o seu empregador; diferentemente, no contrato de gestão, os trabalhadores laboram em ambiente mantido e gerido pelo seu empregador.

Aliás, o Tribunal Superior do Trabalho já teve a oportunidade de se manifestar sobre casos como esse, destacando a diferença entre contratos de prestação de serviços (terceirização de mão de obra) e contratos de gestão. Veja-se:

> RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. CONVÊNIO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. A responsabilidade subsidiária com fundamento na Súmula n.º 331 desta Corte ocorre quando há um contrato de prestação de serviços, figurando o Município como tomador dos serviços prestados pela Empresa contratante da mão de obra. Tratando-se de convênio para serviços na área de saúde, como consignado pelo Regional, não há falar em prestação de serviços e muito menos em responsabilização subsidiária, nos termos da Súmula n.º 331, IV, do TST. Recurso de Revista conhecido e provido.
> (Processo: RR-3736-98.2010.5.02.0000 Data de Julgamento: 27/04/2011, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4º Turma, Data de Publicação: DEJT 06/05/2011).

[41] Acórdão 1.146/2003-TCU-Plenário, rel. Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues.

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - LEGALIDADE DO CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E ENTIDADE PRIVADA SEM FINS LUCRATIVOS - PROGRAMA DE SAÚDE DA FAMÍLIA DO MUNICÍPIO - SÚMULA 331, IV, DO TST. APLICABILIDADE. 1. **Os convênios são instrumentos celebrados entre entidades e órgãos estatais de espécies diferentes ou entre entidades ou órgãos públicos e entidades privadas, para realização de objetivos de interesse comum entre as partes celebrantes e sem previsão de obrigações recíprocas, sendo certo que a manutenção de creches por parte do poder público, em parceria com entidade de direito privado, apenas garante efetividade às normas contidas nos arts. 7º, XXV, e 208, IV, da CF, que preveem esse benefício aos trabalhadores e à população em geral. Distinguem-se dos contratos de prestação de serviços, pois os objetivos destes são diversos e opostos entre os participantes**. [...]. (Processo: AIRR - 136940-55.2006.5.01.0471 Data de Julgamento: 07/12/2010, Relatora Juíza Convocada: Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/12/2010).

Recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho, decidindo processo onde se questionava a adoção do modelo de contrato de gestão pelo Estado do Acre no Hospital do Juruá, concluiu pela sua juridicidade, afastando o entendimento de que se trata de terceirização de mão de obra. Veja-se:

> [...] III - RECURSOS DE REVISTA DAS RECLAMADAS INTERPOSTOS SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017 - EXAME CONJUNTO - DANO MORAL COLETIVO - CARACTERIZAÇÃO E VALOR DA INDENIZAÇÃO - TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM - SERVIÇOS DE SAÚDE - PARCERIA ENTRE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP) E ESTADO - VALIDADE
> 1. A assistência à saúde é um dever do Estado, podendo ser prestada tanto diretamente quanto por meio de terceiros.

> Nesse sentido, os arts. 197 e 199, § 1º, do texto constitucional, autorizam a prestação de "ações e serviços de saúde" por pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado.
> 2. Em sintonia com a estrutura institucional adotada pela Constituição da República, a legislação federal autoriza a prestação de serviços públicos na área de saúde por meio de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Nesse sentido, o art. 3º da Lei nº 9.790/1999, ao instituir os objetivos sociais exigidos para a qualificação das pessoas jurídicas de direito privado como OSCIP, expressamente incluiu a prestação de serviços gratuitos de saúde.
> 3. Diante desse cenário normativo, não se pode presumir a ilicitude do termo de parceria firmado entre o Estado e instituição privada já qualificada como OSCIP para a administração de hospital público.
> 4. A autorização de que a pessoa jurídica de direito privado contrate empregados pelo regime da CLT para a execução de atividades finalísticas do Estado não se traduz em fraude à legislação, mormente quando a própria Constituição da República autoriza a prestação complementar de serviços de saúde por instituições privadas sem fins lucrativos, como na hipótese.
> 5. Reconhecendo-se a validade das relações de trabalho fundadas no termo de parceria e discutidas nos presentes autos, impõe-se a improcedência dos pedidos deduzidos na Ação Civil Pública. Recursos de Revista conhecidos e providos.
> (TST - ARR: 100604520145140416, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Julgam: 20/11/2019, 8ª Turma, Publicação: DEJT 22/11/2019)

Note-se, portanto, que há sensível diferença entre os dois tipos de contrato, motivo pelo qual não é possível incluí-lo, por analogia, no rol de despesas com pessoal, previsto no art. 18 da LRF.

A alteração de entendimento jurídico feita pela STN a partir da 9ª edição do Manual de Demonstrativos Fiscais, portanto, fere o princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Se há consenso de que o interesse público exige a inclusão do contrato de gestão no rol de despesas com pessoal, isto deve ser feito por meio de alteração da LRF, mediante processo legislativo, levando a questão a debate perante o Parlamento.

A alteração realizada pela STN não é apenas *contra legem*, mas, também, uma violação da competência legislativa do Congresso Nacional.

Aliás, exatamente por esse motivo, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Decreto Legislativo nº. 219/2019, originário do Senado Federal, que pretende sustar, "nos termos do inciso V do art. 49 da Constituição Federal, os efeitos da Portaria STN nº 233, de 15 de abril de 2019, e do Item 04.01.02.01 (3) da 9ª edição do Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF), aprovado pela Portaria STN nº 389, de 14 de junho de 2018".

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Conforme se viu, a Lei de Responsabilidade Fiscal criou diretrizes para implementar a gestão responsável dos recursos públicos, dentre elas, a limitação de despesas com pessoal. Além disso, fixou quais tipos de despesas são consideradas como de pessoal no art. 18, incluindo, como "outras despesas de pessoal", os valores dos contratos de terceirização de mão de obra.

Muito embora não haja previsão legal, a Secretaria do Tesouro

Nacional, ao elaborar o Manual de Demonstrativos Fiscais, a partir da 9ª edição, passou a considerar os contratos de gestão, mantidos com as organizações sociais, como “outros gastos com pessoal”.

Apesar do evidente intuito de proteger as contas públicas de riscos que prejudiquem o equilíbrio fiscal, o fato é que o contrato de gestão é bastante distinto do contrato de terceirização de mão de obra. Por isso, não é possível incluí-lo, por analogia, no rol de despesas com pessoal do art. 18 da LRF.

A medida adotada pela STN, portanto, fere o princípio da legalidade e da segurança jurídica. Se há o entendimento de que o contrato de gestão deveria ser incluído no rol de despesas com pessoal, o correto, no Estado Democrático de Direito, é fazê-lo por meio do necessário processo legislativo, levando a questão a debate perante o Parlamento, e não por simples portaria de órgão componente do Poder Executivo federal.

A medida adotada pela STN não apenas é ilegal, mas é, também, uma violação da competência legislativa do Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. Forense. Edição do Kindle.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 14 de junho de 2021.

Brasil. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm> Acesso em 14 de junho de 2021.

Brasil. Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10180.htm> Acesso em 14 de junho de 2021.

Brasil. Lei 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm> Acesso em 14 de junho de 2021.

Brasil. Secretaria do Tesouro Nacional. Manual de Demonstrativos Fiscais: aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios / Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional. – 11ª ed. – Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Subsecretaria de Contabilidade Pública, Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação, 2020.

Brasil. Secretaria do Tesouro Nacional. Portaria nº 634, de 19 de novembro de 2013. Disponível em <https://servicos2.sjc.sp.gov.br/media/544209/portaria_stn_634_2013_processo_convergencia.pdf> Acesso em 14 de junho de 2021.

Brasil. Secretaria do Tesouro Nacional. Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP) – 8ª Edição / Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional. – 8ª ed. – Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Subsecretaria de Contabilidade Pública, Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação, 2021.

Brasil. Secretaria do Tesouro Nacional. Portaria nº 377, de 8 de julho de 2020. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-377-de-8-de-julho-de-2020-265866823> Acesso em 14 de junho de 2021.

Brasil. Senado Federal. Projeto de Decreto Legislativo n° 218, de 2019. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948546&ts=1567527518418&disposition=inline> Acesso em 14 de junho de 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São

Paulo: Malheiros, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Edição do Kindle. p. 540.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 29ª. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9ª. ed. revista, atualizada e ampliada. - Salvador: JusPODIVM, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL EM ÁREA URBANA DE DOMÍNIO DO ESTADO DO ACRE: CONDIÇÕES ESTABELECIDAS PELA LEI ESTADUAL N.º 2.840/2014

Daniela Marques Correia de Carvalho[42]

SUMÁRIO

Introdução. 1. Breve síntese da Política Nacional de Regularização Fundiária em área urbana: Lei n.º 11.977/09, Lei n.º 12.424/11 e Lei n.º 13.465/2017. 2. Da Política Estadual de Regularização Fundiária em Área Urbana e de Domínio do Estado do Acre. 3. Condições de habilitação definidas na Lei estadual n.º 2.840/2014. Conclusão. Bibliografia.

RESUMO: Este artigo foi desenvolvido a partir de um caso concreto analisado pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre, vinculado à consulta formalizada pelo Instituto de Terras do Acre – ITERACRE referente às condições de habilitação definidas na Lei estadual n.º 2.840/2014. para fins de regularização fundiária urbana em área pública estadual, submetida à Reurb-S.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITO À MORADIA - DIREITO ADMINISTRATIVO – IMÓVEIS PÚBLICOS –

42 Procuradora do Estado do Acre lotada na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente, mantida pela Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Endereço eletrônico: danielamcc76@gmail.com.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA - REGIME DE ALIENAÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI ESTADUAL N.º 2.840/2014.

INTRODUÇÃO

A Regularização fundiária Urbana – Reurb, em termos gerais, é o processo que inclui medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais com a finalidade de integrar assentamentos irregulares ao contexto legal das cidades, assegurando às famílias o direito à moradia digna e a promoção da melhoria da qualidade de vida, ao estabelecer novos patamares de desenvolvimento social para o pais.

Diante das ocupações desordenadas nos espaços urbanos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm por dever constitucional tornar efetivo o exercício do direito social à moradia, proporcionando aos moradores o direito de morar, sobretudo, em condições dignas.

É fato incontestável que a habitação informal carece de segurança da posse, o que deixa o exercício do direito à moradia em risco permanente de despejo ou deslocamento forçado, isso porque, a aquisição da propriedade imobiliária, tanto no Código Civil de 1916 (art. 533) quanto no Código Civil de 2002 (art. 1.245), somente é adquirida mediante o registro do título no Registro de Imóveis[43].

[43] Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Segundo lição de MARIA HELENA DINIZ[44]:

> A propriedade, por estar na base da estrutura social capitalista, configura-se, nesse sistema de apropriação de riquezas em que vivemos e em relação à estrutura política de País, como a espinha dorsal do direito real. Deveras, a propriedade constitui o direito real mais amplo, por incidir sobre um bem (móvel ou imóvel) próprio (*jus in re propria*), podendo seu titular dele usar, fruir e dispor (CC, art. 1.228), sem intervenção de quem quer que seja, ressalvadas as limitações naturais, legais e voluntárias.

Quando o titular desse direito real é a União ou demais entes da federação (Estados, Municípios e Distrito Federal), impera como regra a inalienabilidade relativa dos bens públicos, sendo possível afastar essa característica por intermédio de lei específica, como bem preceitua o artigo 101, da Lei Substantiva Civil, de modo que a inalienabilidade absoluta atinge apenas os bens classificados como de uso comum e os de destinação pública específica, ficando fora dessa seara os bens considerados dominiais, os quais podem ser objeto de alienação dentro de critérios estipulados por lei.

O festejado doutrinador Hely Lopes Meirelles, na renomada obra Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed., Editora

---

§ 1 º-Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.
§ 2 º-Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel. (Lei 10.406/2002)

[44] DINIZ, Maria Helena: Sistemas de registro de imóveis/ Maria Helena Diniz – 4. Ed. Ver. Aum. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002)

Malheiros, São Paulo, 1999, p. 461, leciona que:

> Bens dominiais ou do patrimônio disponível: são aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim, ou mesmo, alienados pela Administração, se assim desejar.

Como dito, o direito à moradia é um direito social embasado na Constituição Federal, conforme previsão do seu artigo 6º[45] e, por essa razão, condiciona-se à ação positiva do Estado que deve fomentar o seu acesso pelos cidadãos mediante políticas públicas que proporcionem a regularização fundiária dos imóveis irregularmente ocupados, com estrita harmonia ao direito de propriedade, também inserido na Carta Magna em seu artigo 5º, inciso XXII, inclusive em favor dos entes da federação, a quem compete o dever de conservação e defesa de seu patrimônio imobiliário.

Ocorre que muitas famílias não se encontram no foco dessas políticas, seja em decorrência da precariedade do título aquisitivo de seus imóveis. ou da baixa renda familiar, constituindo verdadeiro desafio para a Administração Pública a manutenção de um sistema legal coerente com os direitos constitucionais consubstanciados na Carta Magna, ponderado o crescimento populacional e a diferentes realidades sociais, econômicas e geográficas de cada região brasileira.

[45]Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Quando recai sobre áreas públicas urbanas, esse processo de regularização fundiária fica submetido a um conjunto de requisitos objetivos definidos pelo ordenamento jurídico com o objetivo de assegurar o legítimo acesso dos beneficiários à essa política pública, como adiante será abordado de forma introdutória ao tema central do presente artigo.

No âmbito do Estado do Acre, a questão tem se revelado desafiadora à advocacia pública frente aos questionamentos e críticas à Lei estadual n.º 2.840, de 08 de janeiro de 2014, que institui Programa Estadual de Regularização Fundiária e dispõe sobre a doação e a venda de áreas de domínio da administração pública direta e indireta, para efeito de regularização fundiária de interesse social.

Dessa forma, o presente estudo tem origem em caso concreto[46] analisado pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre, referente à consulta formalizado pelo Instituto de Terras do Acre – ITERACRE, entidade responsável pela política agrária do Estado, criado pela Lei estadual n.º 1.373, de 02 de março de 2001, a quem compete[47] executar e promover a

[46] Procedimento Administrativo n.º 2020.02.001370/PGE.NET, vinculado ao Procedimento SEI n.º

[47] Art. 3º Compete ao ITERACRE:

I - elaborar e executar a Política Fundiária do Estado;

II - executar os projetos de regularização fundiária e de assentamento, promovendo as medidas administrativas cabíveis e intermediar os conflitos;

III - a representação ativa e passiva do órgão em juízo;

IV - representar nos procedimentos administrativos e preparatórios referentes à discriminação das terras devolutas estaduais, nas desapropriações, bem como nos atos, procedimentos, convênios, contratos e políticas de assuntos fundiários;

V - promover processos administrativos de demarcação e discriminação das terras do Estado;

VI - fornecer subsídios para as políticas públicas de desenvolvimento agrícola, reforma

regularização, ordenação e reordenação fundiária rural, a utilização das terras públicas e devolutas, cadastramento rural e a mediação de conflitos pela posse da terra (artigo 3º).

A consulta é assentada em dúvida suscitada por particular, com o intuito de ampliar os limites definidos no âmbito estadual pela referida Lei n.º 2.840/2014, de forma a viabilizar a Regularização Fundiária de Interesse Social – Reurb em áreas públicas urbanas de até 2.500m2 (dois mil e quinhentos metros quadrados).

Importante destacar que a Procuradoria-Geral do Estado do Acre assumiu a Consultoria e Representação Judicial do ITERACRE, conforme publicação da Resolução PRES/CPGE n.º 34, de 1º de novembro de 2019.

Na análise do caso concreto, verificou-se que o lote urbano localizado na Estrada Raimundo Irineu Serra, Bairro Irineu Serra, em Rio Branco, Acre, com área de 1.203,78 m2, vinculado à Matrícula Imobiliária

---

agrária, desenvolvimento regional e de preservação ambiental;
VII - promover a formalização e a tramitação de processos administrativos, visando a expedição de licenças de ocupação, títulos provisórios e títulos definitivos, os quais serão expedidos com a assinatura do Chefe do Poder Executivo, Secretário de Estado de Produção e do Presidente do ITERACRE;
VIII - organizar a documentação cartográfica, topográfica e cadastral, bem como de estatísticas imobiliárias, necessárias para atingir os objetivos da política agrária, fundiária e ambiental;
IX - expedir instruções normativas necessárias à regulamentação e ao fiel cumprimento da legislação estadual de terras;
XI – descaracterizar imóveis rurais localizados dentro do perímetro urbano; e (Incluído pela Lei nº 3.278, de 20/07/2017)
XII – aprovar projetos de loteamentos rurais, para fins de urbanização, industrialização, formação de sítios de recreio e pequenas produções agroflorestais. (Incluído pela Lei nº 3.278, de 20/07/2017)

registrada em nome do Estado do Acre, não pode ser regularizado pelo fato da área exceder o limite de 1.000 m2 (mil metros quadrados) fixado pela referida legislação estadual.

Diante desse contexto, este artigo tem por objetivo difundir e compartilhar a legislação estadual aplicável ao tema da regularização fundiária urbana no âmbito do Estado do Acre, orientando as famílias que se encontram nas mesmas condições de habilitação para, ao final, apresentar proposições atinentes ao aperfeiçoamento da própria política pública de relevante interesse da coletividade.

Com a finalidade de facilitar o desenvolvimento e a conclusão do presente estudo, o regime legal instituído para a efetividade da política de regularização fundiária em área urbana, a nível federal e estadual, será apresentado de forma sucinta.

1. Breve síntese da Política Nacional de Regularização Fundiária em área urbana: Lei n.º 11.977/09, Lei n.º 12.424/11 e Lei n.º 13.465/2017.

Em 07 de julho de 2009 entrou em vigor a Lei nº 11.977/09, mais conhecida como a "Lei Minha Casa Minha Vida" que, em seu Capítulo III, introduzia novo cenário na complexa questão da regularização fundiária.

A regularização fundiária urbana de áreas que apresentam situação fática consolidada é uma necessidade para adequar o registro com a realidade e, sobretudo, para assegurar o direito de propriedade e o direto à moradia.

No âmbito federal, disposta a efetivamente regularizar os assentamentos irregulares, a Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009 - que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas -, teve em mira não apenas permitir o registro dos títulos no registro de imóveis, mas assegurar os preceitos Constitucionais da moradia, da função social da propriedade e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para alcançar seu intento inovador, trouxe diversos mecanismos de regularização, como a demarcação urbanística, que é o procedimento pelo qual o poder público demarca o imóvel, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses; a legitimação de posse, que é o ato destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse; e a conversão da legitimação de posse em propriedade, sem intervenção do Judiciário, após cinco anos de seu registro (artigos 47, III e IV e 60).

Autorizava, ainda, que a regularização recaísse também sobre imóvel de domínio público (art. 47, III, VI e VII, posteriormente revogados), que alcance a parte ou o todo de um ou mais imóveis, ainda que de proprietários distintos (56, § 5º e 288-G, da LRP), ampliou o rol de legitimados a promovê-la (art. 50) e permitiu a cisão da regularização (art. 51 § 3º e 57, §§ 8º e 10º), dispositivos que restaram posteriormente regoados, isso porque, mesmo após a edição da Lei n.º 11.977/09, alguns

pontos da regularização fundiária ainda não estavam sanados e outros geravam dúvidas.

Para esclarecê-los, sobreveio a Lei n.º 12.424, de 16 de junho de 2011 que, dentre outras alterações, revogou o inciso III, do artigo 59, que limitava em 250m² o tamanho da área de lote ou da fração ideal suscetível de legitimação de posse; permitiu a regularização também sobre áreas de preservação permanente (artigo 54, § 1º); passou a prever expressamente que a legitimação de posse seja conferida ao titular de frações de cotas ou ideais, desde que exercido o direito em lote individualizado e identificado (artigo 59, § 2º); dispensou a retificação do registro para a averbação do auto de demarcação urbanística e o registro do parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária (artigo 213, § 11, IV); desobrigou o atendimento dos requisitos da Lei n. 6.766/79 para o registro do parcelamento de regularização fundiária (artigo 65, parágrafo único); e conferiu ao Poder Público o poder de extinguir os contratos de concessão de uso especial para fins de moradia e de concessão de uso firmados anteriormente à intervenção da área a fim de viabilizar obras de urbanização em assentamentos irregulares (art. 71-A).

Posteriormente, o programa foi aprimorado com a publicação da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, instituindo mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União.

A nova legislação (artigo 13) passou a definir três espécies de regularização fundiária, que atingem em sua totalidade as propriedades urbanas irregulares no Brasil, sendo pertinente destacar o resumo didático inserido na Cartilha de Regularização Fundiária Urbana [48] de autoria de Jocsão Araújo Moura:

> a. **Regularização Fundiária de Interesse Social (Reurb – S)** - Regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente (50 % + 1), por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal. Embora possam ser definidas através de ZEIS, que, em regra, são definidas no Plano Diretor Urbano de cada município, as áreas objetos de Reurb–S podem ser definidas através de ato do poder público (decreto, por ex.), especialmente nos pequenos municípios, que não têm a obrigatoriedade de criação do Plano Diretor Urbano
> pelo Estatuto das Cidades (Art. 41, I, da Lei 10.257/2001). Considerando os dados colhidos por órgãos governamentais de pesquisa, como o IBGE (PIB, IDH, PIB per capita, presença de mobiliários nos domicílios, entre outros), a grande maioria dos municípios têm 2/29 amparo estatístico para definir, através de ato do executivo municipal, quais serão estas áreas, podendo em todo tempo ser revista a definição das áreas objeto de Reurb-S (art. 30, § 3º, da Lei 13.465/2017), não sendo necessários gastos com estudos técnicos mais apurados nestes casos.
>
> b. **Regularização Fundiária de Interesse Específico (Reurb-E) -** Regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese anterior. A lei adotou um critério residual. São os núcleos urbanos informais ocupados por população com melhores condições de vida, mas que ainda não possuem uma moradia juridicamente regularizada, não têm um

[48] https://www.sinoreg-es.org.br /__Documentos / Upload _ Conteudo / arquivos / CARTILHA_REGULARIZACAO_FUNDIARIA_URBANA_2017.pdf

> documento de sua propriedade. Ressalte-se que dentro dos núcleos urbanos informais objeto de Reurb-E podem haver moradias ocupadas por moradores de baixa renda. E o contrário também é verdadeiro, nas áreas de Reurb–S haverá famílias que não são de baixa renda, mas que também serão beneficiados pelo critério. O que se delimita é a área com predominância de uma ou outra população, e não a renda específica de uma determinada família.
>
> **c. Regularização Fundiária Inominada (Reurb–I)** - Regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais consolidados em data anterior à Lei do Parcelamento do Solo Urbano - Lei 6.766/1979, de 19 de dezembro 1979 (art. 69, da Lei 13.465/2017). Esta espécie se aplica em conjunto com as duas outras (Reurb-S e Reurb-E), e, neste caso, ela seria um "plus", considerando que as medidas necessárias para sua efetivação são mitigadas pela lei, obviamente por ser aplicada em núcleo urbano informal consolidado há mais de 30 anos. Mas pode ser aplicada isoladamente, naquelas áreas que não sendo objeto de Reurb (S ou E), digam respeito a núcleos urbanos informais consolidados anteriormente à 19 de dezembro de 1979.

A Lei n.º 13.465/2017 trouxe grandes avanços ao definir novos critérios de acesso ao programa de regularização fundiária, inclusive ao flexibilizar as exigências de prévia autorização legislativa e procedimento licitatório para se concretizar a destinação de imóvel público dominial (sem destinação de uso) em programas de regularização fundiária urbana, como se depreende da leitura do artigo 71: "Para fins da Reurb, ficam dispensadas a desafetação e as exigências previstas no inciso I do caput do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993" .

Em tempo, estando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, diretamente ou por meio de entidades da administração pública indireta, legitimados a requerer a Reurb, o referido diploma legal

também determinou em seu artigo 73: “Devem os Estados criar e regulamentar fundos específicos destinados à compensação, total ou parcial, dos custos referentes aos atos registrais da Reurb-S previstos nesta Lei”.

Recentemente, os programas de acesso à moradia e programas habitacionais também foram ampliados com a publicação da Lei n.º 14.118, de 12 de janeiro de 2021, que institui o Programa Casa Verde e Amarela ampliando o acesso a créditos e programas habitacionais.

De se ressaltar que a Lei n.º 13.465/2017 visa possibilitar a regularização de todos os imóveis e para esse fim (Reurb), os Municípios poderão dispensar as exigências relativas ao percentual e às dimensões de áreas destinadas ao uso público ou ao tamanho dos lotes regularizados, assim como a outros parâmetros urbanísticos e edilícios (art. 11, § 1º) e, dessa forma, ainda que fixados parâmetros para alienação gratuita ou onerosa de área pública, o parcelamento fica condicionado aos requisitos e padrões urbanísticos definidos em lei municipal/distrital, com possibilidade de mitigação das exigências citadas.Em resumo, na atual sistemática federal (Lei n.º 13.465/2017).

Desse contexto legal emerge a conceituação de que a Regularização Fundiária Urbana (Reurb) abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes. em área urbana (artigo 9º, Lei Reurb).

Como bem esclarece o Manual Teórico e Prática no Direito

Imobiliário de Leidson Meira e Farias[49]:

> Direito à moradia é pois um direito de conteúdo amplo, não significando somente uma casa para morar. A proteção do direito a moradia envolve vários aspectos: segurança na posse, disponibilidade de serviços, equipamentos e infraestrutura, disponibilidade de moradia a preços acessíveis, habitabilidade, acessibilidade, localização e adequação cultural.
> Já direito de propriedade é o direito de usar, fruir, dispor de um bem e ainda reivindicar esse bem. É também um direito fundamental, previsto na nossa Constituição Federal. Contudo, não é um direito absoluto. Nossa constituição protege a propriedade que cumpre sua função social.
> Direito à moradia, como se vê, não se confunde com direito de propriedade.

Especificamente em relação à Reurb - S em área pública estadual, competirá ao Estado e seus Municípios, nos limites da legislação estadual e municipal aplicável, estabelecer parcerias para sua execução, com definição das matrículas imobiliárias e identificação da zona consolidada para aferição dos critérios admissíveis de parcelamento do solo urbano.

2. **Da Política Estadual de Regularização Fundiária em Área Urbana e de Domínio do Estado do Acre**.

Conforme prevê o artigo 9º, da Constituição do Estado do Acre:

> Art. 9º Incluem-se entre os bens do Estado:
> I - as terras devolutas não pertencentes à União;
> II - os rios que tenham nascentes e foz em terras estaduais.

[49] FARIAS, Leidson Meira e: Teoria e Prática no Direito Imobiliário – Leidson Meira e Farias – 3ª. Edição, Anhanguera Editora Jurídica – Leme/SP – Edição 2017.

> § 1º Os bens móveis e imóveis pertencentes ao Estado não poderão ser doados, permutados, cedidos, aforados ou alienados, senão em virtude de lei específica.
> § 2º Dependerá também de lei especial a aquisição de bens imóveis, salvo as doações não onerosas e a dação em pagamento.

A possibilidade de alienação gratuita (doação) de bens imóveis para fins de execução de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social também é regulamentada pela Lei n.º 8666/93 (Lei de Licitações), em seu artigo 17[50].

---

[50] Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:
I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:
a) dação em pagamento;
b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)
c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
d) investidura;
e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)
f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)
g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)
h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de

Essa sistemática também é contemplada na Lei n.º 133, de 1º de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), conforme disciplina do Capítulo IX[51] (Art. 76).

regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)
i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, 2017)

[51] Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:
I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:
a) dação em pagamento;
b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas “f”, “g” e “h” deste inciso;
c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;
d) investidura;
e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo;
f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;
g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

A Lei nº 13.465/2017 em seu artigo 23, § 4º, assim também autoriza:

> Na Reurb-S de imóveis públicos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e as suas entidades vinculadas, quando titulares do domínio, ficam autorizados a reconhecer o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação fundiária.

Portanto, caso a referida área não esteja inserida em zona declarada pelo município como de interesse social (ZEIHS), o Estado também poderá declará-la por decreto, conforme dispositivo retromencionado e anterior previsão da alínea "c", do inciso VII, do artigo 47, da Lei 11.977/09.

Nesse diapasão, é imprescindível a edição de lei estadual que autorize o Poder Executivo Estadual a alienar e conceder direito real de uso de imóvel de domínio do Estado do Acre, destinados a fins residenciais ou de regularização fundiária de interesse social em áreas públicas assim declaradas.

---

h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;
i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;
j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017;
...

E assim se procedeu no âmbito estadual ao longo de diversas gestões governamentais, consolidando-se os permissivos legais que se destacam e instituem programas de regularização fundiária em áreas públicas rurais, urbanas e em florestas públicas, conforme histórico legislativo[52] vigente.

52

Nº	Tipo	Ementa
Lei nº 2.840, de 08/01/2014Publicada no DOE de 09/01/2014	Lei Ordinária	Institui o Programa Estadual de Regularização Fundiária e dispõe sobre a doação e a venda de áreas de domínio da administração pública direta e indireta, para efeito de regularização fundiária de interesse social.
Lei nº 2.562, de 22/06/2012Publicada no DOE de 26/06/2012	Lei Ordinária	Altera a Lei n. 1.957, de 4 de dezembro de 2007, que autoriza o Poder Executivo a realizar a legitimação de posse e a alienação de terras públicas rurais, para efeito de regularização fundiária.
Lei nº 2.543, de 04/01/2012Publicada no DOE de 05/01/2012	Lei Ordinária	Autoriza o Instituto de Terras do Acre – ITERACRE a demarcar e a expedir título de reconhecimento provisório de posse aos atuais ocupantes de áreas em terras públicas arrecadadas ou em processo discriminatório, para fins de regularização fundiária e ambiental.
Lei nº 2.427, de 21/07/2011Publicada no DOE de 22/07/2011	Lei Ordinária	Autoriza o Poder Executivo a receber, mediante doação, o lote 173 do Projeto de Desenvolvimento Sustentável - PDS Miritizal, com área de 483,1158 hectares, situado no Município de Cruzeiro do Sul-AC, para fins de regularização fundiária.
Lei nº 2.114, de 05/03/2009Publicada no DOE de 06/03/2009	Lei Ordinária	Autoriza o Poder Executivo Estadual a receber, através de doação, áreas de terra de propriedade do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, para fins de regularização fundiária.
Lei nº 1.957, de	Lei	Autoriza o Poder Executivo a realizar alienação e

No Estado do Acre, os programas de regularização fundiária em área pública urbana estão regulamentados pela Lei estadual n.º 1.957, de 04 de dezembro de 2007 (que dispõe especificamente sobre a regularização das áreas dos antigos núcleos coloniais) e Lei estadual n.º 2.840, de 08 de janeiro de 2014[53], que institui o Programa Estadual de

04/12/2007Publicada no DOE de 05/12/2007	Ordinária	legitimação de posse de terras públicas, para efeito de regularização fundiária.
Lei nº 1.787, de 03/07/2006Publicada no DOE de 19/07/2006	Lei Ordinária	Autoriza o Poder Executivo, através do Instituto de Terras do Acre – ITERACRE, a outorgar, sob condição resolutiva, concessão de direito real de uso nas áreas das Florestas Públicas Estaduais do Rio Gregório, do Rio Liberdade, do Mogno e do Antimary, para efeito de regularização fundiária.
Lei nº 1.667, de 19/08/2005Publicada no DOE de 23/08/2005	Lei Ordinária	Autoriza o Poder Executivo a realizar regularização fundiária de frações ideais de imóvel urbano, de propriedade do Estado, no Município de Marechal Thaumaturgo.

Fonte: www.legis.ac.gov.br

[53]Art. 1º-A. Fica o Poder Executivo autorizado a doar ou vender, aos atuais ocupantes, os imóveis públicos estaduais pertencentes à administração direta e indireta, localizados em assentamentos urbanos irregulares e consolidados, para fins de regularização fundiária de interesse social. (Incluído pela Lei nº 2.840, de 20/07/2017)

...

Art. 2° Serão doados imóveis públicos localizados em assentamentos irregulares e consolidados, com área de até 1.000 m², contínua ou não, efetivamente ocupados e que cumpram adequadamente sua função social, nas seguintes situações:

I - para fins de moradia, desde que a renda familiar do atual ocupante não exceda dez salários mínimos mensais e que comprove não ser proprietário de outro imóvel urbano;

II - para fins de desenvolvimento de atividade econômica, desde que o atual ocupante seja enquadrado como empreendedor individual, microempresa ou empresa de pequeno porte e que comprove não ser proprietário de outro imóvel urbano; e

III - para utilização por entidades beneficentes sem fins lucrativos ou religiosas, atualmente ocupantes do imóvel.

§ 1º Serão também doados às entidades públicas os imóveis por elas efetivamente ocupados, não se aplicando, neste caso, a limitação de 1.000 m² prevista no caput.

Regularização Fundiária e dispõe sobre a doação e a venda de áreas de domínio da administração pública direta e indireta, para efeito de regularização fundiária de interesse social, sendo essa última a legislação especial incidente no caso concreto analisado.

Essa política pública foi regulamentada pelo Decreto estadual nº 5.578, de 8 de abril de 2013, que instituiu o Programa Estadual de Regularização Fundiária Urbana e Rural, visando uma parceria entre Estado, municípios e sociedade civil organizada para os trabalhos de regularização fundiária em áreas públicas; bem como pelo Decreto estadual n.º 5.658de 07 de dezembro de 2016, que institui os anos de

---

§ 2º Nas hipóteses indicadas nos incisos I a III do caput deste artigo, quando os beneficiários ocuparem área maior que 1.000 m2, poderá ser requerida a aquisição onerosa da área excedente.
§ 3º O Poder Executivo expedirá título definitivo de domínio em favor do ocupante de área que preencha os requisitos deste artigo, o qual será concedido preferencialmente à mulher.
Art. 3º O ocupante que não atender aos requisitos dos art. 1º e 2º desta lei poderá requerer a aquisição da área, cuja venda dar-se-á por meio da expedição de título de domínio, de caráter oneroso, sendo cobrado o valor de mercado, obtido através de avaliação, na qual não serão consideradas as benfeitorias realizadas pelo ocupante.
Parágrafo único. Caso o ocupante mencionado no caput não manifeste interesse em adquirir o imóvel nos prazos e formas estabelecidos em regulamento, será iniciado o regular procedimento licitatório.
...
Art. 6º Fica criada a Comissão Especial de Regularização Fundiária - CERF, formada pelo ITERACRE e Procuradoria Geral do Estado - PGE, responsável por monitorar e apoiar a aplicação desta lei.
§ 1º Fica o Poder Executivo autorizado a ampliar, por meio de decreto, a área prevista no art. 2º desta lei para até 2.500 m², mantendo-se os demais requisitos, a partir de sugestão fundamentada da CERF.
§ 2º Poderão ser incluídas, através de ato do Poder Executivo, outras instituições para compor a comissão estabelecida no caput deste artigo.
Fonte: www.legis.ac.gov.br

2017/2018 como o Biênio do Programa Estadual da Regularização Fundiária e Cria a Comissão Estadual de Governança Fundiária – CGF/Acre.

Através da Portaria/ITERACRE n.º 108, de 15 de agosto de 2016, foi instituído cronograma de ações e atividades vinculadas ao Programa de Regularização Fundiária, abrangendo os imóveis urbanos e rurais, a serem desenvolvidos.

Não foi registrada edição de decretos regulamentares a partir de 2019, inclusive quanto à composição da CERF, a qual no último decreto expedido passou a ser nominada Comissão Estadual de Governança Fundiária – CGF/Acre.

A fim de atender à determinação federal retromencionada, foi criado no âmbito estadual o Fundo Especial Registral de Regularização Fundiária de Interesse Social (Ferrfis), como consta da Lei Estadual n° 3.615, de 16 de março de 2020, publicada no Diário Oficial do Estado nº 12.763, de 20.3.2020. Sua criação visa assegurar os recursos necessários à regularização fundiária urbana de interesse social (Reurb-S).

3. Condições estabelecidas na Lei estadual n.º 2.840/2014.

O § 1º, do artigo 6º, da Lei estadual n.º 2.840/2014, autoriza o Poder Executivo a ampliar, por meio de decreto, a área conceituada em seu art. 2º da lei, ou seja, imóveis públicos localizados em assentamentos irregulares e consolidados, com área de até 1.000 m², contínua ou não, efetivamente ocupados e que cumpram adequadamente sua função social,

para até 2.500 m², mantendo-se os demais requisitos, a partir de sugestão fundamentada da Comissão Estadual de Regularização Fundiária - CERF.

O normativo estadual analisado também condiciona a regularização fundiária ao preenchimento das seguintes condições de habilitação: I - para fins de moradia, desde que a renda familiar do atual ocupante não exceda dez salários mínimos mensais e que comprove não ser proprietário de outro imóvel urbano; II - para fins de desenvolvimento de atividade econômica, desde que o atual ocupante seja enquadrado como empreendedor individual, microempresa ou empresa de pequeno porte e que comprove não ser proprietário de outro imóvel urbano; e III - para utilização por entidades beneficentes sem fins lucrativos ou religiosas, atualmente ocupantes do imóvel.

Mesmo para a hipótese de ampliação de área de lote em programa de regularização fundiária, permanecem no diploma legal as condicionantes de destinação de uso (para fins comerciais, de moradia ou por por entidades beneficentes), renda familiar e condição patrimonial (incluindo ausência de outro imóvel).

Não atendidas essas condições, a própria lei condiciona em seu artigo 3º a aquisição do lote em caráter oneroso, nos seguintes termos:

> Art. 3º O ocupante que não atender aos requisitos dos art. 1º e 2º desta lei poderá requerer a aquisição da área, cuja venda dar-se-á por meio da expedição de título de domínio, de caráter oneroso, sendo cobrado o valor de mercado, obtido através de avaliação, na qual não serão consideradas as benfeitorias realizadas pelo ocupante.

Em termos práticos, na atual vigência da Lei estadual n.º 2.840/214, está assegurado ao detentor interessado a aquisição onerosa da área quando exceder o limite máximo de 1.000m2 e quando não preenchidas as demais condições de habilitação com vistas à regularização fundiária gratuita.

Ainda, verifica-se que essa **faculdade** de ampliação da área de lote urbano - até o limite de 2.500m2 – guarda consonância com a Lei estadual n.º 1.957, de 04 de dezembro de 2007, de edição anterior e que disciplina a alienação e legitimação de posse de terras públicas, para efeito de regularização fundiária nas áreas dos antigos Núcleos Coloniais Agrícolas indicados por Anexo, como prevê seu artigo 2º, inciso II, alínea "a", senão vejamos:

> Art. 2° A legitimação de posse será reconhecida em favor das pessoas físicas que preencham os seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> I - quando rurais: (Redação dada pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> a) que ocupem área igual ou inferior a cem hectares; (Incluído pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> b) detenham posse efetiva da área há, pelo menos, cinco anos; (Incluído pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> c) desde a data da publicação desta lei, não sejam proprietárias de outro imóvel rural; e (Incluído pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> d) tenham renda familiar mensal de até dez salários mínimos. (Incluído pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> II - quando urbanas ou em aglomerados urbanos: (Redação dada pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> **a) que ocupem área de até dois mil e quinhentos metros quadrados; (Redação dada pela Lei nº 2.423, de 24/06/2011)**
> b) que a área seja utilizada para sua moradia ou de sua família; (Incluído pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)

> c) que desde a data da publicação desta lei, não sejam proprietárias de outro imóvel, urbano ou rural; e (Incluído pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> d) tenham renda familiar mensal de até dez salários mínimos. (Incluído pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> III - mantenham a exploração de acordo com a legislação ambiental; e (Revogado pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> IV – detenham a posse efetiva da área há, pelo menos, cinco anos. (Revogado pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> Art. 3º Para os fins desta lei, considera-se posse efetiva: (Revogado pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> I - a morada permanente na área; ou (Revogado pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> II - a morada habitual na área e cultura efetiva, entendida esta como a utilização de, no mínimo, cinco por cento da área do imóvel. (Revogado pela Lei nº 2.007, de 30/06/2008)
> Parágrafo único. O tempo de cinco anos, no mínimo, de posse efetiva, será contado até a data do levantamento da área pelo ITERACRE, para fins de elaboração de mapas e memoriais descritivos individualizados. (grifou-se)

A Lei estadual n.º 2.840/2014 também determina que a regularização fundiária em áreas públicas estaduais, inseridas em perímetros urbanos municipais, observe os ditames da Lei Federal n. 11.977, de 7 de julho de 2009, alterada pela Lei Federal n. 12.424, de 16 de junho de 2011, com redação atualizada pela publicação da Lei n.º 13.465/2017 que, por sua vez, condiciona a legitimação fundiária aos beneficiários na hipótese de Reurb-S, o preenchimento dos seguintes requisitos: I - o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário exclusivo de imóvel urbano **ou rural** (previsão não inserida na lei estadual); II - o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e III - em caso de

imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.

Nesse ponto, a legislação estadual merece aprimoramento para adequação à legislação federal correlata.

Sendo assim, da interpretação literal à Lei estadual n.º 2.840/2014, verifica-se que a regularização de lotes urbanos ao particular, situado em área pública estadual declarada de interesse social para fins de regularização fundiária, deve observar as seguintes condicionantes:

> 1. Até o limite de 1000m2: gratuidade condicionada ao preenchimentos das condições insertas em seu artigo 2º;
> 2. Acima da 1.000m2 até o limite de 2500m2: gratuidade condicionada à prévia oitiva da CERF, publicação de decreto governamental e preenchimento das condições insertas em seu artigo 2º;
> 3 - Em quaisquer das hipóteses, não atendidos os requisitos do artigo 1º e 2º, a regularização fundiária deve se operar de forma onerosa, sendo cobrado o valor de mercado, obtido através de avaliação, na qual não serão consideradas as benfeitorias realizadas pelo ocupante; e,
> 4 – A limitação de área não se aplica às entidades públicas em relação aos imóveis por elas efetivamente ocupados.

Por fim, respeitadas as atribuições da Comissão Estadual de Regularização Fundiária – CERF, faz-se necessária proposição de edição de decreto com o intuito de regulamentar o procedimento de alienação onerosa instituído pelo artigo 3º, da Lei n.º 2.840/2014, deliberando especialmente sobre a publicação de Programa Estadual de Regularização Fundiária Urbana e Rural atualizado para o próximo biênio, a partir de cronograma atualizado de ações e atividades vinculadas a serem

desenvolvidos no âmbito estadual pelo ITERACRE; bem como a adoção de medidas necessárias à composição e nomeação dos integrantes da própria CERF (Comissão Estadual de Governança Fundiária – CGF/Acre, conforme nomenclatura do Decreto estadual n.º 5.658/2016), paras as deliberações de sua competência.

É evidente que os debates e proposições no âmbito da competência da CERF são relevantes para o permanente aprimoramento do sistema legislativo estadual, colheita dos interesses dos entes públicos legitimados à Reurb no âmbito estadual e municipal, a quem compete definir adequadamente a área pública estadual em intervenção de acordo com o Plano Diretor Municipal, de forma que a atuação seja coordenada e conste de Plano de Cooperação Técnica, em sintonia com os recursos públicos disponíveis, com prévia estudo do impacto orçamentário da medida, além de outras atribuições regulamentadas.

Portanto, contextualizado o ordenamento jurídico aplicável à matéria, **não existe óbice legal à alteração legislativa para ampliação do limite de 1.000 m2 para 2.500 m2**, tanto pela **via da edição de decreto governamental,** para definição das hipóteses excepcionais que justificariam a ampliação dos lotes em regularização, quanto de forma geral **pela própria alteração da Lei estadual n.º 2.840/2014**, evidentemente, observados os limites de parcelamento de solo urbano adotados pelos municípios do Acre e demais condições previstas no normativo legal em destaque.

CONCLUSÃO

Posto isso, é de se concluir das disposições da Lei estadual n.º 2.840, de 08 de janeiro de 2014, que:

I - a pessoa que ocupe imóvel público estadual localizado em assentamento urbano irregular consolidado poderá obter a sua propriedade por meio de doação ou de compra e venda;

II - os requisitos para a regularização fundiária mediante doação ao ocupante pessoa física são os seguintes:

a) a área máxima objeto de doação é de 1.000 m²;

b) – o imóvel deve estar sendo utilizado para fins de moradia;

c) o ocupante não pode ser proprietário de outro imóvel urbano;

d) a renda familiar do ocupante não pode exceder 10 salários mínimos;

III - se a área ocupada por pessoa física for maior que 1.000 m², **o ocupante pode adquirir a parte excedente por meio oneroso** (art. 2º, §2º) e, nesse caso, preenchidos os requisitos elencados no item 2, ele receberá 1.000 m² em doação e a área excedente comprará do Estado, pagando o valor de mercado, no qual não serão consideradas as benfeitorias realizadas pelo ocupante;

IV - se o ocupante não preencher algum dos os requisitos elencados no item II, **ainda assim terá a opção de adquirir o imóvel de modo oneroso**, pagando ao Estado o valor de mercado, no qual não serão

consideradas as benfeitorias realizadas pelo ocupante.

V - a regularização de lote urbano particular em área pública estadual, com área superior a 1.000 m2 até o limite de 2.500m2, contínua ou não, efetivamente ocupado e que cumpra adequadamente sua função social, é faculdade conferida ao Chefe do Poder Executivo Estadual, cuja execução é possível nos seguintes termos:

a) por zona consolidada, mediante publicação de decreto governamental com indicação da área pública estadual submetida à programa de regularização fundiária no âmbito do ITERACRE, acompanhada da justificativa de interesse público para ampliação do limite até 2.500m2, guardada a devida observância às condicionantes de parcelamento do solo urbano definidos pelo poder executivo municipal correspondente e requisitos de habilitação definidos pelo artigo 2º da nominada lei;

b) mediante alteração legislativa nesse sentido;

c) somente a CERF, após estudo sobre as ocupações dos imóveis públicos estaduais localizados em assentamentos urbanos irregulares e consolidados poderá indicar, motivadamente, essa necessidade de edição de decreto governamental ou proposição legislativa; e,

d) eventual decreto de ampliação deve ser de caráter geral, abrangendo um ou mais assentamentos, sendo vedado que ela seja autorizada caso a caso, sob pena de violação ao princípio da impessoalidade;

VI – compete ao ITERACRE iniciar o procedimento para que seja implantada a Comissão Especial de Regularização Fundiária – CERF;

VII - a pretensão de regularização fundiária pela via da aquisição onerosa deve ser promovida pelo interessado perante o ITERACRE, nos termos autorizados por seu artigo 3º e conforme regulamentado por decreto pelo referido instituto acaso publicado.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO MARQUES NETO, FLORIANO. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

ROBERTO GONÇALVES, CARLOS. *Direito Civil Brasileiro, volume 5, Direito das Coisas: 7ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GOMES, ORLANDO. *Direitos Reais: 19ª edição atualizada por Luiz Edson Fachin*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

DINIZ, MARIA HELENA. C*urso de Direito Civil Brasileiro, volume 4, Direito das Coisas: 27ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GASPARINE, DIÓGENS. *Direito Administrativo: 13ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LOPES MEIRELLES, HELLY. *Direito Administrativo Brasileiro: 35ª edição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: 14ª edição*. São Paulo: Editora Dialética,

2010.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo: 9ª edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NIEBUHR, JOEL DE MENEZES. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*: 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr).

FUNTAC, Fundação de Tecnologia do Estado do Acre, Governo do Estado do Acre. *Atlas do Estado do Acre*. Rio Branco: FUNTAC, 2008.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*: 26. Ed., São Paulo: Atlas, 2013.

COELHO MOTTA, CARLOS PINTO. *Eficácia nas Licitações e Contratos*: 12ª edição. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DINIZ, Maria Helena: Sistemas de registro de imóveis/ Maria Helena Diniz – 4. Ed. Ver. Aum. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) – São Paulo: Saraiva: 2003

FARIAS, Leidson Meira e: Teoria e Prática no Direito Imobiliário – Leidson Meira e Farias – 3ª. Edição, Anhanguera Editora Jurídica – Leme/SP – Edição 2017.

A CONSULTORIA JURÍDICA E A REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA ESTADUAIS À LUZ DA MODERNA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Harlem Moreira de Sousa[54]
Mayko Figale Maia[55]

RESUMO: Em oportunidade anterior, mais precisamente na edição de número 13 da revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, veiculada em 2018, houve a abordagem do tema "A Consultoria Jurídica e a Representação Judicial da Administração Indireta pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre", enaltecendo o chamado "princípio da unicidade", tal como sempre figurou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deixando claro que, em se tratando de Administração Pública Direta e Indireta, as atividades jurídicas deveriam ficar a cargo das Procuradorias Gerais dos Estados, ressalvadas exceções excepcionalíssimas previstas no próprio Texto Constitucional e na jurisprudência do STF. Contudo, em

54 Procurador do Estado do Acre. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre. Especialista em Direito Público e Especialista em Direito Processual e Material do Trabalho.

55 Procurador do Estado do Acre. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre. Especialista em Direito Constitucional e Especialista em Direito Processual Civil.

outubro de 2019, o Pretório Excelso fez um importante recorte no princípio da unicidade, assentando no julgamento da ADI 3.536/SC que era indevida a realização de consultoria e contencioso, por parte da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, no que diz respeito às entidades da Administração regidas pelo Direito Privado, quais sejam, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista. Dessa forma, afigura-se necessário revisitar o tema, trazendo essa novidade e debatendo suas nuanças e repercussão no âmbito dos Estados, haja vista o novo significado empregado ao princípio da unicidade.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia de Estado. Unicidade. Representação. Empresa Pública. Sociedade de Economia Mista.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Complementar Estadual n. 332/2017 incumbiu a Procuradoria-Geral do Estado do Acre de representar judicialmente e prestar consultoria jurídica à chamada Administração Indireta, conforme dicção do artigo 86-A, por ela introduzido na Lei Complementar Estadual n. 45/199456 (Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Acre), em

56 Art. 86-A. A Procuradoria-Geral do Estado do Acre prestará consultoria e representará judicialmente as autarquias e fundações públicas, bem como as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas com participação majoritária do Estado, assim como suas respectivas subsidiárias, na forma e na extensão estabelecidas em ato normativo específico do Conselho da PGE. (Acrescido pela LC nº 332, de 15.03.2017)

consonância com o princípio da unicidade57, reconhecido e debatido pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades.

Assim, conforme se extrai da leitura do artigo 3º da Lei Complementar Estadual n. 332/2017, a assunção das atividades jurídicas da Administração indireta deveria se dar de forma gradativa, de maneira que em primeiro lugar seriam assumidas as autarquias e fundações, e em um segundo momento, as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Contudo, em meio a esse processo, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, mais precisamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.536, reconheceu a inconstitucionalidade de norma do Estado de Santa Catarina que atribuía à Procuradoria-Geral do Estado atividades de assessoramento jurídico e representação judicial das empresas públicas e sociedades de economia mista, restando o acórdão assim ementado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. ATRIBUIÇÕES DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO. CONSULTORIA E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DE ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE QUANTO À REPRESENTAÇÃO DE ENTES DE DIREITO PRIVADO.

57 O Princípio da unicidade da representação judicial dos Estados e do Distrito Federal preconiza que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal são os únicos responsáveis pela representação judicial e pela consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

> 1. O art. 132 da Constituição Federal confere às Procuradorias dos Estados atribuições para as atividades de consultoria jurídica e representação judicial das respectivas unidades federadas, aí se compreendendo apenas a administração pública direta, autárquica e fundacional.
>
> 2. A atuação de órgãos da Advocacia Pública em prol de empresas públicas e sociedades de economia mista, além de descaracterizar o perfil constitucional atribuído às Procuradorias dos Estados, implicaria favorecimento indevido a entidades que não gozam do regime jurídico de Fazenda Pública, em afronta ao princípio constitucional da isonomia.
>
> 3. Ação direta julgada procedente.

Com isso, buscar-se-á neste estudo desmistificar tal *overruling58* no que diz respeito ao princípio da unicidade, esmiuçando os fundamentos da decisão, os debates, os votos vencidos, as circunstâncias do julgamento, enfim, lançar luzes ao tema que traz um inédito posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca das atribuições da Advocacia Pública dos Estados e do Distrito Federal.

2. O PRINCÍPIO DA UNICIDADE ORGÂNICA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA.

Antes de se apresentar o novo entendimento do Supremo

58 A técnica da superação, também conhecida como overruling no direito norte-americano, é tida como um dos institutos mais relevantes no sistema de precedentes vinculantes. Em apertada síntese, ela possibilita a evolução do sistema ao trazer a possibilidade de superação de um precedente. Segundo Fredie Didier Jr, *o*verruling é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (overruled) por outro precedente (2015, p. 494).

Tribunal Federal acerca da unicidade orgânica, no que diz respeito aos Órgãos de Advocacia Pública dos Estados e do Distrito Federal, convém rememorar algumas aparições de tal princípio na jurisprudência do Pretório Excelso.

Conforme se depreende da leitura de todo o exposto acima, extrai-se do direito positivo hodierno que as regras jurídicas a reger o sistema de consultoria jurídica e representação judicial dos estados-membros nada mais são do que a projeção, no plano normativo, de um princípio implícito a nortear tais atividades, qual seja, o da unicidade da representação judicial dos Estados e do Distrito Federal.

Deveras, "já não tem sentido pensar-se em Advocacia de Estado como um conjunto de órgãos e de atividades isoladas, mas isso sim, como imposição da lógica dos tempos, concebê-la em rede, como se deve, como um sistema nacional, harmônico e concertado", consoante célebre lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto59.

Contudo, ainda que não se atenha a tal comando como princípio, mas por regra jurídica de estatura constitucional, tal norma ganha ainda mais concretude, porque explícita no artigo 132 da Carta Maior:

> Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal,

59 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade do estado democrático de direito. In **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli**, Belo Horizonte: Fórum, 2009, pg. 49.

> organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

No Supremo Tribunal Federal, houve algumas oportunidades em que ficou reconhecida a existência do princípio da unicidade quando se trata do sistema responsável pelas atividades jurídicas da Administração. Vejamos alguns exemplos.

Inicialmente, temos a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 145/CE, em que a Constituição do Estado do Ceará previa que o Governador deveria encaminhar à Assembleia Legislativa projeto de lei acerca da organização e o funcionamento da Procuradoria-Geral do Estado e das **Procuradorias Autárquicas**.

O Supremo Tribunal Federal, em 20 de junho de 2018, decidiu que essa regra é inconstitucional, haja vista que a Constituição da República Federativa do Brasil determina que a **representação judicial e a consultoria jurídica dos Estados**, incluídas suas autarquias e fundações, deve ser feita pela Procuradoria-Geral do Estado, conforme preconiza o seu art. 132.

Nessa assentada, ficou decidido que o art. 132 da Constituição da República evidencia o chamado princípio da unicidade da representação judicial e da consultoria jurídica dos Estados e do Distrito Federal e, sendo assim, comete tal atribuição exclusivamente às Procuradorias-Gerais dos

Estados.

Nesse mesmo sentido, apresenta-se caso semelhante, no qual o Ministro Roberto Barroso, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.215/GO, proferiu decisão cautelar, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia dos dispositivos da Constituição do Estado de Goiás que criavam o cargo de Procurador Autárquico para representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico das autarquias e fundações daquele Estado. O Acórdão, de 14 de dezembro de 2017, ficou assim ementado:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS QUE CRIA O CARGO DE PROCURADOR AUTÁRQUICO, EM ESTRUTURA PARALELA À PROCURADORIA DO ESTADO.
> 1. O art. 132 da Constituição Federal confere às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal a atribuição exclusiva das funções de representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico das unidades federativas.
> 2. O exercício da atividade de representação judicial e de consultoria jurídica no âmbito dos Estados e do Distrito Federal é de competência exclusiva dos Procuradores do Estado (art. 132, CF/88), organizados em carreira única, sendo vedada a criação de Procuradoria Autárquica para a consultoria e o assessoramento jurídico das autarquias e fundações estaduais. O modelo constitucional da atividade de representação judicial e consultoria jurídica dos Estados exige a unicidade orgânica da advocacia pública estadual, incompatível com a criação de órgãos jurídicos paralelos para o desempenho das mesmas atribuições no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta.
> 3. A transformação de cargos e a concessão de equiparação remuneratória entre cargos distintos constituem violações à regra do concurso público (art. 37, II, c/c art. 132, CF/88), à

> vedação de equiparação ou vinculação remuneratória entre cargos públicos diversos (art. 37, XIII, CF/88) e aos critérios de fixação remuneratória dos servidores públicos (art. 39, §1º, CF/88).
> 4. Medida cautelar deferida para o fim de suspender a eficácia dos arts. 1º e 3º da Emenda Constitucional nº 50/2014 à Constituição do Estado de Goiás, bem como a tramitação de todo e qualquer projeto de lei que vise a dar cumprimento ao art. 94-A da Constituição do Estado de Goiás, acrescido pela mesma emenda.

Dessa forma, ficou claro nos julgamentos acima que o modelo constitucional da atividade de representação judicial e consultoria jurídica dos Estados exige a **unicidade orgânica da Advocacia Pública Estadual**, incompatível com a criação de órgãos jurídicos paralelos para o desempenho das mesmas atribuições no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta.

Ao ensejo, convém mencionar uma exceção a esse modelo que a própria constituição Federal traz nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 69:

> ADCT - Art. 69. Será permitido aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções.

Entretanto, o tal princípio da unicidade, *nomen iuris* que não consta no Texto Magno, mas é criação da jurisprudência constitucional, admite, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, outras duas exceções ao modelo constitucional de atividades jurídicas dos Estados-

membros e do Distrito Federal.

A primeira exceção de índole jurisprudencial é nos casos de representação judicial de Assembleia Legislativa ou de Tribunal de Contas quando necessitam praticar, em nome próprio, atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, podendo realizar também consultoria e assessoramento jurídico desses Órgãos. Tal entendimento constou do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 94/RO pelo Supremo Tribunal Federal.

Já a segunda exceção consiste na possibilidade de concessão de mandato *ad juditia* a Advogados alheios aos quadros dos Órgãos de Advocacia Pública, para causas que demandem alto grau de especialização, sendo imprescindível a submissão da contratação ao crivo da Procuradoria-Geral do Estado. Foi o que restou assentado no julgamento da PET 409-AC (Ação Cautelar Inominada) com Agravo Regimental pelo Pretório Excelso.

Esse era, pois, o estado da arte quanto ao tema. Contudo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal acrescentou mais alguns elementos de complexidade ao assunto, excluindo das atribuições da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina as Entidades da Administração Indireta regidas pelo Direito Privado.

3. ADI 3.536/SC E A EXCLUSÃO DAS ATIVIDADES

JURÍDICAS DAS EMPRESAS PÚBLICAS DO ÂMBITO DAS ATRIBUIÇÕES DAS PROCURADORIAS-GERAIS DOS ESTADOS E DF.

Primeiramente, a fim de bem compreender o escopo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.536/SC60, convém revisitar o texto da lei estadual impugnado, tal como previsto no próprio voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes:

> O art. 1º da Lei Complementar 226/2002 do Estado de Santa Catarina possui a seguinte redação:
>
> > Art. 1º - À Procuradoria Geral do Estado, como órgão da administração central, compete exercer o controle dos serviços jurídicos das autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas estaduais.
>
> Embora o texto impugnado descreva as atribuições conferidas à Procuradoria-Geral como exercício de controle dos serviços jurídicos, sem delimitação do conteúdo jurídico desse conceito, é possível inferir que esse controle trata de atividades de consultoria jurídica e representação judicial, conforme consta dos arts. 2º e 3º, a seguir transcritos:
>
> > Art. 2º O controle será exercido pela Procuradoria

60 Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual. Atribuições da procuradoria-geral do estado. Consultoria e representação judicial de entidades da administração indireta. Inconstitucionalidade quanto à representação de entes de direito privado. 1. O art. 132 da Constituição Federal confere às Procuradorias dos Estados atribuições para as atividades de consultoria jurídica e representação judicial das respectivas unidades federadas, aí se compreendendo apenas a administração pública direta, autárquica e fundacional. 2. A atuação de órgãos da Advocacia Pública em prol de empresas públicas e sociedades de economia mista, além de descaracterizar o perfil constitucional atribuído às Procuradorias dos Estados, implicaria favorecimento indevido a entidades que não gozam do regime jurídico de Fazenda Pública, em afronta ao princípio constitucional da isonomia. 3. Ação direta julgada procedente. (ADI 3536, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-264 DIVULG 03-12-2019 PUBLIC 04-12-2019)

> Geral do Estado através dos mecanismos de atuação previstos nesta Lei Complementar, compreendendo as atividades de representação judicial das entidades da administração indireta.
> Art. 3º O controle será realizado pela Procuradoria Geral do Estado para o fim de verificação da regularidade e eficácia dos serviços jurídicos de representação judicial, bem como de correção e sanção de possíveis desajustes.

Mais adiante, nos arts. 4º e 12, caput e parágrafo único, é prevista a avocação, pela Procuradoria-Geral Estadual, de processos judiciais em que figurem como partes as pessoas jurídicas referidas na lei, com a consequente atuação da Procuradoria em juízo, em nome dessas entidades, prevendo-se, inclusive, a necessária outorga de poderes de representação, mediante instrumento de procuração, pelos respectivos dirigentes em favor do Procurador-Geral. Senão vejamos:

> Art. 4º São instrumentos de controle:(...)
>
> VI - a avocação;
>
> (...)
>
> Art. 12. Para evitar grave lesão à ordem, à segurança, à economia e às finanças públicas, ou em matéria de relevante interesse jurídico para a administração estadual, o Procurador-Geral do Estado, a seu juízo, por sugestão do Corregedor-Geral ou por determinação do Governador do Estado, poderá avocar processos e litígios judiciais das pessoas jurídicas a que se refere esta Lei Complementar.
>
> Parágrafo único. Nessa hipótese, sob pena de responsabilidade, os dirigentes das respectivas entidades outorgarão procuração geral para o foro ao Procurador-Geral do Estado, com poderes para substabelecer a Procurador do Estado.

Por fim, os artigos 16, II, e 17 da norma impugnada criam estrutura organizacional apta a dar concretude à atuação funcional da Procuradoria-Geral do Estado em prol das

> pessoas jurídicas da administração indireta, incluindo-se as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Esta a redação dos dispositivos:
>
> > Art. 16. Para efeitos de execução do disposto na presente Lei Complementar, ficam criadas na estrutura organizacional básica da Procuradoria Geral do Estado as Funções Executivas de Confiança de: (...)
> > II - Coordenador de Controle dos Serviços Jurídicos das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas- AD-FEC-2.
> > (...)
> > Art. 17. As Funções Executivas de Confiança criadas pelo artigo anterior, remuneradas na forma da legislação vigente, serão exercidas por Procuradores do Estado designados pelo Procurador-Geral do Estado.

Assim, uma vez conhecido o objeto da ação de controle concentrado, há de se ressaltar que a previsão legislativa ia além do controle, consistindo na realização das atividades de representação judicial e consultoria jurídica diretamente, com a possibilidade, inclusive, de avocação de processos das Empresas Estatais.

Dito isso, o Ministro Relator começa a fazer um *distinguishing*[61] a partir do regime jurídico de direito público inerente aos Entes Federados e suas Autarquias e Fundações, para, já nas primeiras digressões, se posicionar.

[61] O *distinguishing* é a técnica pela qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma (TUCCI, 2004, p. 174). Pode-se utilizar o termo 'distinguish' em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (distinguish-método); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (distinguish-resultado) (DIDIER JR., 2015, p. 459).

> A personalidade jurídica dessas empresas, por expressa disposição constitucional (art. 173, § 1º, II, CF) e previsão legal (arts. 3º e 4º da Lei Federal 13.303/2016) é de direito privado. Como verificado acima, a interpretação conferida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ao art. 132 da Constituição Federal é a de que as funções de representação judicial e de consultoria jurídica, conferidas às Procuradorias do Estado e do Distrito Federal, abrangem tão somente as "respectivas unidades federadas", o que limita a atuação desses órgãos aos casos em que entidade componente da administração estadual goza de regime de Fazenda Pública.
>
> Como tais empresas, em regra, exploram atividade econômica em regime de concorrência com outros agentes econômicos, com sujeição às mesmas obrigações, ônus e encargos, implicaria favorecimento indevido a extensão, a elas, de benefício próprio dos entes da Fazenda Pública, como o é o assessoramento e a representação judicial por órgão da Advocacia Pública. Sobre a impossibilidade de extensão do regime de fazenda pública a entes de direito privado, há sólida jurisprudência no âmbito do SUPREMO TRIBUNAL. Nesse sentido, o precedente firmado no RE 599.628 (Rel. Min. AYRES BRITTO, rel. p/ acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe de 14/10/2011)[...]

De maneira clara e objetiva, o Ministro Relator, linhas à frente, previne que não há sequer de se pôr em questão se a Empresa Estatal é prestadora de serviço público ou se explora atividade econômica, a fim de, no primeiro caso, conceder as prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo, e por conseguinte, permitir a atividade jurídica por corpo jurídico da Procuradoria-Geral do Estado:

> Aqui não há que se cogitar da diferenciação entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica, na linha desenvolvida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em precedentes que trataram da extensão de normas próprias do regime de

> fazenda pública àquele primeiro grupo (RE 220.906, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ de 14/11/2002, sobre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ECT, e regime de precatórios; entre outros julgados).
>
> Em primeiro lugar, porque a norma impugnada não diferencia ou especifica essa classe de empresas – hipótese sequer cogitada pelas autoridades que se manifestaram nos autos – tratando apenas da previsão genérica de atuação da Procuradoria em favor de empresas públicas e sociedades de economia mista.
>
> Em segundo lugar, ainda que se tratasse de empresa com esse perfil, mesmo assim haveria a limitação constante do próprio art. 132 da CF, que circunscreve a atuação da Advocacia Pública aos entes da Administração Pública em sentido formal, subjetivo ou orgânico.

E assim o Ministro Relator chega à conclusão do voto, no sentido de expurgar do ordenamento jurídico os dispositivos da lei catarinense que permitiam a representação judicial e a consultoria jurídica das empresas estatais pela PGE:

> Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial da presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "sociedades de economia mista e empresas públicas estaduais", constante dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º, VI, 12, caput e parágrafo único, 16, caput e inciso II, e 17, todos da Lei Complementar 226/2002 do Estado de Santa Catarina.

4. AS IMPORTANTES PONDERAÇÕES NO VOTO VENCIDO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO.

Abrindo divergência, o Ministro Luís Roberto Barroso lançou fundamentos da maior relevância no esclarecimento do tema, no que diz

respeito à autonomia dos entes federados62 em dispor acerca dos seus próprios modelos de advocacia pública, respeitados os contornos da Carta Maior.

Assim, calcado no princípio da supremacia do interesse público63, asseverou que, embora as empresas estatais sejam regidas pelo Direito Privado, buscam realizar o interesse público; e por fim, redarguiu que as prerrogativas da Fazenda em juízo64 não se confundem com a representação pela Procuradoria-Geral do Estado, a qual pode se dar submetida às regras do direito processual comum. Veja-se:

> Divergindo, respeitosamente, do Ministro Relator, entendo que não há inconstitucionalidade na lei estadual impugnada. A advocacia pública ganhou assento constitucional na nova ordem inaugurada em 1988. O art. 132 da Constituição dispôs, especificamente, sobre os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, estabelecendo a sua competência para

62 A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece expressamente que os entes que compõem a Federação são dotados de *autonomia*. Para CARVALHO FILHO (2016, p. 59), a Autonomia, no seu sentido técnico-político, significa ter a entidade integrante da federação capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração. No primeiro caso, a entidade pode criar seu diploma constitutivo; no segundo, pode organizar seu governo e eleger seus dirigentes; no terceiro, pode ela organizar seus próprios serviços.

63 As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 87)

64 Em razão da própria atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. À Fazenda Pública conferem-se várias prerrogativas, sendo algumas, a exemplo dos prazos diferenciados e da remessa necessária, justificadas pelo excessivo volume de trabalho, pelas dificuldades estruturais da Advocacia Pública e pela burocracia inerente à sua atividade, que dificulta o acesso aos fatos, elementos e dados da causa. (CUNHA, 2020, p. 67)

> "exercer a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas". Esse dispositivo não impede o legislador estadual de atribuir às Procuradorias dos Estados a supervisão da representação judicial de estatais, ainda que haja a possibilidade de avocação de processos. E isso por três razões: (i) a Constituição não exauriu as atribuições dos Procuradores dos Estados, deixando um espaço próprio para a deliberação dos Estados-membros; (ii) as empresas públicas e sociedades de economia mista, a despeito de sua personalidade de direito privado, são instrumentos de ação do ente federado para a consecução de interesses públicos; e (iii) a representação judicial de estatais pela Procuradoria Geral do Estado não atrai a incidência das prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

Com essas razões, o Ministro Barroso proferiu voto divergente, porém vencido, pela improcedência do pedido, propondo a seguinte tese de julgamento: "É constitucional lei estadual que atribui à Procuradoria Geral do Estado a competência para supervisionar e exercer a representação judicial de empresas públicas e sociedades de economia mista estaduais". Foi inteiramente acompanhado pelo Ministro Luiz Fux.

5. A MODULAÇÃO DE EFEITOS VIA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MEDIDA QUE SE IMPUNHA, A BEM DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Como é sabido, já faz algum tempo o exercício da jurisdição constitucional deparou com um grande inconveniente: os efeitos retroativos próprios das declarações de inconstitucionalidade e os atos praticados sob a égide da lei expurgada do ordenamento jurídico.

Isso porque é princípio basilar do Direito a segurança nas relações jurídicas.

Nesse particular aspecto, cumpre destacar que o princípio da segurança jurídica tem sido estudado sob dois aspectos, objetivo e subjetivo, sendo o aspecto objetivo responsável por indicar a inafastabilidade da estabilização jurídica, sendo, assim, o próprio princípio da segurança jurídica, enquanto o aspecto subjetivo destaca o sentimento do indivíduo em relação ao ato, inclusive, levando-se em conta a presunção de legitimidade dos atos praticados pela Administração e sua aparência com a legalidade, devendo ser encarado como o próprio princípio da proteção da confiança legítima.

Assim, mesmo havendo vício de inconstitucionalidade em lei ou ato normativo, pode existir interesse jurídico na manutenção de atos praticados enquanto perdurou sua vigência e eficácia. Ou seja, pode haver interesse em uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ad futurum*.

Com efeito, desde a edição da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, tornou-se possível declarar inconstitucional uma norma com efeitos *ex nunc*, exigindo-se, para tanto, quórum qualificado. Vejamos a dicção do artigo 27 do aludido diploma legal.

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal

> Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nesse quadrante, oportuna a lição de TALAMINI (2005, p. 129):

> A possibilidade de excepcionalmente restringir os efeitos retroativos ou mesmo atribuir apenas efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade – ao contrário do que possa parecer – confere maior operacionalidade ao sistema de controle abstrato. A regra da retroatividade absoluta e sem exceções acaba fazendo com que o tribunal constitucional, naquelas situações de conflito entre os valores acima mencionados, muitas vezes simplesmente deixe de declarar a inconstitucionalidade da norma, para assim evitar gravíssimas consequências que adviriam da eficácia *ex tunc* dessa declaração.

Dessa maneira, valendo-se dessa possibilidade, o Estado de Santa Catarina apresentou Embargos de Declaração com o propósito de que fossem conferidos à decisão de inconstitucionalidade efeitos prospectivos. E assim foi feito, no julgado ementado nos seguintes termos:

> EMBARGOS DECLARATÓRIOS. LEI ESTADUAL. TRIBUIÇÕES DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO. CONSULTORIA E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DE ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. INOCORRÊNCIA DOS VÍCIOS APONTADOS. MODULAÇÃO DE EFEITOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIABILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE. EFICÁCIA PROSPECTIVA À DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DA NORMA.
>
> 1. O acórdão embargado enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia

> veiculada na inicial, reafirmando a jurisprudência reiterada do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
>
> 2. Embargos de declaração não se prestam a veicular inconformismo com a decisão tomada, nem permitem que as partes impugnem a justiça do que foi decidido, pois tais objetivos são alheios às hipóteses de cabimento típicas do recurso (art. 1.022 do CPC/2015).
>
> 3. A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL admite o conhecimento de embargos declaratórios para a modulação da eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, desde que comprovada suficientemente hipótese de singular excepcionalidade (ADI 3.601 ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 15/12/2010).
>
> 4. Tendo em vista o considerável intervalo de tempo transcorrido desde a promulgação da lei estadual atacada (2002) e os incontáveis atos relacionados à consultoria e representação judicial de entidades da administração indireta, surge o interesse em resguardar a validade dos mesmos, a fim de afastar a possibilidade de desfazimento de atos e negócios jurídicos aperfeiçoados com a intervenção da Procuradoria do Estado, instabilizando situações jurídicas já consolidadas.
>
> 5. Modulam-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para atribuição de eficácia *ex nunc*, a partir da data de publicação da ata de julgamento dos presentes embargos declaratórios.
>
> 6. Embargos de Declaração parcialmente acolhidos.

Dessa maneira, tem-se que andou bem o STF ao modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, pois em face do decurso de tempo que medeou o ajuizamento da ação de controle concentrado e o seu julgamento, e levando-se em consideração que a corte poderia ter suspendido a eficácia da lei *ad cautelam* e não o fez, a modulação coroou

a segurança e certeza nas relações sociais e jurídicas, razão do Direito em si.

6. CONCLUSÃO

Finalmente, após análise do novel julgado, o qual teve o condão de tornar ainda mais complexo o tema da representação judicial e consultoria jurídica dos Entes Públicos sob o prisma do princípio da unicidade, o que se tem é que o assunto certamente não se esgotará tão cedo.

Isso porque, além da natural modificação na composição do Supremo Tribunal Federal, bem como a observada instabilidade jurisprudencial hodierna, há de se ponderar as divergências assentadas pelo Min. Barroso e pelo Ministro Fux, bem como as ausências justificadas dos Ministros Celso de Mello, Lewandowski e Cármen Lúcia. Ou seja, a decisão não teve ampla maioria. Vejamos:

> O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão "sociedades de economia mista e empresas públicas estaduais", constante dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º, VI, 12, caput e parágrafo único, 16, caput e inciso II, e 17, todos da Lei Complementar 226/2002 do Estado de Santa Catarina, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 03.10.2019.

No mesmo sentido, convém salientar que não se trata de tema recorrente na jurisprudência constitucional, de maneira que o assunto ainda não está devidamente sedimentado na Corte Suprema.

Assim, constata-se que não se pode fazer uma leitura apressada do princípio da unicidade orgânica - o qual, semanticamente, remete à ideia de que a as atividades jurídicas dos entes estaduais devem se dar invariavelmente pelo Órgão de Advocacia Pública previsto no artigo 132 da Constituição Federal.

Nessa senda, não se pode ignorar a evolução histórica do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para quem as atividades jurídicas devem ser realizadas, como regra, pelas Procuradorias-Gerais dos Estados; no entanto, constituem exceções as hipóteses de Órgão de Consultoria criado antes da Constituição de 88; causas que demandem conhecimento altamente especializado, ressalvado, contudo, a contratação de profissional pela própria PGE; a representação judicial dos Poderes Judiciário e Legislativo pelo seu próprio quadro jurídico, quando se trata da defesa de suas prerrogativas; e mais modernamente, das empresas estatais, a fim de que não fique configurado favorecimento indevido.

Contudo, como se trata de tema em construção, não se pode olvidar da necessidade de não se deixar de lado nesse debate a autonomia dos Estados para dispor sobre o funcionamento dos próprios Órgãos de Advocacia Pública, respeitados os contornos do art. 132 da Carta da

República; o interesse público que norteia as atividades das empresas estatais, mesmo as que exercem atividade econômica; e por fim, dissociar a representação judicial pela Advocacia Pública de qualquer prerrogativa da Fazenda em Juízo, uma vez que a primeira pode se dar independentemente da segunda.

Nesse contexto, a colaboração dos Órgãos de Advocacia Pública estaduais junto ao Poder Político são essenciais a fim de construir modelos que, embora possam ser diversos, logrem consolidar o controle apriorístico das políticas públicas, o equilíbrio fiscal e a consecução do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACRE. Lei Complementar nº 332, de 21 de junho de 2018. Disponível em <http://www.legis.ac.gov.br/detalhar/4018 >. Acesso em 18 de junho de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompil

ado.htm>. Acesso em 18 de junho de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.536, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 03 de outubro de 2019. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416327/false>. Acesso em 18 de junho de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v.2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito**. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROCHA, Mário Túlio de Carvalho**. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais**. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 223, p. 169-197.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004.

DO JULGAMENTO DO TEMA N. 1.093/STF E SEUS EFEITOS SOBRE A LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 304/2015

Luís Rafael Marques de Lima[65]
Luiz Rogério Amaral Colturato[66]

RESUMO: O artigo tem como objetivo contextualizar a relevância que a alteração da Emenda Constitucional nº 87/2015 trouxe para o reequilíbrio do pacto federativo ao prever a possibilidade de cobrança do diferencial de alíquota em caso de operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes, abordando o recente julgamento do Tema 1093 do STF, que julgou inconstitucional o Convênio ICMS n. 93/2015, condicionando a eficácia da lei dos estados à edição de lei complementar.

PALAVRAS-CHAVES: ICMS, diferencial de alíquota, lei complementar.

65 Procurador do Estado do Acre, Coordenador do Contencioso Tributário da Procuradoria Fiscal / PGE-AC, Pós-Graduação em Direito Tributário – UNAMA/AM e Direito Público – Uniderp/MS.

66 Procurador do Estado do Acre, Especialista em Direito Tributário – UNAMA/AM e Direito Público – Uniderp/MS, Procurador do Contencioso Tributário na Procuradoria Fiscal / PGE-AC.

1. INTRODUÇÃO

Em sessão do dia 24 de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou em conjunto as ADI 5.469 e o RE 1.287.019, cujo julgamento resultou na fixação da tese do Tema n. 1093, em que ficou assentado o inconstitucionalidade das normas do Convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) n° 93/2015 que regulamentaram as alterações promovidas pela Emenda Constitucional (EC) n° 87/2015 no que se refere à exigência do diferencial de alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

Por meio de placar apertado, a Corte, colocando em xeque a competência tributária dos Estados e do Distrito Federal para regulamentação do ICMS diferencial de alíquota, exigido nas operações interestaduais com consumidores finais não contribuintes, sufragou a tese de que não cabe a estes entes, por meio de Convênio celebrado no âmbito do Confaz, sob pena de violação do campo reservado à lei complementar federal, uniformizar os procedimentos para cobrança tributo.

A referida decisão, emanada em controle concentrado e em recurso com repercussão geral, cujo Acórdão foi publicado em 25 de maio de 2021, passou a vincular a decisão judicial de grande número de processos que estavam suspensos à espera da solução do Tema n. 1.093.

Em muitas das demandas suspensas, mostrou-se comum a

cumulação de pedidos pleiteando além da inconstitucionalidade incidental do Convênio ICMS n. 93/2015, a inconstitucionalidade das leis locais editadas pelos entes federados após a EC 87/2015, defendendo-se em relação à estas últimas a impossibilidade de se reconhecer a constitucionalidade superveniente após a edição da futura lei complementar federal disciplinando a matéria.

O presente artigo busca evidenciar os efeitos do julgamento do STF sobre a Lei Complementar Estadual n. 304/2015, que regulamentou, no âmbito do Estado do Acre, a cobrança do diferencial de alíquota nos moldes do introduzido pela Emenda Constitucional n. 87/2015.

Explora-se, nesse sentido, quais seriam os efeitos jurídicos que a declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS n. 93/2015 trariam sobre a regulamentação prevista na legislação local, bem como a necessidade ou não de edição de novo regramento estadual diante da edição de futura lei complementar.

2. A NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR DIANTE DA EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 87/2015

2.1 BREVE HISTÓRICO

Disciplinando o diferencial de alíquota do ICMS a Constituição de 1988, no art. 155, §2º, incisos VII e VIII, determinou que a arrecadação

do imposto nas operações interestaduais ocorresse da seguinte forma: a) quando a mercadoria fosse destinada a consumidor final contribuinte do imposto, o imposto seria exigido na saída da mercadoria do Estado de origem aplicando-se a alíquota interestadual; o Estado de destino, de sua, vez, exigiria, na entrada da mercadoria, a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual (diferencial de alíquota); b) quando a mercadoria fosse destinada a consumidor final não contribuinte, o imposto seria cobrado apenas no Estado de origem aplicando-se sua alíquota interna, inexistindo previsão de incidência no Estado de destino.

A sistemática adotada originariamente pela Constituição de 1988, tinha por escopo partilhar a arrecadação do ICMS entre os Estados que participassem da operação interestadual em que o produto ou serviço se destinasse a consumidor final contribuinte do imposto.

Frente, entretanto, ao avanço do comércio eletrônico, e com os consumidores adquirindo com cada vez mais facilidade produtos em lojas virtuais concentradas nos grandes centros comerciais, localizados nas regiões mais desenvolvidas do país, parte dos Estados da federação passaram a defender uma melhor distribuição da arrecadação do ICMS também nos casos de envio de mercadorias para consumidores não contribuintes do imposto.

A primeira tentativa de equalização da tributação entre estados produtores e consumidores se deu por meio do Protocolo ICMS n. 21, de 2011, também celebrado no âmbito do Confaz, o qual autorizava a cobrança do ICMS pelo diferencial de alíquota nas operações

interestaduais com consumidores não contribuintes do imposto.

O Estado do Acre não chegou a internalizar em sua legislação o Protocolo ICMS n. 21, cuja inconstitucionalidade veio a ser reconhecida com o julgamento da ADI's 4.628 e 4.713 no ano de 2014, considerando o STF que o instrumento padecia com ausência de previsão constitucional suficiente para justificar a exigência do ICMS em tais operações.

Posteriormente, em atenção ao pleito dos Estados consumidores, e com o objetivo de reduzir as desigualdades regionais potencializadas pelo crescimento do comércio eletrônico, o legislador constitucional derivado promoveu alterações no texto constitucional através da edição da Ementa Constitucional n. 87/2015.

Referida emenda veio a alterar o art. 155, §2º, incisos VII e VIII, da Constituição Federal, o qual passou a ter os seguintes regramentos:

> Art. 155 [...]
>
> § 2º [...]
>
> VII – nas operações e prestações que se destinem bens e serviços a consumidor final, contribuintes ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.
>
> VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:
>
> a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;
>
> b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

A partir dessa alteração, ampliou-se o espectro de incidência do diferencial de alíquota nas operações interestaduais, permitindo aos Estados de destino a possibilidade de cobrar o ICMS quando a mercadoria ou serviço fosse adquirida por consumidor final não contribuinte do imposto, determinando o texto constitucional, nessa hipótese, que a arrecadação ficaria sob a responsabilidade do remente da mercadoria.

A fim de dar efetividade a esse novo regramento constitucional e conferir uniformidade às regras procedimentais de exigência e arrecadação do imposto, os Estados, no âmbito do Confaz, celebraram o Convênio 93/2015. Demais disso, afiançados por sua competência tributária para instituição do ICMS, aprovaram leis estaduais de modo a legitimar a cobrança do diferencial de alíquota nas operações interestaduais com consumidores não contribuintes do imposto.

No Estado do Acre foi editada a Lei Complementa n. 304 de 2015, regulamentando o disposto na Emenda Constitucional n. 87/2015, bem como internalizando as regras previstas no Convênio ICMS n. 93/2015.

A Emenda Constitucional n. 87 de 2015, assim, logrou êxito em reequilibrar o pacto federativo, fortalecendo a autonomia financeira dos Estados consumidores, desfavorecidos com o crescimento do comércio eletrônico, ao determinar que uma parte do imposto cobrado em tais operações fosse arrecadado ao ente federado de destino.

2.2 A ESSENCIALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR PARA COBRANÇA DO ICMS

A edição da Emenda Constitucional n. 87, de 2015, entretanto, acendeu entre os contribuintes atingidos pelo imposto, inspirados em precedentes do STF67, a discussão acerca da necessidade de lei complementar para instituição e cobrança do ICMS.

Referida divergência tem sua origem na interpretação realizada por parte da Doutrina em relação às regras estabelecidas no art. 146 e 155, §2º, inciso XII, da Constituição de 1988, defendendo a lei complementar como necessária para o exercício da competência tributária outorgada aos Estados.

Para esta corrente doutrinária a lei complementar federal deve preceder à edição da lei estadual, funcionando como norma geral regulamentadora dos fatos geradores previstos na Constituição Federal. Desse modo, a incidência do ICMS nas operações interestaduais tratadas na Emenda n. 87 somente poderia ser implementado pelos Estados acaso editada prévia lei complementar disciplinando a matéria.

À lei complementar, nesse sentido, seria atribuído o papel de definir os elementos essenciais da obrigação tributária, para além da função de prevenir conflitos de competência e limitações constitucionais

67 Nesse sentido, o Recurso Extraordinário n. 580.903-PR, em que, por unanimidade, se assentou a necessidade de lei complementar para instituição do diferencial de alíquota quando de sua regulamentação provisória pelo Convênio ICMS n. 66/1988, situação que teria violado o disposto no art. 38, §8º, do ADCT.

ao poder de tributar68.

Em contraposição a este entendimento, alegava-se que a Emenda Constitucional n. 87 de 2015 teria estampado todos os elementos indispensáveis da obrigação tributária, definindo o sujeito passivo da obrigação, a base de cálculo e a alíquota, sendo desnecessária a edição de lei complementar federal para legitimar o exercício da competência tributária estabelecida na Constituição Federal aos Estados e ao Distrito Federal.

Neste sentido a doutrina de Deonísio Koch69:

> [...] É de nosso entendimento, acompanhamento a boa doutrina, que a Constituição Federal autoriza essa cobrança [diferencial de alíquota], pela forma clara e conclusiva que trata da matéria, dispensando a obrigatoriedade de sua veiculação por lei complementar. Pela forma detalhada que a norma constitucional trata do tema é de se lhe atribuir eficácia imediata. Pode a lei estadual definir o seu fato gerador, com fundamento de validade diretamente da Constituição Federal.
>
> De outra sorte, os Estados e o Distrito Federal teriam suas competências tributárias restringidas pela omissão do legislador complementar, o que se poderia traduzir numa inversão da hierarquia normativa. Enquanto a Constituição Federal autoriza tal modalidade de cobrança do ICMS, com o intuito claro de distribuição de receita para a unidade federativa na qual ocorre o consumo, a lei complementar, com a sua omissão, estaria desautorizando o preceito constitucional. [..]

68 Nesse sentido: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**, p. 86.

69 **Manual do ICMS: Teoria e prática**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2012, pag. 111-112.

Embora a Jurisprudência70 reconhecesse majoritariamente a competência tributária dos Estados para edição de norma estabelecendo a cobrança do diferencial de alíquota, determinado pela EC n. 87/2015, o Supremo Tribunal Federal afetou o tema em repercussão geral, no âmbito do RE n. 1.287.019 - DF. Paralelo ao recurso extraordinário tramitava a ADI 5.469-DF, a qual também suscitava a inconstitucionalidade de várias das cláusulas do Convênio ICMS 93/2015 relacionadas à disciplina do diferencial de alíquota. Diante do questionamento comum da constitucionalidade do Convênio ICMS 93/2015, a Corte reuniu ambos os expedientes sob o Tema 1093.

Julgando conjuntamente a ADI 5.469 e o RE 1.287.019 com

---

70 No âmbito do Tribunal de Justiça do Acre, cite-se, por todos: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. CIRCULAÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 304/2015. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PLENA. APELO DESPROVIDO. [...] **2. Ocorre que o legislador federal não exerceu às inteiras a competência legislativa que lhe foi conferida pelo art. 146, III, a da Constituição, uma vez que somente descreveu o fato gerador do ICMS diferencial de alíquota (ICMS-DIFAL) referente a serviços interestaduais, nada dispondo sobre as circulações interestaduais de mercadorias. 3. Tal circunstância não impede que os estados federados exerçam plenamente sua competência tributária, descrevendo o fato gerador do ICMS-DIFAL em suas leis locais, nos termos do que dispõe o art. 24, §§ 1º e 3º da CF. 4. No âmbito do Estado do Acre, o Poder Legislativo local exerceu à plenitude esta competência, quando da edição da lei complementar estadual nº 55/97, prevendo o fato gerador (art. 2º); a base de cálculo (art. 6º); a alíquota (art. 18) e a responsabilidade tributária (art. 28).** Atendida, assim, a exigência de previsão em lei complementar para a instituição do tributo aqui discutido. 5. Agravo desprovido. (TJAC, Apelação Cível nº 1000759-16.2018.8.01.0000, 1ª Câmara Cível, Relator: Laudivon Nogueira, Julgamento : 1408/2018)" c) Recurso desprovido. (TJ-AC - APL: 07138877620188010001 AC 0713887-76.2018.8.01.0001, Relator: Eva Evangelista, Data de Julgamento: 06/02/2020, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 16/03/2020)

repercussão geral, entendeu o STF, em disputada votação, por seis votos a cinco, que a previsão dos elementos ensejadores da obrigação tributária previstos na Emenda Constitucional n. 87 de 2015 não seriam suficientes para ensejar a competência plena dos Estados e do Distrito Federal na regulamentação da cobrança do diferencial de alíquota nas operações interestaduais envolvendo consumidor final não contribuinte do imposto.

No entendimento do Voto do Ministro Dias Toffoli, redator do acórdão, a edição de lei complementar federal seria imprescindível para legitimar a regulamentação dos Estados, pois caberia a ela "estabelecer normas gerais sobre os fatos geradores, as bases de cálculo, os contribuintes dos impostos discriminados na Constituição e a obrigação tributária (art. 146, I, e III, a e b)".

Demais disso, consignou o Ministro que a Lei Complementar n. 87/96 (Lei Kandir), não teria disciplinado a incidência do imposto introduzido pela Emenda Constitucional n. 87/2015[71].

Entendeu, nesse passo, que o Convênio ICMS n. 93/2015, ao regulamentar aspectos relacionados à incidência e cobrança do diferencial de alíquota, acabou invadindo matéria reservada à lei complementar,

71 A Constituição Federal de 1988 atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal (DF) a competência para instituir o ICMS. O § 8º do artigo 34 do ADCT definiu que após a promulgação da CF/88 deveria ser editada lei complementar, no prazo de 60 dias, com o objetivo de instituir o ICMS. Caso não fosse editada a lei complementar, os Estados e o DF fixariam normas para regular provisoriamente a matéria, mediante convênio. Posto que não houve a edição da aludida lei complementar no prazo definido no supratranscrito dispositivo, o ICMS foi regulado pelo Convênio nº 66/88, do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) até 13 de setembro de 1996, ocasião da sanção da Lei Complementar nº 87/96.

declarando a inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta.

Ao final, por maioria de votos, o Pleno do Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que "a cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais".

A a decisão da Excelsa Corte, portanto, acolheu a corrente doutrinária que vê a lei complementar como necessária para o exercício da competência tributária atribuída aos Estados pela Constituição Federal.

O julgamento reconheceu, assim, que as alterações constitucionais promovidas pela Emenda Constitucional n. 87/2015 não seriam suficientes para autorizar a legislação editada no âmbito dos Estados, sem que, antes, fosse editada lei complementar federal conferindo regras gerais sobre a matéria.

Importante dizer, apesar do entendimento sufragado, que, inspirado em aspectos de segurança jurídica, e ciente do impacto financeiro para os entes federativos, o Supremo Tribunal Federal modulou a declaração de inconstitucionalidade objeto do Tema 1093, protraindo seus efeitos para o início do exercício financeiro de 2022, ressalvando da modulação, nada obstante, as ações em curso.

A modulação, de outro modo, acabou por conceder prazo para que os estados articulem a edição da lei complementar federal regulamento as disposições gerais. Já tramita no congresso nacional o Projeto de Lei Complementar n. 325/2016, definindo o fato gerador, o

sujeito passivo, e os demais aspectos da obrigação tributária em consonância com hipótese descrita na Emenda Constitucional n. 87/2015.

O julgamento do Tema 1093 também suscitou questão jurídica relevante acerca da validade das normas estaduais já editadas pelos Estados, ou seja, se estas, diante da decisão do STF, seriam consideras inconstitucionais a ponto de obrigar os referidos entes a editar nova legislação quando da futura edição de lei complementar.

Como se verá, o julgamento do referido Tema não resultou na declaração de inconstitucionalidade das normas estaduais em vigor, acarretando, entretanto, a suspensão de sua eficácia, impedindo-lhes de exigir o ICMS nas operações interestaduais sujeitas ao diferencial de alíquotas com consumidores não contribuintes do imposto.

3. DOS EFEITOS DA TESE FIXADA NO TEMA 1093 SOBRE A LEGISLAÇÃO DOS ESTADOS QUE REGULAMENTARAM A EC 87/2015

3.1 COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA

A afetação no Supremo Tribunal Federal acerca da necessidade de lei complementar para implementação da cobrança do diferencial de alíquota conforme introduzido pela Emenda Constitucional 87/2015, estimulou entre os contribuintes a massiva judicialização do tema frente aos Estados e ao Distrito Federal.

No Estado do Acre foram centenas de ações movidas por empresas de comércio eletrônico, veiculando, especialmente em mandado de segurança, não só a pretensão de exclusão da cobrança do imposto mediante a declaração incidental de inconstitucionalidade de cláusulas do Convênio ICMS n. 93/2015, mas também o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual n. 304/2015, que disciplinou a Emenda Constitucional 87/2015 no âmbito do Estado do Acre.

A celeuma, portanto, nos instiga a verificar os efeitos da decisão do STF para o Tema 1.093 sobre a lei dos entes federados que regulamentaram a incidência do diferencial de alíquota embasados nas regras estabelecidas nas alterações constitucionais promovidas pela Emenda Constitucional n. 87/2015, em especial no que refere à Lei Complementar Estadual n. 304/2015, que disciplinou o imposto possibilitando sua exigência no Estado do Acre.

3.2. EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL COMO CONDIÇÃO DE EFICÁCIA DAS LEIS JÁ EDITADAS PELOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL.

Viu-se, nas ações propostas no Estado do Acre, que muitas das pretensões deduzidas pugnavam tanto pela declaração de inconstitucionalidade do Convênio ICMS n. 93/2015 quanto da Lei Complementar Estadual n. 304/2015, que havia internalizado o Convênio e disciplinado a exigência do imposto nas operações interestaduais.

O pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei local

vinha reforçado pela premissa da vedação da "constitucionalidade superveniente", fenômeno segundo o qual a norma declarada inconstitucional se tornaria constitucional devido a mudança do parâmetro posto na própria Constituição Federal72.

O Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o referido tema, embasado no entendimento da nulidade da lei inconstitucional, pacificou sua Jurisprudência no sentido da impossibilidade de se reconhecer o fenômeno da constitucionalidade superveniente, ainda que alterado o parâmetro constitucional.

Neste sentido, por exemplo, o julgamento do RE n. 683.849, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, que apreciou a recepção do Protocolo Confaz 21/2011 em face da edição da Emenda Constitucional n. 87/201573:

> Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROTOCOLO CONFAZ Nº 21/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO DIVERGE DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PRECEDENTES. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015. ALEGAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. No julgamento da ADI 4.628, o Plenário da Suprema Corte assentou que o Protocolo Confaz nº 21 subverteu o arquétipo constitucional do ICMS, na medida em que estabeleceu novas regras para a cobrança do imposto que destoam dos parâmetros fixados pela Carta. 2. A conclusão do Tribunal de origem não diverge da

72 NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3º ed. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 149/150.

73 STF, ARE 683849 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2016, DJe-208 DIVULG 28-09-2016 PUBLIC 29-09-2016.

> jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. O advento da Emenda Constitucional nº 87/2015 não tornou constitucional o Protocolo Confaz nº 21/2011. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite o fenômeno da constitucionalidade superveniente. Por essa razão, o referido ato normativo, que nasceu inconstitucional, deve ser considerado nulo perante a norma constitucional que vigorava à época de sua edição**. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifou-se)

Desse modo, na visão dos contribuintes a publicação posterior da lei complementar federal seria insuficiente para tornar "constitucional" a lei anterior dos estados regulamentando o diferencial de alíquotas, sendo necessário a edição de nova lei local instituindo a cobrança do imposto nos moldes da Emenda n. 87/2015.

A tese da inconstitucionalidade da lei local, entretanto, não se sustenta ainda que necessária a edição de lei complementar para exigência de tributo compreendido na competência tributária dos Estados e do Distrito Federal.

Isto porque, cumprindo a função de uniformização do ICMS, a lei complementar não se coloca de forma hierarquicamente superior às legislações parciais dos Estados, mas como uma etapa necessária, condicionante do processo de positivação e exigência do tributo.

A par de funcionar como fator condicionante no processo de exigência tributária, o parâmetro de constitucionalidade para edição da lei dos entes federados permanece o mesmo, ou seja, não passa a retirar sua validade da lei complementar da União expedindo normas gerais, continuando a ter como referência a competência tributária estabelecida

na Constituição Federal.

É dela que os estados retiram a validade de suas normas tributárias, cumprindo à lei complementar o papel conformação da ordem jurídica nacional. A incompatibilidade das legislações parciais dos estados com a lei complementar, assim, deve ter como consequência a mesma solução prevista no §4º, do art. 24, da Constituição Federal, ou seja, a suspensão da "eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário".

A lei complementar, nesse passo, deve se limitar a editar normas gerais sob aspectos da obrigação tributária e, como adverte José Souto Maior74, deve servir apenas como "sobrenorma geral", destituída de aplicabilidade, razão pela qual a cobrança da exação sempre dependerá da edição da lei tributária dos Estados e do Distrito Federal para sua concretização.

Nesse sentido, leciona o doutrinador:

> [...] essa lei complementar pode amplamente dispor sobre sistema constitucional tributário, desde que se mantenha no campo das sobrenormas gerais. Não porém sobre matéria que transcenda o âmbito de normas gerais de direito tributário, sistematicamente abrangidas só pelo campo do sobredireito. [...] É pois carente de intermediação pela lei tributária ordinária federal, estadual e municipal, para plenitude concreta de seus efeitos. E sob esse ângulo particular relevantíssimo, a autonomia estadual do Distrito Federal e dos Municípios é assegurada. [...] a norma geral, precisamente porque é sobrenorma, tem sua eficácia limitada.

74 BORGES, José Souto Maior. Sobre todo e suas partes no sistema tributário. RDDT n. 218, pág. 107. 2013.

Assim, a omissão da edição de lei complementar conferindo regras gerais acerca do ICMS relativo à exigência do diferencial de alíquota autorizado pela Emenda Constitucional n. 87/2015, não torna inconstitucionais as leis dos Estados já editadas, ficando comprometida, apenas, sua eficácia diante da tese sufragada para o Tema 1093.

Esse, inclusive foi o posicionamento adotado pelo STF no julgamento do RE n. 1.287.019 com repercussão geral, destacando o Ministro Dias Toffolli, relator do Acórdão, com fulcro em precedente da Corte, objeto do RE n. 917.950, que a leis estaduais editadas posteriormente à Emenda Constitucional n. 87/2015 seriam válidas, mas teria sua eficácia suspensa enquanto não editada a lei complementar federal disciplinando a matéria.

Confira-se:

> [...] E, aplicando à presente discussão a orientação da Corte prevalecente no RE nº 917.950/SP-AgR e no RE nº 1.221.330/SP, Tema nº 1.094, julgo que as leis estaduais ou do Distrito Federal editadas após a EC 87/15 que preveem o ICMS correspondente ao diferencial de alíquota nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto **são válidas, mas não produzem efeitos enquanto não for editada lei complementar dispondo sobre o assunto**. [...] (grifou-se)

Importante destacar, outrossim, o trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do RE n. 917.950 com repercussão geral75, citado pelo Ministro Dias Toffoli no RE n. 1.287.019, esclarecendo o racicínio:

75 STF - AgR RE: 917950 SP - SÃO PAULO 0041670-73.2011.8.26.0053, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/12/2017, Segunda Turma.

> [...] Não se pode punir com a pecha de inconstitucional o ato do ente federativo diligente que, amparado por autorização constitucional e no exercício de sua competência tributária, alterou seu arcabouço normativo estadual para expressar o exato contido naquela norma.
> É bem verdade que a efetividade desse poder tributante dependeria de lei complementar federal, todavia não seria caso de inconstitucionalidade formal ou material, mas, tão somente, de condição de eficácia daquele exercício após a superveniência da legislação necessária.
> Caso contrário, exemplificadamente no Estado de São Paulo, chegaríamos a situação na qual, em razão de até hoje não ter havido alteração normativa quanto ao contribuinte do ICMS-importação após a Lei Complementar Federal 114/02, o referido Ente Federativo estaria impedido de cobrar o aludido tributo. [...] A questão resolve-se no plano da eficácia. Vale dizer, no período após a EC e anterior à Lei Complementar Federal, não haveria inconstitucionalidade, mas tão só ineficácia da legislação estadual até 17.12.2002 (vigência da Lei Complementar 114/02), de sorte que seriam insubsistentes créditos tributários advindos de fatos geradores anteriores a tal marco.

A posição do Supremo Tribunal Federal, assim, se predispõe a conciliar a necessidade da lei complementar como condicionante da eficácia da exigência tributária estabelecida nas legislações parciais dos estados, sem comprometer-lhes completamente a competência tributária outorgada pela Constituição Federal, a qual, se não pode ser exercida por estes de forma plena, passa a ter sua eficácia condicionada à regulamentação das normas gerais mediante edição de lei complementar da União.

É exatamente por esta razão que em sede de repercussão geral o STF, ao julgar o Tema 1093, apenas reconheceu a invalidade da cobrança

do diferencial de alíquota nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte na forma fixada no Convênio 93/2015, deixando de declarar a inconstitucionalidade das leis estaduais e do Distrito Federal em vigor.

Este entendimento, por outro lado, implica em reconhecer que mesmo após a edição da norma complementar federal não será necessário a edição de novo ato normativo estadual para legitimar a cobrança do ICMS por parte dos Estados, permanecendo apenas ineficazes os dispositivos que vierem a ser incompatíveis com a regulamentação federal superveniente.

Cumprindo à lei complementar a função de editar normas gerais, as quais não podem invadir materialmente o campo da competência tributária previamente definida na Constituição Federal, acredita-se que eventuais divergências com as normas estaduais já editadas se limitarão ao campo dos procedimentos, prevalecendo, nesse caso, o interesse na uniformização nacional na forma de cobrança do ICMS, propiciando maior segurança jurídica aos contribuintes do imposto.

4. CONCLUSÃO

O julgamento do Tema n. 1093 pelo Supremo Tribunal Federal, condicionando à edição da lei complementar para cobrança do ICMS diferencial de alíquotas, introduzido pela Emenda Constitucional n. 87/2015, evidenciou perante a Corte a importância da lei complementar

como instrumento condicionante da eficácia da competência tributária atribuída aos Estados.

O julgamento não anula as ordens jurídicas parciais dos Estados que haviam disciplinado em sua legislação o ICMS nas operações interestaduais com consumidores não contribuintes do imposto, ocasionando, entretanto, sua perda de eficácia até a posterior promulgação da lei complementar.

A edição da lei complementar, portanto, conferirá aos estados a possibilidade de exigir o imposto estadual sem que, necessariamente, seja editada nova norma regulamentado o diferencial de alíquotas nas operações interestaduais com consumidores não contribuintes do imposto.

A Lei Complementar n. 304/2015, assim, embora não seja inconstitucional em face do disposto na Emenda n. 87/2015, não produz efeitos enquanto não editada lei complementar da União disciplinando a matéria.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Acesso em agosto 2017. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acedido em 20 de junho de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF**, RE 1.287.019, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI,**

Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-099 DIVULG 24-05-2021 PUBLIC 25-05-2021

BRASIL, Supremo Tribunal Federal- STF. **RE 917950 AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017**, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 08-06-2018 PUBLIC 11-06-2018.

BRASIL, Supremo tribunal Federal - STF, **ARE 683849 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2016**, DJe-208 DIVULG 28-09-2016 PUBLIC 29-09-2016.

BORGES, José Souto Maior. **Sobre o Todo e Suas Partes no Sistema Tributário Nacional**. Revista Dialética de Direito Tributário - RDDT. São Paulo. n.218, nov 2013.

KOCH, Deonísio. **Manual do ICMS: Teoria e prática**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2012

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3º ed. São Paulo: Editora Método, 2009

SANTI, Eurico Marco Diniz de. **Decadência e prescrição no Direito Tributário**. Editora Max Limonad, São Paulo, 2000.

REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DE CODIFICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO À LUZ DO ATUAL CONTEXTO LEGISLATIVO NACIONAL

Andrey Hollanda [76]

RESUMO: A codificação do Direito foi tema de intenso debate no século passado. De um lado, Thibaut defendia a reunião de normas fragmentárias em códigos, e do outro, Savigny criticava a codificação por considerá-la responsável por frear a evolução do Direito e tornar estacionários os povos. Quando considerada em termos gerais, a discussão doutrinária sobre os benefícios da codificação já foi há muito tempo superada, tendo em vista que a prática demonstrou, ao contrário do que sustentava Savigny e seus seguidores, que os códigos não impedem a evolução do Direito, nem estacam a sua formação, mas sim o contrário. Ao longo do tempo, a codificação demonstrou ser o caminho evolutivo das normas fragmentárias do Direito, resultado do produto histórico, jurídico e ético, no qual seus elementos maduros e sadios são aproveitados e os elementos negativos e contraproducentes são descartados. Trata-se, resumidamente, de um fenômeno natural de reflexão, de maturação e de ascensão jurídica. Contudo, o tema ainda é um enorme tabu quando se refere especificamente ao Direito Administrativo, especialmente no Brasil, país de democracia

[76] Procurador do Estado do Acre. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Membro Titular do Conselho Superior da Agência Reguladora dos Serviços Públicos do Estado do Acre. Membro Titular do Conselho Estadual de Defesa do Consumidor do Estado do Acre. Foi Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Roraima, Subchefe da Casa Civil do Estado do Acre e Presidente da Associação dos Procuradores do Estado do Acre.

jovem e desenvolvimento tardio, detentor de graves problemas estruturais que envolvem a atuação da Administração Pública e, portanto, o próprio Direito Administrativo. Apesar da oscilação doutrinária em expor argumentos favoráveis e contrários à codificação desse ramo do Direito no Brasil, o papel da doutrina tem sido demasiadamente tímido, sobretudo quando já demonstrado que as vantagens da codificação se sobrepõem com certa facilidade às desvantagens, o que ainda é exasperado pelo atual contexto legislativo nacional, no qual se vê que o legislador tem buscado atuar apenas nas consequências causadas pela desordem do plural e confuso acervo normativo administrativista positivado, ignorando as verdadeiras causas dos problemas através de frágeis e insustentáveis justificativas, a exemplo daquela que informa não ser possível a codificação do Direito Administrativo em virtude da opção constitucional pela forma federativa de Estado, ante a necessidade de preservação da autonomia dos entes federativos. Ao fim, é demonstrado que a ausência de codificação do Direito Administrativo brasileiro é fator que o posiciona em uma etapa ainda prematura em relação ao progresso jurídico que lhe é possível alcançar, visto que, apesar de sua plena e inquestionável autonomia científica, a ausência de um eixo normativo central desvinculado da Constituição tem-lhe tornado estacionário e até mesmo retrógrado em alguns casos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Fontes do Direito. Codificação. Competência legislativa. Leis. Administração Pública.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o Direito Administrativo não é codificado, e acreditamos que tem sido dada pouca importância a esse fato, principalmente pela doutrina administrativista, que apesar de defender em sua maior parte os benefícios da codificação, tem demonstrado elevado conformismo com a atual situação desfavorável que vive esse ramo do Direito no Brasil.

A evolução do Direito Administrativo brasileiro tem seguido ao longo dos anos uma curiosa regra de ser efetivada a partir de inovações doutrinárias, sucedidas de acolhimento jurisprudencial antes da consagração no direito positivo, o que chama bastante atenção devido ao fato de que o sistema jurídico do Brasil internalizou o princípio da legalidade em sua concepção mais pura: "a lei, como ato do parlamento, representante da vontade geral do povo, é a principal fonte do direito" (DI PIETRO, 2020 p. 48).

Apesar da inquestionável autonomia científica do Direito Administrativo, no Brasil as suas bases estão definidas na extensa Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988), fruto de um longo processo democrático mas que vem sendo aos poucos substituído pelo velho pragmatismo dos interesses políticos, os quais tem arrastado à alteração as normas administrativistas de um modo forçoso e desvinculado de critérios científicos, muitas das vezes em diametral contramão do sentido natural da sua evolução.

Para facilitar um olhar voltado à prática, viés prejudicado nesse

ramo em razão da ausência de codificação, buscamos realizar uma análise de correlação entre os argumentos defendidos neste artigo e o atual contexto legislativo nacional, com sucintas abordagens sobre as Propostas de Emenda à Constituição nº 32/2020 (Reforma Administrativa) e nº 188/2019 (Pacto Federativo), além de outras alterações legislativas recentes.

Com o intuito de elencar alguns elementos de pré-compreensão essenciais à adequada contextualização dos fundamentos e da argumentação trazida neste artigo, acrescentamos breves considerações sobre a gênese do Direito Administrativo e sobre sistemas administrativos.

2. GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo tem sua gênese marcada pela Revolução Francesa de 1789, quando os ideais liberais e revolucionários da burguesia demandaram o desenvolvimento de um ramo autônomo do Direito que passasse a regular as relações envolvendo o Estado e os limites da função administrativa por ele exercida.

No campo normativo, a promulgação da "Lei de 28 do *pluviose* do ano VIII", ocorrida em 1800, é reconhecida pela doutrina como a certidão de nascimento do Direito Administrativo (OLIVEIRA, 2020 p. 2), tendo inaugurado no campo formal a autonomia científica desse ramo, o qual passou a ser dotado de institutos, normas e princípios próprios.

Entretanto, em termos históricos, a concretização dessa autonomia

somente veio a se concretizar em 1873, ano do célebre julgamento do caso Blanco *(arrêt Blanco)*, no qual o Tribunal de Conflitos Francês, ao julgar um conflito negativo de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação77, reconheceu, pioneiramente, a aplicabilidade de normas sobre organização administrativa e solução de litígios contra a Administração Pública em um caso concreto (OLIVEIRA, 2020 p. 2).

Antes desses acontecimentos históricos, não se admitia a existência do Direito Administrativo como um ramo autônomo, apto e destinado, portanto, a disciplinar a função administrativa e os órgãos que a exercem, em referência à clássica e irredutível conceituação difundida por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 37).

Não era imaginável, anteriormente, o Estado sendo juridicamente disciplinado por si próprio, salvo para fins internos de auto-organização, porquanto a disciplina, nesse caso, pressuporia sua submissão a uma ordem jurídica que lhe seria externa.

Isso porque, nessa fase antecedente, que remonta aos Estados Absolutistas, a existência da figura do Monarca confundia-se com a do próprio Estado, sem que existissem limitações à autoridade por ele exercida, como bem ilustrado na célebre frase de Luís XIV, que reinou a França por mais de setenta anos e dizia:*"L'État c'est moi"* (o Estado sou eu).

Destarte, a formação do Direito Administrativo como ramo

77 O Conselho de Estado e a Corte de Cassação eram responsáveis, respectivamente, pela jurisdição administrativa e jurisdição comum..

autônomo restara concretizada com a consagração dos ideais revolucionários da Revolução Francesa, notadamente com os princípios da legalidade e da separação de poderes, e, ainda, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*).

Contudo, importa enfatizar que a abordagem doutrinária sobre a origem do Direito Administrativo refere-se à sua concepção como ramo autônomo, o que em nada pode ser confundido com o aparecimento das primeiras normas administrativas ou com os estudos acerca da função administrativa exercida pelo poder público, porquanto esses preceitos confundem-se com o próprio surgimento do Estado, e, portanto, são bem anteriores aos marcos históricos referenciados.

3. SISTEMAS ADMINISTRATIVOS

A contextualização do Direito Administrativo em determinado ordenamento jurídico deve sempre perpassar pela análise sobre a organização e os limites do controle jurisdicional da Administração, porquanto são esses os aspectos que caracterizam, primordialmente, o sistema administrativo adotado por determinado país.

Amplo modo, aliás, este artigo apresenta análise sobre o atual estágio do Direito Administrativo positivado no Brasil, com abordagem específica na ausência de codificação desse ramo e a correlação desse fator com o seu desenvolvimento e efetividade, inclusive no que diz respeito ao

controle jurisdicional exercido sobre a Administração Pública.

Sabemos que a doutrina lista **duas espécies de sistema administrativo**, quais sejam, o sistema francês, também chamado de sistema do contencioso administrativo, e o sistema inglês, também chamado de sistema da jurisdição una. Por vezes a doutrina confere outras nomenclaturas similares78 a esses sistemas, tratando-se, todavia, sempre da mesma dicotomia.

No **sistema francês**, assim chamado por ser originário do direito francês, há a consagração de duas ordens distintas de jurisdição. A primeira, chamada de jurisdição comum ou ordinária, é exercida pelo Poder Judiciário sobre os atos dos particulares de modo geral. A segunda, chamada de jurisdição administrativa, é exercida por juízes e Tribunais Administrativos, com órgão de cúpula específico - genuinamente denominado de Conselho de Estado no direito francês -, os quais são responsáveis por julgar as demandas que tenham a Administração Pública como parte.

O cerne da estrutura do sistema francês está, portanto, na existência desse órgão de cúpula responsável pela jurisdição administrativa. Nesse sistema, a definitividade do atesto da juridicidade dos atos ou conflitos relacionados à Administração Pública é alcançada por meio das decisões do referido órgão, o qual não pertence ao Poder Judiciário, mas que exerce,

78 Além das nomenclaturas citadas no texto, o sistema francês também é chamado de sistema da dualidade de jurisdição, da jurisdição administrativa etc. Já o sistema inglês também é chamado de sistema de unidade de jurisdição, de monopólio de jurisdição etc.

de igual modo, a jurisdição.

De outro lado, no **sistema inglês** o Poder Judiciário detém a prerrogativa de decidir de modo definitivo quanto à juridicidade de todos os atos praticados por particulares ou pela Administração Pública, assim como dos conflitos deles decorrentes. É o **sistema adotado pelo Brasil.**

A bem dizer, os sistemas diferenciam-se, primordialmente, pelos órgãos capazes de conferir definitividade às decisões que envolvem a Administração Pública, pelo que no sistema inglês somente o Poder Judiciário pode conferir *status* de coisa julgada material (jurisdição una).

3.1 Peculiaridades do sistema administrativo brasileiro

Apesar da considerável influência francesa na origem do Direito Administrativo brasileiro, vigora no país o sistema administrativo inglês, derivado do sistema jurídico anglo-americano baseado na *commom law*, cujas raízes não admitem a existência de tribunais administrativos destinados a decidirem os litígios que envolvam a Administração Pública.

Desse modo, no Brasil o Poder Judiciário exerce com exclusividade a função jurisdicional (jurisdição una), conforme previsão do art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988, segundo o qual a "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

O referido dispositivo consta no rol de direitos e garantias individuais e coletivas da CRFB/1988, e é dele que se infere, do texto

constitucional, o princípio da inafastabilidade da jurisdição79, corolário do direito de ação.

No que diz respeito ao texto do dispositivo (art. 5º, XXXV, CRFB/1988), interessante ressaltar que alguns doutrinadores tecem críticas relacionadas à sua forma de apresentação, notadamente em razão do modo indireto empregado na redação, que não consta referência direta em relação ao cerne do direito a que objetiva proteger (LENZA, 2021 p. 1614).

De fato, em vez de tratar expressamente sobre a inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, o constituinte brasileiro optou por redação que veda a coexistência da ordem constitucional com eventuais leis infraconstitucionais que excluam do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não tratando, desse modo, diretamente quanto ao núcleo do direito em si, que é a garantia do acesso à uma **ordem jurídica justa**, o que não necessariamente é suprido por meio da mera garantia de acesso ao Poder Judiciário.

Os mesmos críticos, entretanto, ressaltam que a opção do constituinte pela forma de redação indireta ocorreu em razão do contexto histórico de aprovação da CRFB/1988, a qual instituiu ordem constitucional precedida de período ditatorial, havendo, portanto, a provável intenção de demonstrar maior reatividade aos pretéritos atos arbitrários que, por intermédio de lei ou decreto-lei, não raramente

79 Também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio do acesso à justiça etc.

suprimiam do Poder Judiciário a possibilidade de apreciação de determinadas matérias envolvendo o poder público (LENZA, 2021).

Em somatório a essa crítica, acrescentamos outro viés de irresignação à forma empregada na redação do dispositivo, sobretudo quando considerada a sua posição no texto constitucional.

Isso porque, além de tratar da norma que assegura – ainda que indiretamente - o *status* constitucional ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, é esse mesmo dispositivo que impõe - também indiretamente - a adoção do sistema inglês de jurisdição una ao Direito Administrativo Brasileiro, ao prever que compete sempre ao Poder Judiciário conferir a palavra final, excluindo-se, desse modo, a possibilidade de existência de tribunais administrativos com poderes para conferir *status* de coisa julgada material às suas decisões.

A crítica aqui realizada, entretanto, não se dá propriamente por essa razão (redação indireta), mas pelo fato de a norma constar, nos termos em que redigida, no rol de direitos e garantias individuais (art. 5º da CRFB/1988), dando a entender que o acesso a uma jurisdição justa somente seria possível através do Poder Judiciário, o que não é correto.

De maneira bastante didática, Kazuo Watanabe explica a não prevalência dessa correlação ao salientar que "a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa" (WATANABE, et al., 1988 p. 128).

Não existe, portanto, correlação necessária entre a garantia de acesso ao Poder Judiciário e a garantia de acesso a uma jurisdição justa, sendo esta última aquela que – segundo entendemos - deveria constar, expressamente, como cláusula pétrea no rol de direitos e garantias individuais da CRFB/1988, visto que a adoção do sistema administrativo inglês (jurisdição una) corresponde, por si só, a uma mera opção política do legislador constituinte, sendo perfeitamente possível garantir, formal e materialmente, a aplicação do acesso à Justiça e a uma jurisdição justa na vigência do sistema administrativo francês (dualidade de jurisdição).

Oportuno esclarecer, nesse sentido, que pelo ideal de jurisdição dualística, os tribunais administrativos são a própria Justiça e não a Administração Pública, e as suas decisões não são atos administrativos, mas sim sentenças.

O cerne da **garantia** não está, portanto, na existência de uma única jurisdição, mas sim **na independência e eficiência garantida pelo Estado** para que a Justiça diga o direito (*jurisdictio*) e garanta, por meio das suas instituições, **satisfatória efetividade aos direitos subjetivos que sejam contrários aos interesses da Administração Pública**.

Para bem ilustrar o argumento, e apenas a título de exemplo, menciona-se a Constituição de Portugal, país adepto do sistema administrativo francês (dualidade de jurisdição), e que ao consagrar no texto constitucional o mesmo princípio (inafastabilidade da jurisdição), utilizou a seguinte redação: “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos,

não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos" (PORTUGAL, 1976, artigo 20).

Percebe-se do texto, além da ausência de especificação do Poder Judiciário - visto que no país a jurisdição administrativa é exercida por tribunais administrativos -, a previsão de acesso não apenas aos tribunais, mas também ao próprio direito - conforme o título antecede o texto do dispositivo: "acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efectiva" -.

Não há dúvidas de que a discussão sobre o acesso à justiça e a garantia de uma jurisdição justa pode desdobrar-se em inúmeros outros assuntos, embora considere poucos tão relevantes quanto os estudos que se referem à busca pelo desenvolvimento (ou progresso) e pela efetividade do Direito.

E conforme será abordado a seguir, entendemos que a codificação do Direito Administrativo brasileiro é questão prejudicial para que esse ramo, já bastante condensado no país, continue a se desenvolver com maturidade em prol da ascensão jurídica.

Aliás, em relação a esses aspectos, as abordagens sobre sua gênese são esclarecedoras para entendermos o atual estágio e o sentido da sua evolução.

Ao analisar o desenvolvimento desse ramo no Brasil, desde o seu surgimento até os dias atuais, fica nítida a definição sobre como tem evoluído, tendo ordinariamente seguido, respectivamente, a seguinte ordem: a) doutrina; b) jurisprudência; c) direito positivo.

Com a propriedade que lhe é inerente, Di Pietro (2006) aborda em

artigo denominado “500 anos de Direito Administrativo brasileiro” inúmeros institutos consagrados no ordenamento pátrio e que seguiram a sobredita ordem evolutiva, alguns, inclusive, consagrados pela jurisprudência em expressa contrariedade ao direito positivo da época.

Dentre os institutos citados pela autora, destacamos: a) o instituto da desapropriação indireta, ao arrepio do artigo 547 do Código Civil de 1916, que exigia indenização prévia e o requisito de decreto explícito; b) a aplicação do contrato de concessão de uso e não de contratos de direito privado para a ocupação de boxes ou bancas de mercado público ou de locais em logradouros públicos; c) a adoção de uma teoria dos contratos administrativos, com características diversas do direito privado; d) o afastamento da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos administrativos; e) a aplicação da teoria da imprevisão e da teoria do fato do príncipe segundo regras especiais; f) a tese de que os funcionários públicos se regem por um status e não por contrato, sendo suas vantagens e deveres iguais para uma mesma categoria, dentre vários outros.

Ou seja, a evolução do Direito Administrativo brasileiro tem se efetivado, na maior parte das vezes, através de criação doutrinária, seguida do acolhimento pela jurisprudência e da posterior consagração no direito positivo, **o que se mostra bastante curioso**, tendo em vista que o ordenamento brasileiro internalizou o princípio da legalidade em sua concepção mais pura: “a lei, como ato do parlamento, representante da vontade geral do povo, é a principal fonte do direito” (DI PIETRO, 2020 p. 48).

A CRFB/1988, ao dispor sobre o princípio da legalidade, assenta-o expressamente no artigo 37, que traz o rol de princípios regentes da Administração Pública, e pelo qual o Poder Público resta impedido de praticar atos ou reconhecer direitos não previstos em lei, o que se soma à garantia disposta no art. 5º, inciso II, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Insurge-se, assim, a curiosa particularidade do caminho seguido pelo Direito Administrativo brasileiro, que embora consagre o direito positivo como a principal fonte do direito, premissa que o afasta do *common law* do qual herdou a jurisdição una, tem-se que o fator evolutivo tem demonstrado depender, na maior parte das vezes, **de um controverso movimento disruptivo dos tribunais em relação aos sistemas administrativo e jurídico vigentes**, que os fazem chancelarem alterações ou criações de institutos jurídicos sem amparo na lei ou em expressa contrariedade a ela, ainda que temporariamente, com a justificativa dos seus fins evolutivos, o que mais nos parece cristalina evidenciação da crise paradigmática vivenciada pelo Direito.

Aliás, é de se ressaltar que apesar do ordenamento pátrio ter adotado o sistema administrativo francês de monopólio da jurisdição (jurisdição una) consagrado pelo *commom law*, o direito brasileiro **não** comporta em sua concepção ideal o princípio do *stare decisis*, que dá força obrigatória aos precedentes judiciais e é considerada como a pedra angular do *commom law*.

Quanto a isso, em breve parênteses, ressaltamos que a existência no

Brasil de provimentos judiciais vinculantes não deve induzir à leitura equivocada de imaginar que súmulas, acórdãos em IRDR ou recursos especial e extraordinário repetitivos sejam equiparáveis à concepção genuína de *stare decisis* oriunda do *commom law*.

Nesse sentido, Di Pietro (2020, p. 51) ressalta que o maior paradoxo do Direito Administrativo brasileiro talvez esteja no fato de termos nos afastado tanto do direito francês quanto do sistema decorrente do *common law:* colocamos a lei como principal fonte do direito, mas mantemos uma grande distância entre o que está na lei e o que aplicamos na prática.

À vista desse celeuma, e considerando a constatação do papel ativo da jurisprudência no desenvolvimento do Direito Administrativo brasileiro, consideramos que a **ausência de codificação desse ramo insurge-se como entrave significativo ao seu progresso**, tanto pela crise paradigmática que sua a inexistência – da codificação - tem ensejado na aplicação do Direito, quanto pela desordem causada pelo arcabouço legislativo esparso e desornado.

Tais fatores dificultam o acesso do administrado a uma jurisdição justa, sobretudo quando atrelados esses aspectos à uma jurisdição uníssona e não especializada, o que tem tornado, no Brasil, a evolução do Direito Administrativo refém de atropelos judiciais e antinomias espantosas de leis e demais normativos, editados muitas vezes desvinculados do seu eixo normativo principal, que é a própria CRFB/1988.

Assim, passamos a refletir sobre o assunto.

4. A CODIFICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O Direito Administrativo brasileiro não é codificado, inexistindo, portanto, um código responsável por reunir e consolidar, em um único diploma legal, as principais normas administrativistas, diferentemente do que ocorre em outros ramos igualmente dotados de autonomia científica, a exemplo do Direito Civil, Penal, Eleitoral etc.

De modo geral, entende-se por código a reunião de normas jurídicas sob determinado método, no qual o Direito é organizado a partir do aproveitamento dos seus elementos maduros e sadios, com o respectivo descarte dos aspectos negativos e contraproducentes. Nesse sentido, Broccoli (1932, *apud* BARROS JR., 1949) descreve a codificação como o caminho pelo qual determinado complexo de normas fragmentárias alcança um produto histórico, jurídico e ético, tratando-se de um fenômeno natural de reflexão, de maturação e de **ascensão jurídica**.

Importante acrescentar ao conceito de codificação o atributo da **inovação na ordem jurídica**, o que basicamente a diferencia da consolidação, na qual o processo de sistematização visa a reunir as leis sem que isso importe em criação ou inovação, sem o condão, portanto, de alterar o direito vigente.

O conceito de consolidação, inclusive, está previsto no artigo 13, § 1º, da Lei Complementar nº 95/1998, nos seguintes termos: “A consolidação consistirá na integração de todas as leis pertinentes a

determinada matéria num único diploma legal, revogando-se formalmente as leis incorporadas à consolidação, sem modificação do alcance nem interrupção da força normativa dos dispositivos consolidados.”

Imprescindível reforçar que, ao contrário do que entende uma pequena parcela da doutrina, **a ausência de codificação do Direito Administrativo em nada está atrelada ao seu grau de autonomia científica**, porquanto inegável a sua regência por institutos, normas e princípios próprios.

Traduz-se, em verdade – essa não codificação -, em uma mera opção do legislador constituinte -, conquanto não se possa permitir resignação silente quanto ao tema, pois a despeito de outros assuntos aos quais também se atribui a mera faculdade do legislador, é certo que a manutenção dessas escolhas deve continuamente ser confrontada à permanência de suas vantagens, de acordo com o momento, as peculiaridades de cada época e o estágio de desenvolvimento e maturidade do Direito.

Discordamos também de certa parte da doutrina que entende não existir uma relação direta entre a ausência de codificação com o atual estágio de desenvolvimento do Direito Administrativo no Brasil, porquanto ainda que se trate de uma mera escolha do legislador, tal premissa não a descaracteriza (a codificação) como um fator de progresso e ascensão jurídica, sobretudo quando considerado o papel exercido pela Constituição na busca pela efetividade do Direito.

De início, cumpre esclarecer que o **sistema de distribuição de**

competências legislativas previsto na CRFB/1988 **favorece** a sistematização por códigos das matérias que são definidas como competência legislativa privativa da União (art. 22), o que confere **caráter nacional** às leis aprovadas nessa alçada, dotadas de aplicabilidade obrigatória no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por exemplo, o artigo 22, inciso I, define como competência privativa da União legislar sobre "direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho", e não à toa que temos os Códigos de Direito Civil, Processo Civil, Penal, Processo Penal etc. Entretanto, temos também Códigos que não figuram nesse rol, a exemplo do Código Tributário Nacional e do Código de Defesa do Consumidor, cujas matérias são, expressamente, segundo a sistemática do art. 24 da CRFB/1988, de competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal.

De outro lado, observa-se que a competência para legislar sobre Direito Administrativo – **de modo geral, enquanto disciplina -** não figura no rol de competências legislativas privativas da União, previsto no art. 22 da CRFB/198880, o que confere à matéria o caráter residual, e portanto de competência legislativa compartilhada entre a União, os Estados e o Distrito Federal, segundo os seus interesses políticos, sem prejuízo, ainda, da competência dos Municípios para tratar de assuntos de interesse local

80 Também não figura, expressamente, no rol do art. 24 da CRFB/1988, que elenca as matérias de competência legislativa concorrente, conforme abordado mais a frente.

e suplementar as legislações federal e estadual (art. 30, incisos I e II, CRFB/1988).

Apesar dessa regra geral, algumas matérias do Direito Administrativo encontram-se sim no rol de competência legislativa privativa da União, como é o caso dos incisos II, III, IV, V, IX, X, XI, XII, XXV, XXVI, XXVII e XXVIII do art. 22 da CRFB/1988. Tratam, além de outros assuntos, sobre temas pilares do Direito Administrativo, como a desapropriação, a requisição, a prestação de determinados serviços públicos e ainda sobre normas gerais de licitação e contratação.

Já as demais matérias de Direito Administrativo, não previstas no rol do art. 22, como já se disse, são residuais, suscetíveis de serem legisladas pela União, Estados e municípios de acordo com seus respectivos interesses, respeitadas as diretrizes e regras constitucionais. Tratam, por exemplo, de questões relacionadas à organização política e administrativa, processo administrativo, servidores etc.

Para fins de pré-compreensão dos posicionamentos firmados neste estudo, importante rememorar o raciocínio segundo o qual o sentido evolutivo do Direito Administrativo deve sempre guiar-se pelo caminho do aprimoramento da proteção de direitos subjetivos contrários aos interesses da Administração Pública, e não o inverso. Essa foi, conforme vimos na breve gênese elencada neste artigo, a razão e o sentido da criação do Direito Administrativa. Lembremos do período que o antecede: *"L'État c'est moi"*.

Sem se confundir com o sobredito aspecto, mas em total

convergência a ele, temos que a evolução do Direito Administrativo busca ainda o aperfeiçoamento da própria Administração Pública, tanto em seu sentido objetivo (serviço público, poder de polícia etc.), quanto em seu sentido subjetivo (órgãos, agentes públicos etc.), sempre com vistas à melhoria no alcance e nos resultados das políticas públicas executadas, em benefício da distribuição e da preservação dos interesses gerais.

As leis esparsas, todavia, dificultam enormemente essa evolução, pois inibem a obtenção dos textos – mais do que se imagina - e, por via de consequência, o conhecimento pelos interessados, impedindo uma visão panorâmica do Direito a qual pertencem, inconvenientes estes que só a codificação tem o condão de remover.

Jules Lespès (1951, *apud* MEIRELLES, 2016, p. 51), ao descrever já na década de 1950 os benefícios trazidos pela codificação do Direito Administrativo na Europa, ressaltou a **significativa melhora ocorrida no controle e aperfeiçoamento da Administração Pública**, tendo ainda atestado significantes melhorias em outros domínios, especialmente na jurisprudência e no ensino do Direito.

No Brasil, a doutrina divide-se em três posições. Há aqueles que: **a) não aceitam a possibilidade de codificação do Direito Administrativo brasileiro; b) os que admitem a sua codificação parcial81; e c) os que defendem a sua codificação total.** Meirelles (2016, p. 50-51), a título de

81 Nesse grupo, há aqueles que defendem que o Direito Administrativo brasileiro já se encontra parcialmente codificado em razão das leis nacionais que tratam sobre o tema (a exemplo da Lei de Licitações). Por não encontrar guarida no conceito de código, não nos parece um posicionamento viável.

referência, filia-se à última corrente (pela codificação total), por entender que se trata de hipótese perfeitamente exequível, e que invariavelmente propiciaria à Administração e aos administrados, caso adotada, maior segurança e efetividade às normas administrativas.

Ao refutar desde já o posicionamento que não aceita a codificação desse ramo do Direito no Brasil, consoante fundamentos apresentados mais a frente, posicionamo-nos favoráveis aos dois outros entendimentos, quais sejam, os que apoiam a codificação parcial ou total, tendo em vista que não necessariamente são antagônicos entre si, podendo, como de fato devem ser, um o caminho do outro.

4.1 Argumentos favoráveis e desfavoráveis à codificação.

Em termos gerais, e em breve digressão, ressaltamos que a codificação do Direito – de modo geral - foi tema de intenso debate no século passado. De um lado, Thibaut defendia a reunião de normas fragmentárias em códigos, e do outro, Savigny criticava a codificação por considerá-la responsável por tornar estacionários os povos.

Entretanto, a discussão entre o posicionamento de ambos em relação aos benefícios da codificação já restou há muito superada, pelo que seu valor se mantém sobretudo para fins acadêmicos, notadamente porque “a prática incumbiu-se de demonstrar, em contrário do que sustentavam Savigny e seus seguidores, que os códigos não impedem a evolução do Direito, nem estancam sua formação”, mas sim o contrário (MEIRELLES,

2016, p. 51).

A ideia defendida por Savigny mostrou-se equivocada pelas evidencias práticas, porquanto o direito não apenas continuou a evoluir com a codificação dos seus diversos ramos, como também comprovou incontroversos benefícios à difusão ordenada dos princípios jurídicos e o seu crescente aperfeiçoamento (MEIRELLES, 2016, p. 52).

Não obstante tratar-se de questão superada em termos gerais, **a codificação é ainda um tabu quando se refere especificamente ao Direito Administrativo**, especialmente no Brasil, país de graves problemas estruturais e possuidor de uma democracia jovem e tardia, razão pela qual constantemente vemos nossa doutrina oscilar entre a exposição de argumentos contrários e favoráveis à codificação das leis administrativistas brasileiras.

Ante os inúmeros argumentos favoráveis e desfavoráveis à codificação do Direito Administrativo brasileiro, um aspecto relevante para o qual chamamos a atenção é o fato de que ambos esses argumentos tem conduzido ao mesmo caminho: o da própria codificação, senão pelo desejo – na ótica daqueles que a defendem –, mas pela necessidade – na perspectiva daqueles que a criticam –.

A começar pelos **argumentos desfavoráveis**, constatamos que a **principal desvantagem** aventada pela doutrina administrativista se refere a **peculiar dinâmica** a qual se submete esse ramo do Direito, que de fato está submetido a uma constante transformação – sendo esta uma questão incontroversa -, o que, segundo os críticos, poderia frear drasticamente a

sua evolução.

Discordamos diametralmente desse entendimento, sobretudo porque **a codificação não pressupõe imutabilidade, mas sim o contrário**, tratando-se, verdadeiramente, de uma vitrine que, além da adequada exposição do Direito, dá acesso a uma mutabilidade ordenada, sistematizada e amplamente estudada, escoimada do indevido ativismo judicial com o qual estamos – fatidicamente – nos acostumando a conviver.

A título de exemplo, citamos o próprio Código Civil brasileiro, aprovado por meio da Lei nº 10.406/2002 e vigente desde 2003. Mesmo tendo sido discutido ao longo de três década, logo nos primeiros meses após sua publicação já tramitavam perante o Congresso Nacional inúmeros projetos de lei contendo centenas de emendas destinadas a alterá-lo, grande parte com o intuito de corrigir falhas, antinomias e até mesmo flagrantes inconstitucionalidades, muitas das quais restaram convertidas em lei. Para se ter ideia, do ano que entrou em vigor (2003), até a presente data (em 2021), em todos os anos ocorreram alterações82 ao Código Civil brasileiro, o que confirma nosso pensamento quanto ao não engessamento do Direito, mas sim o inverso.

Já em outra perspectiva, tem-se ainda como **argumento desfavorável** à codificação **a excessiva quantidade de matérias**

82 Alterações promovidas por leis ou medidas provisórias convertidas em lei. Em 2021, consta alteração promovida pela Medida Provisória nº 1.040, de 29 de março de 2021, ainda não apreciada pelo Congresso Nacional até a data de fechamento deste estudo.

pertencentes ao Direito Administrativo, o que dificultaria a reunião das diversas legislações em código. Curiosamente, observamos que ao tratarem desse argumento, as referências doutrinárias mais recentes falam em "dificuldade" ou "inconveniência", ao passo que as menções mais antigas falam em "impossibilidade", o que pode ser visto como um avanço à aceitabilidade da codificação.

A título de exemplo, transcrevemos Marcelo Caetano (1944, *apud* BARROS JR., 1949, grifo nosso), o qual afirmara "que **não é possível** codificar o Direito Administrativo, dado o grande número de normas que compreende, a variedade das matérias que essas normas regulam".

De qualquer modo, discordamos também desse entendimento, sobretudo porque se trata, **ao revés, de uma das principais razões pela qual se pugna favoravelmente pela codificação.** Ou seja, trata-se de aspecto que, a depender do ponto de vista, pode ser visto como argumento desfavorável, em razão do grau de dificuldade, ou mesmo favorável, em virtude da maior necessidade de organização e sistematização.

Ademais, importante salientar que não há a possibilidade de que um código reúna, exaustivamente e a todo o tempo, toda a matéria afeta aos estudos de um ramo do Direito, nem mesmo nos casos em que se propõe uma codificação total, hipótese esta em que é natural a coexistência provisória do código com legislações especiais, que caminham para a integração ao respectivo código em determinado momento, quando amadurecidas o suficiente para isso.

Já em outro aspecto, e talvez o que enseja de maior repercussão,

alguns doutrinadores e estudiosos **argumentam desfavoravelmente** à codificação do Direito Administrativo brasileiro porque seria incompatível com a opção constitucional pela **forma federativa de Estado**.

Essa seria, inclusive, a razão para a matéria (Direito Administrativo) sequer constar na sistemática do art. 24 da CRFB/1988, o qual elenca um rol expresso de matérias de concorrência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, e que confere à União a competência para legislar sobre normas gerais sobre o tema, atribuindo aos Estados e ao Distrito Federal a competência suplementar, com previsão de outras regras sem maiores relevâncias para a abordagem deste artigo.

Nesse sentido, Nohara (2013) defende a ausência de codificação do Direito Administrativo porque seria necessária ante a autonomia conferida pela CRFB/1988 aos entes federativos para se auto-organizarem, autogovernarem, autolegislarem e autoadministrarem.

Assim como nos casos anteriores, discordamos veementemente desse posicionamento, porquanto a reunião das disciplinas atinentes ao Direito Administrativo em código poderia facilmente observar e respeitar os princípios sensíveis que impõem a forma federativa de Estado e a conseguinte autonomia dos entes federativos, tornando mais fácil a identificação e, por via de consequência, a supressão de dispositivos viciados.

Salientamos, inclusive, que uma das principais etapas referentes ao

processo de codificação é justamente a **eleição das matérias-chave adequadas e convenientes de serem reunidas em código**, de acordo com o ordenamento em que se situa, e este talvez seria, no Brasil, o aspecto mais importante e complexo de ser superado.

A título de sugestão, por exemplo, mencionamos a amplitude e clareza do "Código do Procedimento Administrativo" Português (Decreto-Lei nº 4/2015), que aborda de modo satisfatório as matérias carecedoras de uniformização no âmbito de um mesmo ordenamento.

Retomando, entendemos que esse posicionamento, de ser contra a codificação do Direito Administrativo em razão de uma suposta violação da autonomia dos entes da federação, ao revés, **tem levado à banalização do próprio sentido de pacto federativo, assim como do texto constitucional de modo geral.**

Isso porque, ao se evitar realizar o adequado enfrentamento do assunto, as reformas que afetam o Direito Administrativo têm sido conduzidas exclusivamente pelo pragmatismo das negociações e influências político-partidárias, e que tem regido as alterações nas bases do Direito Administrativo de modo totalmente desvinculado do viés científico e de qualquer eixo normativo central, até mesmo da constituição, por geralmente tratar de sua própria alteração.

4.2. Atual contexto legislativo nacional

E no Brasil, a título de agravante, sabemos que as bases do Direito

Administrativo estão na Constituição. Não por outra razão estamos acostumados, e assim não mais nos espantamos com o fato de que as reformas envolvendo esse ramo do Direito são, na maioria das vezes, apresentadas através de **"pacotes legislativos", que incluem Emendas à Constituição e Projetos de Lei.**

As Emendas à Constituição, nesses casos, têm servido não para tratar de assuntos genuinamente constitucionais, mas apenas para "justificar" a "não violação" da autonomia garantida aos entes federativos, como se esta fosse uma premissa verdadeira. Em outras palavras, estamos vivenciando a normalização da seguinte situação: se vai para o texto constitucional, tudo bem, ainda que se trate de algo contraditório com a própria constituição, e que assim se mantenha, simplesmente porque esse foi o interesse do constituinte reformador.

Como exemplo, referimo-nos a uma das teses ventiladas pela União ao se defender perante o Supremo Tribunal Federal (STF) na **Ação Cível Originária nº 3350/RS**, movida pelo Estado do Rio Grande do Sul com o objetivo de proteger sua autonomia ante um desses questionáveis "pacotes legislativos" mencionados.

No caso acima, o "pacote legislativo" consistiu na alteração do art. 22, inciso XXI, da CRFB/1988, promovida pela Emenda à Constituição nº 103/2019 (Reforma da Previdência), que sutilmente incluiu no rol de matérias de competência legislativa privativa da União a edição de normas gerais sobre inatividade e pensões das polícias militares e corpos de bombeiros militares dos Estados, a qual foi seguida, logo no mês seguinte,

da aprovação da Lei nº 13.954/2019 (de caráter nacional), e que impôs aos Estados, no pretexto de se tratar de uma "norma geral", a obrigação de aplicar aos militares estaduais a mesma alíquota de contribuição estabelecida pela União para as Forças Armadas, que é demasiadamente baixa (9,5%) quando comparada às alíquotas estaduais (que em regra são iguais ou maiores que 14%).

Em verdade, a despeito da roupagem de "norma geral", da qual se deveria inferir maturidade jurídica suficiente à uniformização nacional e evolução do Direito a qual pertence, na realidade era apenas o cumprimento de promessa de campanha (CORREIO BRAZILENSE, 2019), cujo ônus deveria, ao arrepio do pacto federativo, ser arcado pelos demais entes federativos distintos daquele que providenciou a edição da norma.

Desse modo, despreza-se, de forma indireta, mas deliberada, o cerne e *a ratio* do Pacto Federativo e o sistema de distribuição de competências que o sustenta, através da utilização indecorosa e desordenada da força normativa constitucional, acarretando um evidente **desprestígio da Constituição.**

Na referida ação, aliás, de forma prudente o Ministro Luís Roberto Barroso deferiu pedido de tutela de urgência83 formulado pelo Estado do Rio Grande do Sul, determinando que a União se abstivesse de aplicar qualquer sanção àquele ente caso decidisse manter as alíquotas previstas

83 Ressaltamos que o mérito da ação se encontra pendente de julgamento na data de conclusão deste artigo.

em sua legislação estadual, tendo em vista o alto e imprevisível impacto financeiro ao Estado causado pela suposta “norma geral” editada pela União.

Conquanto o caso pareça estar mais ligado à Seguridade Social do que ao Direito Administrativo, o fato é que o fundo do direito nele tratado se irradia em ambos e em outros ramos entrelaçados ao Direito Constitucional ou, mais especificamente, à CRFB/1988.

Acreditamos que práticas como essa tem ocorrido, em grande parte, em razão da dificuldade que ainda temos em compreender a importância de que o Direito Administrativo deva ser mais bem difundido e uniformizado em seus aspectos gerais, sem que isso signifique, em termos práticos e jurídicos, a diminuição da capacidade dos entes federativos se autogovernarem e autolegislarem. Havendo essa percepção, entendemos que a legislação tende a ficar mais clara e suscetível de discussões e amadurecimento por todos os entes que integram a federação.

Sem isso, fica evidente que tem prevalecido a ausência de debate científico e a não prevalência de critérios jurídicos nas reformas, que acabam se traduzindo apenas nos interesses políticos do momento, baseados, portanto, não na necessidade de evolução do Direito, mas sim na convergência de interesses cada vez mais evidenciados pela fragilidade do presidencialismo de coalização brasileiro, no qual todos os sujeitos políticos convergem apenas em querer amenizar as drásticas consequências causadas pela desordem nacional do Direito Administrativo, mas não em corrigir suas falhas.

Nesse cenário, enxergamos o país legislando apenas sobre as consequências dos problemas e ignorando as causas, as quais creditamos, em grande parte, à ausência de codificação do Direito Administrativo brasileiro, não por uma utopia de que a reunião metodizada e ordenada das leis administrativistas resolveria os problemas da Administração, mas por consideramos que esse é um fator imprescindível ao deslinde do progresso, do controle e da eficiência do serviço público prestado, tal como já evidenciado pela prática e consagrado pela doutrina.

Ao que também creditamos responsabilidade por essa ausência de debate, temos que já é evidente o movimento da União de trazer para si a responsabilidade de uniformizar a aplicação do Direito Administrativo em âmbito nacional. Ocorre que, diante da sistemática "esparramada" das leis administrativistas de caráter nacional, esse movimento não tem o mesmo condão da codificação em escoimar os inconvenientes causados pela legislação fracionária.

Para demonstrar esses movimentos em termos práticos, mencionamos as principais reformas com tramitação e chances de aprovação no âmbito do Congresso Nacional: **(a)** Proposta de Emenda à Constituição nº 32/2020 (*PEC da Reforma Administrativa*); **(b)** Proposta de Emenda à Constituição nº 188/2019 (*PEC do Pacto Federativo*). A primeira é de iniciativa do Poder Executivo, e a segunda, apesar de ter iniciativa parlamentar, foi apresentada no início deste ano de 2021 como uma das prioridades do Poder Executivo Federal (ESTADÃO, 2021).

Sem esmiuçar os textos – o que, por ora, não é nosso objetivo -,

consideramos que parte considerável do conteúdo dessas propostas traduz-se em evidentes retrocessos ao Direito Administrativo brasileiro, a exemplo da grave flexibilização das regras de ingresso no serviço público e sobre a estabilidade de servidores, matérias que já foram objeto de inúmeras críticas após o início da tramitação da proposta.

Parece-nos, aliás, que mais uma vez o legislador corre o risco de tropeçar pelo afã de copiar modelos estrangeiros não adaptáveis à realidade, à história e à evolução do Direito Administrativo brasileiro.

Na outra parte (que não essa de retrocessos evidentes), as reformas parecem repetir a fórmula que mencionamos anteriormente: busca-se apenas amenizar as consequências da desordem, e não as causas do problema, em manifesto atropelo ao viés científico e em contramão ao sentido evolutivo natural do Direito Administrativo (que descrevemos como elemento de pré-compreensão deste artigo).

Nesse viés mais sutil, por exemplo, ressaltamos no texto atual da PEC nº 32/2020 (Reforma Administrativa) a parte que visa a alterar o art. 39 da CRFB/1988 para prever que lei complementar federal disporá sobre **normas gerais** relacionadas a sete assuntos84 sobre servidores públicos, que a bem dizer, autorizarão a União a tratar de praticamente todos os assuntos referentes a esses agentes, sobretudo quando considerada a ausência de definição clara sobre o que é propriamente dita uma norma

84 a) gestão de pessoas; b) política remuneratória e de benefícios; c) ocupação de cargos de liderança e assessoramento; d) organização da força de trabalho no serviço público; e) progressão e promoção funcionais; f) desenvolvimento e capacitação de servidores; g) duração máxima da jornada para fins de acumulação de atividades remuneradas.

geral85.

Ainda conforme o texto, a matéria passaria a ter uma sistemática equivalente à prevista no art. 24 da CRFB/1988 (competência legislativa concorrente), no qual cabe à União editar normas gerais e aos demais entes suplementar a referida legislação. Vimos na prática que essa sistemática conduz aos mesmos problemas vivenciados pela total ausência de codificação: pluralidade de leis que tratam do mesmo assunto, incertezas, insegurança jurídica etc.

A título de complementação a esse exemplo, citamos a recém aprovada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), que, a despeito de ser matéria aprovada na alçada da competência legislativa privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII, da CRFB/1988), inovou com a previsão de uma obrigatória atuação dos membros da Advocacia Pública (inclusive de Estados e municípios) em defesa de agentes públicos (art. 1086), o que, apesar de concordarmos materialmente com o conteúdo da norma (a depender da situação e da análise do caso concreto), em nada ela tem relação com a definição de normas gerais sobre licitações e contratos.

Em outro exemplo, agora na PEC nº 188/2019 (Pacto Federativo), mencionamos a parte em que propõe alteração ao art. 71 da CRFB/1988,

85 A exemplo do caso da ACO nº 3350/RS acima citado. Outr

86 O dispositivo foi impugnado perante o STF por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

com o objetivo de inserir no rol de competências do Tribunal de Contas da União (TCU) a atribuição para consolidar e interpretar a legislação orçamentário-financeira, especialmente a Lei de Responsabilidade Fiscal, atribuindo-lhe efeito vinculante em relação aos Tribunais de Contas Estaduais (TCEs).

De fato, constantemente nos deparamos com decisões divergentes proferidas pelos diversos Tribunais de Contas Estaduais ou Municipais (nos municípios que os possuem), no que pese acreditemos que, em grande parte, essas divergências ocorrem em razão do **contexto legislativo peculiar do ente** ao qual pertencem, constantemente levados em consideração no momento da aplicação do Direito por esses tribunais, mesmo nos casos em que se trata de interpretação de leis nacionais, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Desse modo, entendemos que previsões como essa desconsideram as causas do problema, e no afã de tratarem apenas de suas consequências, tendem a agravá-lo ainda mais.

A mesma questão, mas neste caso já sacramentada, pode ser vista nas mais recentes alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), especificamente aquelas trazidas pela Lei nº 13.655/2018, que reconhece como orientação geral válida para a Administração Pública "as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, **e ainda as adotadas por prática**

administrativa reiterada e de amplo conhecimento público" (art. 24, parágrafo único), o que nos parece, além de obviamente a segurança jurídica - em seu aspecto positivo -, também um reconhecimento do legislador quanto à necessidade de amenizar **apenas as consequências** da desordem e do descontrole ocasionados pelo esparso arcabouço legislativo brasileiro.

Ante essas constatações, tecemos sensível crítica à pacificidade doutrinária quanto ao tema, que embora em sua maior parte defenda a preponderância das vantagens da codificação do Direito Administrativo brasileiro, tem demonstrado elevado conformismo com a atual situação.

A título de exemplo, Ricardo Alexandre e João de Deus (2018, p. 25), ao destacarem a preponderância das vantagens da codificação do Direito Administrativo no Brasil, denotam cristalina desambição ao mencionarem que essa "parece ser uma realidade distante, principalmente por se tratar de um ramo que comporta uma diversidade grande de temas, que na sua maioria são objeto de competência concorrente de todos os entes federados".

E como vimos, a influência da doutrina na formação e evolução do Direito Administrativo brasileiro foi - e continua sendo - muito grande, o que corrobora com o desconforto ao qual nos referimos, à vista da expressiva consternação causada pela ausência de posicionamentos doutrinários mais firmes.

Quanto a isso, aliás, pedimos licença para transcrever, *ipsis litteris*, os dizeres de Streck (2017, p. 210, grifo nosso) sobre o que entende ser

parte da causa da crise constitucional brasileira:

> Com isso se explica parte da crise constitucional brasileira, isto é, a pouca importância que se tem dado ao Direito constitucional e ao próprio texto constitucional, mormente se levarmos em conta o novo modelo de Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição de 1988, que seguiu os modelos de Constituições dirigentes do segundo pós-guerra. **Numa palavra: sob o manto de uma "baixa constitucionalidade", olvidou-se o constituir da Constituição; mas muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele.**

Portanto, não podemos permanecer calados ao ver a doutrina brasileira, o legislador e os sujeitos políticos que nos governam preferirem ou se sentirem confortáveis em jogar a sujeira sempre para debaixo do tapete, em vez de encará-la, ou, melhor dizendo, limpá-la em definitivo. Parafraseando esse ditado popular, não podemos permitir inertes o estancar ou o afundar do Direito Administrativo. É necessário enfrentar as dificuldades inerentes à complexidade de codificar esse ramo do Direito em um país como o nosso, já detentor de tantos problemas estruturais.

5. CONCLUSÃO

Como vimos, o Direito Administrativo brasileiro é disciplinado por uma vasta legislação esparsa, produzida pelos milhares de entes políticos que compõem o país (União, Estados e Municípios), e que não raramente atuam ou legislam em diametral contrariedade à Constituição Federal, na qual se concentra grande parte das bases normativas desse ramo do Direito

no país.

Apesar do sistema jurídico brasileiro não comportar os aspectos fundamentais do *commom law*, especialmente os que se referem à força obrigatória dos precedentes judiciais (princípio do *stare decisis*), acabamos por herdar do sistema jurídico anglo-americano a jurisdição una, exercida com exclusividade por um Poder Judiciário unificado nacionalmente e que tem sofrido – ou feito sofrer – com as enormes dificuldades em conseguir aplicar de maneira uniforme o Direito Administrativo no Brasil, sobretudo em um ordenamento no qual se tem a lei, em sentido formal, como principal e soberana fonte do direito.

Esse é, aliás, um dos grandes – senão o maior dos – paradoxos do Direito Administrativo brasileiro (Di Pietro, 2020).

Acreditamos que grande parte desse problema é causado pela ausência de um eixo normativo central mais límpido, escoimado tanto quanto possível de dúvidas e antinomias legislativas, sobretudo quando consideradas as peculiaridades do Brasil, país de tamanho continental, com graves problemas estruturais e detentor de uma democracia jovem e tardia.

Nesse contexto, defendemos que as normas, princípios e institutos do Direito Administrativo brasileiro já estão suficientemente condensados para se dar início ao processo de codificação.

Dentre os mais variados posicionamentos doutrinários, filiamo-nos à corrente de defesa da codificação do Direito Administrativo, defendida ainda de forma muito silente e conformista pela doutrina, o que criticamos

com muita intensidade.

Da forma como consta positivado hoje no Brasil, através de leis e regulamentos esparsos, há uma enorme dificuldade em se conseguir uma visão mais panorâmica do Direito Administrativo, o que prejudica demasiadamente a difusão do seu ensinamento jurídico, sobretudo nos aspectos práticos.

Apesar da inquestionável autonomia científica do Direito Administrativo, o fato é que sua dependência do texto constitucional tem-lhe impedido de ser guiado no caminho de sua evolução natural.

Diante da breve contextualização do cenário legislativo nacional atual, acreditamos ter demonstrado que o legislador brasileiro não tem dado a atenção necessária à higidez do texto constitucional, que vem sendo constantemente alterado não em prol da evolução do Direito Administrativo – sem que se precise mencionar, obviamente, do próprio Direito Constitucional -, mas sim para a mera satisfação de influências políticas evidenciadas pelo pragmatismo das negociações do presidencialismo de coalizão.

Diante de todo este contexto, fazemos coro aos seguintes dizeres de Streck (2017, p. 288) em Verdade e Consenso: “a doutrina sofre, vê, mas se nega a enxergar o busílis da questão”.

Por essas razões, consideramos a ausência de codificação do Direito Administrativo brasileiro um fator que o posiciona em etapa prematura em relação ao progresso jurídico que lhe é alcançável, porquanto apesar de sua inquestionável autonomia científica e do elevado grau de maturidade

dos seus institutos, normas e princípios, o fato é que a ausência de um eixo normativo central - distinto da Constituição - capaz de reunir, consolidar e uniformizar as principais normas administrativistas tem tornado estacionário esse ramo do Direito no Brasil, ou, em algumas vezes, até mesmo retrógrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2018. 978-85-309-8101-3.

BARROS JR, Carlos S. **A codificação do direito administrativo.** Revista de Direito Administrativo, 1949.

BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira.** 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16 de junho de 2021.

COSTA, Rodolfo. **CORREIO BRAZILIENSE**, Brasília, 09 de dezembro de 2019. Disponível em: https:// www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/12/09/ interna_politica,812743/bolsonaro-sancionara-daqui-a-alguns-dias-a-previdencia-dos-militar.shtml. Acesso em: 16 de junho de 2021.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 1976. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em 10 de junho de 2021.

DI PETRO, Maria Sylvia Zenella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. 2019. **Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 978-85-5321-748-9.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro**. **Revista Eletrônica de Direito do Estado.** Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em 10 de junho de 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro : Forense, 2020. 978-85-309-8972-9.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2021. 978-865-555-9492-8.

LIMA, Luiz Henrique. 2021. Coluna Fausto Macedo. **ESTADÃO**. São Paulo, 22 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-que-e-o-pacto-federativo/. Acesso em 16 de junho de 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. 2016. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. 978-85-392-1319-2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2009. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. 2013. **Por que o direito administrativo não tem código?**. **Jusbrasil.** São Paulo, 2013. Disponível em https://irenenohara.jusbrasil.com.br/artigos/121943591/por-que-o-direito-administrativo-nao-tem-codigo. Acesso em 16 de junho de 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. 2020. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Método, 2020. 978-85-309-8945-3.

STRECK, Lênio Luiz. 2017. **Verdade e consenso**. São Paulo : Saraiva, 2017.

WATANABE, Kazuo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Candido Rangel. **Participação e Processo.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. 852030090.

A ASCENDÊNCIA DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS PARA ATINGIMENTO DE EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Marcela Nogueira Lima[87]

Marcos Antônio Santiago Motta [88]

RESUMO: Apesar de previsto na legislação nacional há quase um século, ainda nos tempos hodiernos suscita-se dúvidas quanto à aplicação do Sistema de Registro de Preços – SRP, que frequentemente sofre severas críticas de órgãos de controle externo. As dúvidas vão desde hipóteses de cabimento até aspectos dos registros e das contratações dele decorrentes. Ainda que não se pretenda o esclarecimento de todos os pontos controvertidos constatados na aplicação do SRP, este artigo pretende analisar os principais benefícios do instituto para aperfeiçoamento das contratações públicas, lançando luz sobre aspectos ainda nebulosos de sua utilização a partir da interpretação mais adequada à incessante evolução e adaptação do direito conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já iniciando perfunctória abordagem sobre o tratamento do

[87] Advogada. Pós-graduada em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio.

[88] Procurador do Estado. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Minas.

tema na Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que, no prazo de 2 (dois) anos contados de 1º de abril de 2021, substituirá integralmente a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

PALAVRAS CHAVES: Sistema de Registro de Preços. Ata de Registro de Preços. Participação Extraordinária. Exaurimento.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as mais significativas inovações implementadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 3 de outubro de 1988, destaca-se a contemplação de princípios basilares aplicáveis à Administração Pública.

O texto original da Constituição Federal de 1988 cuidava de forma implícita[89] do princípio da eficiência, que mesmo então representava "*condição indispensável para a efetiva proteção do interesse público*" (MARINELA, 2018).

Tal noção já havia sido focada pela legislação infraconstitucional, que ao menos desde o ano de 1995, exige, por meio do § 1º do art. 6º da Lei Federal nº 8.987, de13 de fevereiro [de 1995], eficiência como condição para a classificação do serviço público como adequado.

[89]A exemplo do que estatui o art. 70, da Constituição Federal, de 1988, acerca do controle de despesas sob ângulo de economicidade, que expressa aspecto financeiro do princípio da eficiência. (MOREIRA NETO, 2014)

E precisamente por sua magnitude, em que pese não tenha a Constituição Federal, de 1988, originalmente se referido ao princípio da eficiência, houve por bem o constituinte reformador fazê-lo constar expressamente como pressuposto essencial à atividade administrativa, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que deu nova redação ao art. 37, **in verbis**:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (BRASIL, 1988)

O manifesto de incorporação, em constituição dirigente, de valores jurídicos e princípios voltados ao desenvolvimento da República com foco na atividade administrativa, representa ousada evolução do constitucionalismo pátrio, realçando o propósito fundamental de atuação do Estado, que deve visar a otimização dos recursos disponíveis, a fim de fazer mais com o mínimo, para além dos clássicos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, pois consubstancia em:

> [...] dever explícito de *boa administração* para a realização suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*, buscando impor no ambiente administrativo um *modelo gerencial* com maior ênfase nos resultados e na qualidade. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 44).

A tendência gerencial é traço distintivo do fenômeno de constitucionalização do Direito Administrativo, que desencadeia "*o reconhecimento da normatividade primária dos princípios constitucionais*", associado, entre outros, à "*relativização de formalidades desproporcionais, o que evidencia a substituição da Administração*

Pública burocrática e formalista por uma Administração Pública gerencial e de resultados". (OLIVEIRA, 2020)

Essa ideia se contrapõe ao modelo clássico de Administração Pública como aplicadora mecanicista da lei, que na acurada percepção de Almiro do Couto e Silva:

> […] é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao poder público. (SILVA **apud** BINENBOJM, 2006, p. 35)

Deveras, já o clássico modelo do direito administrativo idealizado no Conselho de Estado Francês permitia ao administrador público, diante do dever de atuação criativa em face de lacunas legais, muito mais que a rudimentar concepção administrativa mecanicista, porquanto a atividade interpretativa de normas, como:

> [...] já o dizia Kelsen, comporta sempre uma margem autônoma de criação, daí se poder afirmar que mesmo os ditos *regulamentos de execução* expressam também algum conteúdo volitivo da Administração Pública. (BINENBOJM, 2006)

É exatamente nesse contexto que se encaixa o estudo do Sistema de Registro de Preços - SRP, incutido no direito público nacional há quase um século.

A ideia rudimentar de um regime de indicação de preços pré-determinados para artigos de consumo habitual fora apresentada por meio do art. 52 do Decreto Federal nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, que

organizava o Código de Contabilidade da União, aprovado e regulamentado pelo Decreto Federal nº 15.783, de 8 de novembro de 1922.

Tratava-se de seleção através de processo administrativo assemelhado à modalidade licitatória de convite, realizado nas "*repartições subordinadas aos diversos Ministérios*" (BRASIL. Decreto Federal nº 15.783, de 1922, Anexo, art. 736), e que resultava em "inscrição" do proponente do preço mais barato, que ficaria vinculado ao fornecimento registrado, sob pena de exclusão "*do seu nome ou firma do registro ou inscrição*" (BRASIL. Decreto Federal nº 4.536, de 1922, art. 52).

Desde o Decreto-Lei 2.300, de 1986, o SRP tem sido preconizado como mecanismo prioritário para a realização de compras pela Administração Pública, essencialmente operacionalizado mediante processo licitatório, atribuindo-se ao Poder Executivo competência para regulamentação da matéria. (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.300, 1986, art. 14)

Na égide do Decreto-Lei 2.300, de 1986, mesmo que estimulado o processamento de compras mediante SRP (pelo uso da locução "*sempre que possível*"), a associação imediata do comando ao adjetivo "*conveniente*" abonava ao gestor folgada margem deliberativa:

> Art. 14. As compras, sempre que possível e conveniente, deverão:
> [...]
> II - ser processadas através de sistema de registro de preços;
> [...] (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.300, 1986, art. 14).

O abstrato dispositivo fora regulamentado pelo Decreto Federal nº 449, de 17 de fevereiro de 1992, que instituiu, além do Catálogo

Unificado de Materiais e Serviços da Administração, o Sistema Integrado de Registro de Preços - SIREP, "*destinado à orientação da Administração*", e o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF. (BRASIL, Decreto Federal nº 449, 1992, art. 3º)

Aqui, avultava a natureza referencial-consultiva do registro de preços, que serviria de "*parâmetro para análise das propostas e julgamento da compatibilidade das mesmas com os preços e custos de mercado*" (BRASIL, Decreto Federal nº 449, 1992, art. 5º). Ainda assim, inesgotada a matéria relativa à aplicação do Sistema, sua normatização fora relegada a ato administrativo de hierarquia inferior (BRASIL, Decreto Federal nº 449, 1992, art. 3º).

O regime jurídico aplicável a licitações e contratos administrativos fora assumido pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que revogou o Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, e do mesmo modo se aferra à importância do processamento de compras públicas no âmbito de SRP, embora acresça limitações em relação à norma antecedente, a exemplo da definição da modalidade de seleção e da estipulação de prazo de validade do registro, mas também reserve ao Poder Executivo competência para regulamentação da matéria. (BRASIL, Lei Federal nº 8.666, 1993, art. 15)

A supressão da conveniência como critério avaliativo de cabimento do SRP sinaliza o ânimo legislativo tendente à cogência na sua adoção:

> Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
> [...]

> II - ser processadas através de sistema de registro de preços; [...] (BRASIL, Lei Federal nº 8.666, 1993, art. 15)

Desse modo, em atenção aos preceitos constitucionais e legais, enquanto intérpretes do ordenamento jurídico despidos de concepções pessoais, releva atribuir ao SRP a exegese que melhor atenda aos objetivos contidos no ordenamento jurídico, notadamente à luz do princípio da eficiência administrativa, evitando-se inócuo sacrifício de valores constitucionais.

2 REGISTRO DE PREÇOS

O registro de preços em ata é procedimento por meio do qual se provém banco de dados que permite à Administração Pública contratação célere e simplificada de determinado objeto com preço disputado em processo licitatório.

Até a entrada em vigor da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, por força do inciso I do § 3º do art. 15 da Lei Federal nº 8.666/1993, restringia-se o registro de preços a licitações sucedidas na modalidade de concorrência, que é justamente a modalidade licitatória de mais complexo e rígido processo, aspecto que por muito tempo desestimulou a adoção do SRP.

O art. 11 da Lei Federal nº 10.520, de 2002, amplia a abrangência do inciso I do § 3º do art. 15 da Lei Federal nº 8.666/1993, ao dispor que:

> Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de

> registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico. (BRASIL, Lei Federal nº 10.520, 2002, art. 11)

É por isso que, só com a adequação do Decreto Federal nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, à Lei Federal nº 10.520, de 2002, por meio do Decreto Federal nº 4.342, de 23 de agosto de 2002, ganhou popularidade o SRP.

Essa difusão tardia se deve à considerável simplificação processual da licitação na modalidade pregão sobre as demais modalidades estabelecidas pela Lei Federal nº 8.666, de 1993.

A recém-editada Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que em 2 (dois) anos substituirá integralmente a Lei Federal nº 8.666, de 1993, dá novo tratamento ao SRP, conceituando-o[90] e classificando-o como procedimento auxiliar de licitações e contratações, **ipsis litteris**:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
> [...]
> XLV - sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras;
> [...]
> Art. 28. São modalidades de licitação:
> I - pregão;
> II - concorrência;
> III - concurso;
> IV - leilão;
> V - diálogo competitivo.

[90] Conteúdo até então mantido na esfera regulamentar, conforme art. 2º do Decreto Federal nº 7.892, de 2013, e § 2º do art. 1º do Decreto Estadual nº 5.967, de 2010.

> § 1º Além das modalidades referidas no caput deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 78 desta Lei.
> [...]
> Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:
> I - credenciamento;
> II - pré-qualificação;
> III - procedimento de manifestação de interesse;
> IV - sistema de registro de preços;
> V - registro cadastral.
> [...] (BRASIL, Lei Federal nº 14.133, 2021, arts. 6º, 28 e 78)

3 FINALIDADE

A abordagem da finalidade do SRP exige análise do dispositivo legal que lhe dá respaldo, substanciado no inciso II do **caput** do art. 15 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, que preconiza que as compras realizadas no âmbito da Administração Pública deverão, "***sempre que possível***", "*ser processadas através de sistema de registro de preços*".

Ao permitir o registro de preços de objeto licitado na modalidade de pregão, alcançou o legislador coerência com a essência do inciso II do **caput** do art. 15 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, mediante facilitação do acesso à ferramenta.

A implantação dessa modalidade para aquisição de bens e serviços comuns vai ao encontro do ideal do então recente preceito constitucional de eficiência, por meios que propiciam contenção de recursos e celeridade procedimental, tal como a inversão de fases.

O SRP se justifica pelos benefícios de transparência dos preços a serem aplicados para a Administração Pública, de não comprometimento

do orçamento público, de liberalidade para contratação do objeto do registro, de dispensa de formação de estoque de produtos, de afastamento da prática de fracionamento de despesas, de economia de recursos humanos e materiais empregados na movimentação da máquina estatal para condução de processos licitatórios e de celeridade.

As vantagens do SRP remetem diretamente ao retro nomeado princípio constitucional administrativo da eficiência, que se liga:

> [...] à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se à lentidão, a descaso, à negligência, à omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções. (MEDAUER, 2018)

Neste sentido, leciona Oliveira (2020) que:

> O objetivo do registro de preços é racionalizar as contratações e efetivar o princípio da economicidade. Em vez de promover nova licitação a cada aquisição de produtos e serviços, necessários para o dia a dia da máquina administrativa, a Administração realiza uma única licitação para registrar os preços e realizar, futura e discricionariamente, as contratações.

De fato:

> [...] com o registro de preços, basta uma única licitação. Os preços ficam à disposição da Administração, que realizará as contratações quando lhe forem convenientes. Esse sistema garante maior agilidade operacional e eficiência nas compras e serviços para os órgãos da Administração Pública, por intermédio de um modo mais rápido e eficaz, reduzindo custos e evitando a multiplicidade de licitações contínuas e seguidas que versem sobre objetos semelhantes e homogêneos. (MARINELA, 2018)

4 CABIMENTO

A Lei Federal nº 8.666, de 1993, estabelece diretrizes gerais para a utilização do SRP, como a precedência de ampla pesquisa de mercado e a divulgação periódica dos preços registrados, e franqueia à Administração Pública gerenciadora da ARP a prerrogativa de não contratar seu objeto, enquanto reserva a regulamentação a decreto que atenda às exigências de que a seleção ocorra na modalidade de concorrência, de que se estabeleça sistema de controle e atualização de preços registrados e de que a validade do registro não exceda a um ano. (BRASIL, Lei Federal nº 8.666, 1993, art. 15)

Conquanto tenha a Lei Federal nº 8.666, de 1993, literalmente indicado o SRP como prioritário para o processamento de compras, há muito se pacificou pela doutrina e jurisprudência a aplicabilidade do SRP para a contratação de serviços, em parte graças à Lei Federal nº 10.520, de 2002, conjugada com o inciso VII do **caput** do art. 24 da lei Federal nº 8.666, de 1993, que alude ao registro de preços de serviços.

No plano federal, o SRP tem atual regramento no Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que revogou o Decreto Federal nº 3.931, de 2001, e antevê sua utilização nos seguintes termos:

> Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:
> I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;
> II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

> III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou
> IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração. (BRASIL, Decreto Federal nº 7.892, 2013, art. 3º)

Como se nota, o regulamento federal vigente contempla a aplicação do SRP a contratações que tenham por objeto serviços (e não só bens -, assim como antes dispunha o Decreto Federal nº 3.931, de 2001.

O Tribunal de Contas da União – TCU já manifestou entendimento de que "*a Lei n. 8.666/1993 não faz vedação à utilização do SRP para a contratação de serviços, em que pese ser expressa quanto à obrigatoriedade para a aquisição de compras*". (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2007)

No plano estadual, o regulamento é realizado pelo Decreto nº 5.967, de 30 de dezembro de 2010, que também assente expressamente à formação de registro de preços para contratações tocantes a prestação de serviços, afora a aquisição de bens. (ACRE, Decreto nº 5.967, 2010, art. 1º)

A Lei Federal nº 14.133, de 2021, não só ratifica a possibilidade de utilização do SRP em licitação de serviços, mas dilata seu alcance ao incluir obras e serviços de engenharia como objetos passíveis de registro, **ipsis verbis**:

> Art. 6º [...]
> [...]
> XLV - sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a

> obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras;
> [...]
> Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:
> [...]
> II - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;
> [...]
> VII - o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;
> [...]
> § 5º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, observadas as seguintes condições:
> [...]
> VI - inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original.
> [...]
> § 6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.
> [...]
> Art. 85. A Administração poderá contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos:
> [...] (BRASIL, Lei Federal nº 14.133, 2021, arts. 6º, 82 e 85)

Até a vigência da Lei Federal nº 8.666, de 1993, a disciplina legal se circunscreve às exigências de modalidade de seleção, de controle e atualização de preços registrados e de validade no tempo - deixando espaço para normatização dos demais aspectos mediante decreto.

Ao contrário da antecessora, que, com baixo grau de densidade regulamentar, deixa a cargo de decreto a regulamentação do próprio SRP,

a Nova Lei de Licitações e Contratos agrega tantos dos aspectos então tratados pelo art. 9º do Decreto Federal nº 7.892, de 2013[91], ao fixar disposições mínimas de observância obrigatória em editais de licitação para registro de preços, **exempli gratia**:

> Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:
> I - as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida;
> II - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;
> III - a possibilidade de prever preços diferentes:
> a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;
> b) em razão da forma e do local de acondicionamento;
> c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;
> d) por outros motivos justificados no processo;
> IV - a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;
> V - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;
> VI - as condições para alteração de preços registrados;
> VII - o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;
> VIII - a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital;
> IX - as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências.
> § 1º O critério de julgamento de menor preço por grupo de itens somente poderá ser adotado quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for

[91] Correspondência estadual no art. 12 do Decreto nº 5.967, de 2010.

> evidenciada a sua vantagem técnica e econômica, e o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverá ser indicado no edital.
> § 2º Na hipótese de que trata o § 1º deste artigo, observados os parâmetros estabelecidos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 23 desta Lei, a contratação posterior de item específico constante de grupo de itens exigirá prévia pesquisa de mercado e demonstração de sua vantagem para o órgão ou entidade.
> § 3º É permitido registro de preços com indicação limitada a unidades de contratação, sem indicação do total a ser adquirido, apenas nas seguintes situações:
> I - quando for a primeira licitação para o objeto e o órgão ou entidade não tiver registro de demandas anteriores;
> II - no caso de alimento perecível;
> III - no caso em que o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens.
> § 4º Nas situações referidas no § 3º deste artigo, é obrigatória a indicação do valor máximo da despesa e é vedada a participação de outro órgão ou entidade na ata.
> § 5º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, observadas as seguintes condições:
> I - realização prévia de ampla pesquisa de mercado;
> II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;
> III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle;
> IV - atualização periódica dos preços registrados;
> V - definição do período de validade do registro de preços;
> VI - inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original.
> § 6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade. (BRASIL, Lei Federal nº 14.133, 2021, art. 82)

A própria Lei também estabelece previamente mecanismos de controle e atualização de preços registrados (BRASIL, Lei Federal nº 14.133, 2021, art. 82), aspectos até então carreados por regulamento.

No que diz respeito às modalidades de licitação compreendidas no SRP, ficam estabelecidas no dispositivo descritivo as de pregão e concorrência (BRASIL, Lei Federal nº 14.133, 2021, art. 6º).

Pertine, ainda, o disposto no § 6º do art. 82, segundo o qual:

> Art. 82. ...
> [...]
> § 6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade. (BRASIL, Lei Federal nº 14.133, 2021, arts. 82)

Assim como o inciso III do § 3º do art. 15 da Lei Federal nº 8.666, de 1993[92], estipula o art. 84 da Nova Lei prazo de validade para o registro, mas, ao contrário da primeira, que faculta o estabelecimento de prazo de validade até o limite de um ano (incluídas eventuais prorrogações), a última impõe vigência por (precisamente) um ano - e oportuniza prorrogação por igual período.

Outra absorção de assunto antes tratado por regulamento tem a ver com a apuração preliminar de interesse de outros órgãos e entidades no objeto de licitação projetada. O procedimento de intenção para registro de preços constante no art. 4º do Decreto Federal nº 7.892, de 2013[93], tem lugar no art. 86 da Lei Federal nº 14.133, de 2021.

Quanto ao mais, restam mantidas a recomendação de processamento prioritário de compras através de SRP, a condição de prévia e ampla pesquisa de mercado e a prerrogativa de desencargo de

[92] Diretriz ora reproduzida pelo art. 12 do regulamento federal e pelo art. 7º do regulamento estadual.
[93] Correspondência no § 3º do art. 1º do Decreto Estadual nº 5.967, de 2010.

efetivação da contratação do registro (BRASIL, Lei Federal nº 14.133, 2021).

Noutra vertente, em movimento contrário à regra encerrada no § 3º do art. 15 da Lei nº 8.666, de 1993, que expressamente confiava aos entes subnacionais competência para atendimento de peculiaridades regionais (mediante normatização local), silencia o inciso II do § 5º do art. 82 da Lei Federal nº 14.133, de 2021, quanto à abrangência (e competência) para edição do dito regulamento.

Aliás, constata-se que a Lei Federal nº 14.133, de 2021, suprimiu parte da autonomia dos entes federativos em relação à regulamentação seccionada do SRP, cabendo aprofundamento quanto à constitucionalidade dos dispositivos, ante a incerteza sobre sua classificação como regra geral de licitação e contrato ou como regime de organização administrativa interna (do ente federado União).

A averiguação é determinante para distinção sobre a operação de revogação ou de necessidade de adequação dos regulamentos locais, que precisamente pela finalidade de atendimento de peculiaridades regionais, podem destoar das disposições federais.

A título de exemplo, o § 1º do art. 11 do Decreto Estadual nº 5.967, de 2010 (com redação dada pelo Decreto nº 7.477, de 25 de abril de 2014), tem permitido a concessão de adesões a preços registrados em quantitativo superior ao estabelecido pelos §§ 4º e 5º do art. 86 da Lei Federal nº 14.133, de 2021 (nos termos do que já faz o §§ 3º e 4º do art. 22 do Decreto Federal nº 7.892, de 2013).

Outra particularidade estadual, posta pelo **caput** do art. 11 do Decreto Estadual nº 5.967, de 2010 (com redação dada pelo Decreto nº 7.477, de 25 de abril de 2014)[94], é a exigência de prévia contratação, por integrante da ARP, para fins de autorização à adesão, cuja aplicação pode ou não ser abolida, a depender da classificação geral ou específica da disciplina definida pela Lei Federal nº 14.133, de 2021.

Apesar disso, tendo em vista o comando contido no **caput** do art. 82 da Lei Federal nº 14.133, de 2021, sobre a observância a regras gerais da Lei, deve subsistir a capacidade organizacional dos demais entes – adequada à Lei.

5 PARTICIPAÇÃO EXTRAORDINÁRIA

Aspecto bastante criticado em relação à utilização do SRP diz respeito à adesão a preços registrados por órgão ou entidade não participante (carona) de processos licitatórios, considerada pelo Tribunal de Contas da União -TCU "*fraude ao dever de licitar na medida em que multiplica posteriormente a dimensão do objeto, prejudicando direitos dos potenciais licitantes*". (MAZZA, 2019)

A adesão (em âmbito federal) tem fulcro no CAPÍTULO IX do Decreto nº 7.892, de 2013, que autoriza que:

[94] Resquício do prontamente revogado (pelo Decreto Federal nº 8.250, de 23 de maio de 2014) § 5º do art. 22 do Decreto Federal nº 7.892, de 2013.

> [...] Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador. (BRASIL, Decreto Federal nº 7.892, 2013, art. 22)

A legalidade do mecanismo de adesão é questionada porque esta espécie de utilização do SRP, dada pelo decreto regulamentar, estaria "*ultrapassando os termos do disposto em lei; houve afronta, portanto, ao princípio da legalidade, ainda que tal norma venha sendo aceita e aplicada, sem impugnação, pelos órgãos de controle*". (DI PIETRO, 2020)

Por isso, convém resgatar o conceito dado a "decretos regulamentares" por Meirelles (2016), segundo o qual:

> [...] são atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei. Desta conceituação ressaltam os caracteres marcantes do regulamento: ato administrativo (e não legislativo); ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa.

O conceito é bastante adequado, em vista da abstração normativa da Lei Federal nº 8.666, de 1993, que não exige ou restringe além da modalidade, da validade do registro e do controle e atualização de preços registrados. Na falta de limites objetivos para a reserva delegada, não deve prosperar o argumento de que o poder regulamentar teria sido extrapolado.

Afinal, doutrina a própria Di Pietro (2020) que:

> Sob o ponto de vista jurídico, utiliza-se a teoria da formação do Direito por degraus, de Kelsen: considerando-se os vários

> graus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade; esta existe para tornar possível esse acréscimo.
> Se formos considerar a situação vigente no direito brasileiro, constataremos que, a partir da norma de grau superior – a Constituição –, outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada.

Segundo Mello (2009):

> Ditas normas são requeridas para que se disponha sobre o modo de agir dos órgãos administrativos, tanto no que concerne aos aspectos procedimentais de seu comportamento quanto no que se respeita aos critérios que devem obedecer em questões de fundo, como condição para cumprir os objetivos da lei.

Não se pode desconsiderar que:

> [...] ao editar regulamentos considerados tradicionalmente como "executivos", o administrador, com intensidades variadas, está criando o Direito. Se o regulamento executivo não tivesse nenhum caráter inovador, sua existência seria desnecessária, uma vez que a lei já poderia ser aplicada prontamente pelo Executivo. (OLIVEIRA, 2020)

E mais, "*Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas*" (MEIRELLES, 2016), e se presumem legais até que haja manifestação jurisdicional em sentido contrário, atributo derivado "*da supremacia do interesse público, razão pela qual sua existência independe de previsão legal específica*" (MAZZA, 2019).

Logo, a permissão para aderir a ARPs é mesmo conferida pela legislação, desconfigurando afronta à CRFB, de 1988, cujo inciso XXI do **caput** do art. 37 não se presta a vedar que a Administração Pública contratante estabeleça vínculo não precedido de processo licitatório próprio e específico - mas condiciona a contingência a autorização legislativa, no caso apresentada por ato normativo não excessivo, de força normativa equivalente à espécie normativa primária.

E depois, já que o objetivo da estipulação da regra licitatória visa a atender especialmente os princípios da impessoalidade (igualdade de condições entre interessados), da moralidade (interrelação entre os envolvidos no processo de licitação), da publicidade (transparência quanto às despesas pretendidas pelo Poder Público) e da eficiência (identificação de proposta mais vantajosa ao interesse público, disponibilidade mediante demanda, celeridade para aquisição), tem azo o conceito de "bloco de constitucionalidade", pois atendido o elemento constitucional conceitual, por adequação do ato normativo secundário:

> [...] não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo. (LENZA, 2021 **apud** MELLO)

Tal entendimento encontra amparo na doutrina. Oliveira (2020 **apud** FERNANDES), por exemplo, defende o não comprometimento de princípios constitucionais pela prática de adesão a preços registrados, inclusive, por outro ente federado, nos seguintes termos:

> [...] (i) princípio da economicidade: o carona, ao aderir à ata, contrata empresa que já apresentou proposta comprovadamente vantajosa, afastando os custos operacionais da realização de uma licitação específica; (ii) respeito ao princípio da isonomia: a licitação foi implementada, ainda que por outro Ente Federado, garantindo tratamento isonômico entre os interessados.

Isto porque:

> [...] não se pode perder de vista que a licitação possui caráter instrumental, pois dois de seus objetivos principais são garantir tratamento isonômico entre os interessados em contratar com a Administração e obter a proposta mais vantajosa. Na utilização da ata pelo carona, esses dois objetivos são alcançados. (OLIVEIRA, 2020)

Outrossim, o argumento de que a ampliação posterior da dimensão do objeto prejudicaria direito de potenciais licitantes cai por terra diante do fato de que a legislação e o edital que preveja a adesão fazem saber da perspectiva e limites de extensão de contratação e possíveis adesões a todos os potenciais participantes.

A propósito:

> O TCU tem admitido, com limitações, a utilização do carona no Sistema de Registro de Preços. A Corte de Contas, com razão, firmou o entendimento de que deve ser vedada a ‘adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos’, pois a Administração perde na economia de escala, na medida em que, ‘se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas’. Por essa razão, na formalização da licitação para o Registro de Preços, deve haver a definição dos ‘quantitativos mínimos e máximos das compras ou serviços

> a serem licitados, de modo a garantir estabilidade ao certame no que se refere à formação dos preços'. (OLIVEIRA, 2020)

Destarte, em havendo previsão editalícia compatível com a legislação, não há que se infirmar a legitimidade da utilidade da adesão no registro de preços.

Especificamente no Estado do Acre, a autorização à adesão é dada e reprisada ao longo do regulamento, **in verbis**:

> Art. 9º[...]
> [...]
> III - os órgãos participantes extraordinários do registro de preços deverão, quando da necessidade de contratação, recorrer ao gerenciador da Ata de Registro de Preços, para que este proceda à indicação do fornecedor ou prestador de serviços e respectivos preços a serem praticados.
> [...]
> Art. 11. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração Pública, que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do gerenciador que somente poderá autorizar adesão à ata após a primeira aquisição ou contratação por órgão integrante da ata, exceto quando, justificadamente, não houver previsão no edital para aquisição ou contratação pelo órgão gerenciador.
> [...]
> § 3º Os órgãos participantes extraordinários, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores ou prestadores de serviços, os respectivos quantitativos e preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.
> [...] (ACRE, Decreto nº 5.967, 2010, arts. 9º e 11)

A normatização local do SRP é creditada pela própria Lei Federal nº 8.666, de 1993, que aventa o atendimento de particularidades regionais

e, valendo-se das mesmas prerrogativas do Decreto Federal nº 7.892, de 2013, tem legitimada a previsão de extensibilidade do registro de preços a participantes extraordinários.

Em todo caso, a Lei Federal nº 14.133, de 2021, eleva ao texto de ato normativo primário a autorização para adesão em SRP:

> Art. 86. [...]
> [...]
> § 2º Se não participarem do procedimento previsto no caput deste artigo, os órgãos e entidades poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, observados os seguintes requisitos:
> [...] (BRASIL, Lei Federal nº 14.133, 2021, art. 86)

Ante o quê, deve cessar a inconsistente controvérsia.

6 EXTINÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

O Decreto Federal nº 7.892, de 2013, define Ata de Registro de Preços - ARP como:

> Art. 2º
> [...]
> II – ata de registro de preços - documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, em que se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;
> [...] (BRASIL, Decreto Federal nº 7.892, 2013, art. 2º)

Em norte paralelo, o Decreto Estadual nº 5.967, de 2010:

> Art. 1º

> [...]
> § 2º
> [...]
> II - ata de registro de preços - documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores ou prestadores de serviços, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;
> [...] (ACRE, Decreto nº 5.967, 2010, art. 1º)

A ARP é documento no qual, em seguimento à homologação da licitação, será registrado, além dos preços oferecidos pelo licitante mais bem classificado, o cadastro de reserva composto por licitantes que aceitem cotar o objeto por preços iguais ao do vencedor, com validade que deve levar em conta eventuais prorrogações e não pode superar 12 (doze) meses (BRASIL, Decreto Federal nº 7.892, 2013, arts. 11 e 12; ACRE, Decreto nº 5.967, 2010, arts. 13 e 7º).

Diante da definição de contrato dada pelo parágrafo único do art. 2º da Lei Federal nº 8.666, de 1993, que é "*todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*", seguro afirmar tratar-se a ARP de espécie contratual.

Neste sentido, para Cunha Júnior (2015, p. 516):

> Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo com supremacia e prerrogativas públicas, celebra com o particular para a realização dos objetivos de interesse público, nas condições fixadas pela própria Administração.

O contrato administrativo institui relação obrigacional integrada pelo Estado, e é justamente a supremacia do interesse público o fator a assegurar posição de superioridade da Administração Pública sobre o particular, notadamente por meio de cláusulas exorbitantes - que não obstam sua capacidade de contração de obrigações (CARVALHO FILHO, 2015, p. 175).

Verifica-se na ARP a presença de elementos de natureza intrinsecamente contratual, pois a despeito da fixação unilateral de cláusulas, só se aperfeiçoará "*se a outra parte der o seu consentimento*", eis que representa "*acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos*" (DI PETRO, 2020), porquanto, ainda que ausente a obrigatoriedade de efetivação do consumo (reflexo das prerrogativas do Estado), impele à Administração Pública outras responsabilidades e deveres em contraparte ao beneficiário do registro, tais quais o gerenciamento do registro, o direito de preferência do beneficiário do registro e a negociação do preço registrado que venha a superar o praticado no mercado.

Com efeito, Justen Filho (2016) conceitua registro de preços como "*Uma figura contratual peculiar*" que "*se sujeita a disciplina diferenciada*", e "*consiste num contrato normativo, produzido mediante licitação e que determina as condições quantitativas e qualitativas para contratações futuras de compras e serviços, realizadas por um único ou por uma pluralidade de órgãos administrativos*".[95]

[95] Importa perceber que não se está a referir ao SRP (que é conjunto de procedimentos

Neste ponto, vale, também, observar que "*a possibilidade de a Administração dar mera preferência de aquisição em igualdade de condições*" (desobrigada da efetivação da contratação (MEDEIROS, 2014) em tempo algum implica descaracterização da natureza contratual da ARP, pois tal particularidade simplesmente expressa cláusula exorbitante (distinta) adicional em relação a termos de contratos em sentido estrito.

Por meio da ARP, a Administração Pública:

> [...] não assume obrigação imediata para com o fornecedor; se ela o desejar, convoca o fornecedor para aquisição paulatina, celebrando tantos contratos quantos sejam necessários para atender a suas necessidades. Tal método, entre outras vantagens, dispensa a previsão exata do que vai ser consumido e facilita o controle de estoque e o de qualidade dos produtos. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 190)

A ARP é a matriz dos contratos destinados ao consumo do objeto registrado, pelo que devem ser assinados durante sua vigência (BRASIL, Decreto Federal nº 7.892, 2013, art. 12; ACRE, Decreto nº 5.967, 2010, art. 7º), e a distinção entre os instrumentos contratuais (matriz e derivado) é justamente, essencialmente, a particularidade de não vinculação à efetivação do consumo.

Com dada frequência, trava-se discussões relacionadas ao exaurimento do objeto de ARP, que então teria esgotado seu "saldo".

---

vinculado a um processo licitatório), mas à sua manifestação, representada por Ata de Registro de Preços. A ARP, sim, equivale ao dito contrato normativo entre gerenciador, participantes e vencedor.

O saldo da ARP representa a parte não executada do quantitativo nela registrado, e durante sua vigência deve se esgotar individualmente para cada órgão ou entidade, gerenciador, participantes e "caronas", por ocasião de contratação com recebimento do objeto, na forma do art. 73 da Lei Federal nº 8.666, de 1993 e também no art. 140 da Lei Federal nº 14.133, de 2021.

Dito isso, seu objeto se cumpre "*quando 'as partes conseguiram o que pactuaram e voltam, sem a menor dificuldade, às respectivas situações anteriores'*" (CARVALHO FILHO, 2015, **apud** GASPARINI)

Logo, salvo esgotamento de seu conteúdo ou desfazimento volitivo, não deve a ARP regular se extinguir antes de atingido o respectivo termo de vigência, visto que a extinção natural da espécie pressupõe o regular cumprimento das obrigações correlatas (CARVALHO FILHO, 2015, p. 218).

Por consequência, em situações de contratação (integral ou não) com vigência ajustada para intervalo inferior ao de validade da ARP que lhe deu origem, constatando-se a remanescência de saldo de termo de contrato (**stricto sensu**), reputa-se juridicamente possível sua devolução ao registro, contexto em que se viabiliza o consumo do resíduo no exercício financeiro vigente ou no seguinte - desde que vigente a ARP.

A transposição do saldo excedente mediante consenso[96] entre as partes é autorizada pelo princípio geral de direito da liberalidade das

[96] O procedimento de restituição do resíduo contratual à ARP pressupõe anuência do beneficiário do registro, que deve, além de declarar ciência da alteração dos termos da obrigação (que deixará de ser exigível devido à natureza da ARP), comprometer-se em

partes, supletivamente aplicável a contratos administrativos, conforme art. 54 da Lei Federal nº 8.666, de 1993[97].

A premissa garante às partes relativa flexibilidade para adequação dos termos contratuais. No caso, há respaldo, também, da prerrogativa insculpida no inciso I do **caput** do art. 58 da Lei Federal nº 8.666, de 1993[98] (ainda que a unilateralidade esteja prejudicada), para adequação à finalidade administrativa, valendo-se da característica de mutabilidade dos contratos administrativos consagrada pelo **caput** do art. 65 da Lei Federal nº 8.666, de 1993[99].

Calha ponderar, também, que a providência vai ao encontro do interesse público, tendo em vista que a falta administrativa pode vir a provocar lesão escusável ao erário a partir da responsabilização civil do Estado, em razão de que:

> Uma vez celebrado o contrato, as partes que firmaram o pacto têm o dever de cumprir fielmente as obrigações assumidas, em consonância com a legislação vigente e com as cláusulas previstas no acordo, sendo que cada uma das partes será responsabilizada por qualquer descumprimento contratual (CARVALHO, 2020, p. 587).

Assim, ao contrário do que explica Oliveira (2020), sobre "*A formalização da Ata, frise-se, não gera direito subjetivo à contratação, mas uma expectativa de direito ao signatário e o direito de preferência na hipótese de eventual contratação*", a contratação gera direitos para o

---

renunciar à judicialização do saldo convertido.

[97]Correspondência no art. 89 da Lei Federal nº 14.133, de 2021.

[98]Correspondência no inciso I do **caput** do art. 104 da Lei Federal nº 14.133, de 2021.

[99]Correspondência no art. 124 da Lei Federal nº 14.133, de 2021.

fornecedor/prestador, e seu desatendimento, por falha de planejamento, técnica ou qualquer outro motivo, pode resultar em condenação do erário à expensa de recursos financeiros por objeto sequer consumido – o que não só é irrazoável e contraproducente, mas inconstitucional, por ultraje ao dever de boa administração exigido do gestor da coisa pública.

Inclusive, tem-se orientado o Estado do Acre nessa linha:

> Com efeito, vejo que a falha formal do DEPASA ao assinar contrato com conteúdo idêntico ao da Ata de Registro de Preços, conquanto deva ser evitada em ocasiões futuras, não têm o condão de prejudicar o interesse público na continuidade de utilização da Ata de Registro Preços ainda vigente, desde que exista saldo remanescente.
>
> III. CONCLUSÃO
> 28. Ante as exposições apresentadas, entendo pela possibilidade de utilização do saldo remanescente das Atas de Registro de Preços, até o limite registrado e dentro do prazo de sua vigência, devendo o DEPASA realizar o levantamento do quantitativo remanescente, por meio de comparação entre o total registrado em ata e a quantidade dos objetos já adquirida. (ACRE, Procuradoria-Geral do Estado, 2019)

7 DESVIRTUAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Ainda em pertinência a circunstâncias extintivas de registros de preços, em mais de uma oportunidade manifestou-se o TCU sobre a impossibilidade de utilização, por participantes extraordinários, de ARP cujo objeto tenha sido integralmente contratado pelo gerenciador, porque teria se consumado extinção da ARP pela execução de seu objeto (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2010).

Como dito, em não verificados vícios de legalidade ou elemento volitivo manifestado pela autoridade competente, deve a ARP se extinguir pela expiração da vigência ajustada.

Aliás, a disposição de autorização à adesão reforça a convicção de que a extinção (natural) da ARP se opera apenas pelo transcurso do próprio prazo de vigência, já que "*a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer [...]*" (BRASIL, Decreto Federal nº 7.892, 2013, art. 22; ACRE, Decreto nº 5.967, 2010, art. 11).

Em outras palavras, enquanto a mera contratação integral do registro seja insuficiente para extinguir a ARP, a efetiva execução do contrato (com real consumo) detém o atributo de vincular apenas ao próprio contratante, que, querendo, poderá optar pela manutenção da ARP, não havendo que se vedar seu aproveitamento para a efeitos típicos atribuídos pela legislação como instrumento de eficiência administrativa - dentro do limite legal e editalício.

O atendimento das necessidades de gerenciador e participantes é finalidade imediata do SRP – sua finalidade precípua é o atendimento do interesse público por meio da otimização de contratações públicas em vantajosas condições obtidas por meio de licitação, no espírito da legislação regente, fluída do imperativo constitucional da eficiência.

Afinal, conforme ensina Justen Filho (2016):

> O registro de preços é produzido por uma licitação, cuja finalidade é selecionar não a melhor proposta para determinada contratação, mas as melhores condições para a realização de um certo número de contratos, durante um

> período máximo de doze meses. Admite-se o registro de preços tanto para compras como para serviços.

Se o edital e a ARP, em conformidade com a legislação, afinam a possibilidade de deferimento de tantas adesões a tanto do quantitativo registrado, inexiste esgotamento de objeto de ARP pela dedução de parte do registro combinado, seja por gerenciador, participantes ou aderentes.

No fim e ao cabo, a interpretação pela extinção da ARP por contratação integral do gerenciador colide com as próprias normas regulamentadoras (**stricto sensu**), que explicitamente indicam adequação e finalidade do SRP para conveniência a mais de um órgão ou entidade (BRASIL, Decreto Federal nº 7.892, 2013, art. 3º; ACRE, Decreto nº 5.967, 2010, art. 2º).

O grande fundamento para a vedação diz respeito à tese de taxatividade do Decreto Federal nº 7.892, de 2013, ilustrada nas seguintes razões:

> Representação formulada por Senador da República. Irregularidades cadastrais em empresa que venceu Pregão sob o sistema de registro de preços. Diligências e inspeção. Constatação de que as incorreções cadastrais estavam saneadas ao tempo da licitação, O QUE TORNAM IMPROCEDENTES OS ARGUMENTOS CONTIDOS NA REPRESENTAÇÃO. VERIFICAÇÃO DE OUTRAS IMPROPRIEDADES. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E CONTRATO FORMALIZADOS EM UM ÚNICO DOCUMENTO. CONTRATAÇÃO PELO VALOR TOTAL DO OBJETO LICITADO, COM INFRINGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 2º DO DECRETO 3.931/2001. Constatação de que a ata de registro de preços foi prorrogada por período superior a um ano, contrariando orientação CONTIDA no Acórdão 991/2009-Plenário. Conhecimento. Improcedência. DETERMINAÇÕES DE NATUREZA

> PREVENTIVA. Comunicação. Arquivamento. (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2010)
> Atenta contra os princípios da razoabilidade e da finalidade o ente público ('órgão gerenciador', nos termos do art. 1º, parágrafo único, III, do Decreto Federal nº 3.931/2001) valer-se do sistema de registro de preços para celebrar contrato com objeto absolutamente idêntico ao da ata que lhe deu origem, isto é, constituir uma ata de registro de preços para simplesmente firmar contrato pela totalidade do valor da ata. Não se pode aceitar aqui o argumento de que, nesse caso, a ata ainda teria utilidade para os 'caronas', uma vez que sua finalidade precípua – sua razão maior de ser – é o atendimento às necessidades do 'gerenciador' e dos eventuais 'participantes' (art. 2º, III, do Decreto Federal nº 3.931/2001). (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2017)

Entende o TCU que, se:

> [...] as contratações efetivadas ... abarcaram a integralidade dos objetos registrados nas atas que lhes deram origem ..., em termos práticos, significa dizer que tais atas não mais existem no mundo jurídico, encontrando-se, pois, tacitamente extintas. Não se pode olvidar que a ata se encerra ou com o término da sua vigência ou com a contratação da totalidade do objeto nela registrado". (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2012).

O contrassenso da tese emerge da interpretação lógico-sistemática entre o ato normativo primário que é a Lei Federal nº 8.666, de 1993, e o ato normativo secundário, Decreto Federal nº 7.892, de 2013, na medida em que a lei orienta o processamento de contratações mediante registro de preços e o regulamento expende discricionariedade para adoção do SRP – direcionando interpretação exemplificativa do rol.

Em contraponto, o posicionamento severo do TCU:

> [...] traduz uma concepção rígida do princípio da legalidade e corresponde à ideia de Administração somente executora

> da lei. Hoje não mais se pode conceber que a Administração tenha só esse encargo. Esse significado do princípio da legalidade não predomina na maioria das atividades administrativas, embora no exercício do poder vinculado possa haver decisões similares a atos concretizadores de hipóteses normativas abstratas. (MEDAUER, 2018, p. 118)

Oportuno assimilar que, pelo inciso IV do **caput** de seu art. 3º[100], o regulamento federal indica como hipótese atrativa para a adoção do SRP a impraticabilidade de definição prévia do quantitativo demandado pela Administração, que prescinde de concomitância com as hipóteses alternativas de frequente necessidade de contratações e de conveniência de parcelamento de entregas (BRASIL, Decreto Federal nº 8.666, 1993, art. 3º).

Em função disso, revela-se temerária a reputação de "desvirtuação" do SRP por incidência de contratação única e/ou integral do registro, que pode ter causa, **e.g.**, em insuficiência do total estimado para o atendimento da necessidade real, seja ou não superveniente, porque:

> A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos.
> Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário. Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade

[100]Correspondência no inciso IV do **caput** do art. 2º do Decreto Estadual nº 5.967, de 2010.

> constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade (CARVALHO FILHO, 2015, p. 51).

Por isso mesmo:

> A autoridade, ao exercer o poder discricionário, deve atender ao interesse público referente à competência que lhe foi conferida, e, por isso, a escolha que realiza é finalística. Evidente que há diversos interesses no contexto social, o que leva à ponderação comparativa de todos ante aquele atinente à sua competência. Por isso, um setor da doutrina menciona a relevância do conhecimento fiel e completo dos fatos relacionados à decisão a ser tomada e da consideração de todos os interesses envolvidos, atribuindo a cada um o peso justo. (MEDAUER, 2018, p. 106)

Consequentemente, as hipóteses relacionadas nos incisos em que se desdobra o **caput** do art. 3º do regulamento federal, ganham interpretação referencial de fomento, atribuindo à norma natureza que induz à ampliação da utilização do SRP, mesmo quando não caracterizada alguma das situações elencadas, isso por força do inciso II do **caput** do art. 15 da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

Outrossim, os atributos únicos do SRP muitas vezes ensejam sua eleição para processamento de contratações em hipóteses fáticas não positivadas. Por exemplo, um de seus maiores prós, para além do não comprometimento do orçamento do solicitante, é a perspectiva de preparar futura contratação (que pode ou não ser integral), em cumprimento ao dever administrativo de planejamento, para ocasião de disponibilidade orçamentária e/ou financeira ausente no curso do certame - situação que

não deve descaracterizar o SRP, já que só é assegurada por este instrumento. (PEREIRA JÚNIOR; RESTELATTO DOTTI, 2010)

A opção pelo processamento de licitações/contratações não correspondentes às exatas hipóteses apresentadas em regulamento mediante SRP deve ser ponderada à luz da impraticabilidade de se "*elaborar normas para todos os aspectos da vida social em que o Estado atua*" com a "*necessidade de adequar a disciplina de certas matérias às situações concretas que surgem*". (MEDAUER, 2018, p. 107)

Relevante observar, deste modo, que a admissão da utilização do SRP em casos outros que não os expressamente dispostos, confere efetividade à **mens legis** da Lei Federal nº 8.666, de 1993 (e da Lei Federal nº 14.133, de 2021), com progressividade de licitações e contratações efetivadas por meio de SRP, e é exigida pela função atribuída ao gestor:

> [...] de direção política e administrativa, aí incluído o poder regulamentar; tais funções não poderiam ser desempenhadas corretamente se tudo fosse predeterminado, de modo absoluto, pela lei; o Estado contemporâneo, muito complexo, com amplas funções, não pode atuar sem flexibilidade; torna-se fundamental deixar margem de maleabilidade à Administração em época de rápidas mudanças; grandes metrópoles, convivência de massa, problemas sociais, grandes tragédias exigem, por vezes, rapidez de atuação e certa margem de escolha; a discricionariedade atende, portanto, à necessidade institucional. (MEDAUER, 2018, p. 106/107)

O discurso do TCU sobre a taxatividade do rol de hipóteses processáveis por SRP em contraforte aos princípios da razoabilidade e da finalidade irradia ironia, já que são estes os que mais emprestam força à tese de não exaustão do rol hipóteses cabíveis de SRP, pois que para atender o interesse público e o fim específico para o qual o ato foi criado:

> [..] tanto os atos administrativos, como os atos jurisdicionais, ganham nova e plena justificação teleológica, pois ao concretizarem o Direito, dão-lhe vida, e, ao realizarem efetivamente a proteção e a promoção dos interesses, tal como prescritas na lei, realizam justiça (MOREIRA NETO, 2014).

Isso porque:

> Atualmente, já não se exige que o agente público atue apenas de acordo com a lei; espera-se mais do gestor público. Além de cumprir a lei, deve, também, agir com moralidade e, sobretudo, com eficiência, possibilitando a obtenção dos melhores resultados com a melhor relação custo-benefício. (SCATOLINO E TRINDADE, 2016)

A interpretação ampliativa do rol se coaduna com o axioma jurídico da razoabilidade, que, segundo Cunha Júnior (2015), se presta a:

> [...] aferir a legitimidade das *restrições* de direitos, o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, consubstancia, em essência: uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Aponta Oliveira (2020) que:

> [...] o princípio da razoabilidade vem sendo utilizado como forma de valoração pelo Judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, consubstanciando um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais.

Assim sendo, a obliteração prematura da ARP, prescindida de manifestação de vontade da autoridade competente (e devidamente justificada), é interpretação que provoca desaforo ao princípio da razoabilidade, periclitando caracterização não de decisões "*inconvenientes, e, sim, ilegais e ilegítimas, porque ofenderão a finalidade da lei, por ofenderem princípio constitucional*" (MARINELA, 2018), porque:

> Reconhecida a força coercitiva dos princípios que regem o ordenamento jurídico, considerando a importância enquanto mola propulsora para as demais regras do sistema, a inobservância a um princípio gera uma ofensa a todo o sistema de comandos, e não somente a um mandamento obrigatório específico. Essa desatenção é a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, porque representa uma agressão contra todo o sistema, uma violação dos valores fundamentais, gerando uma corrosão de sua estrutura mestra. (MERINELA, 2018 apud MELLO, 2009)

Aliás, a despeito do ponto de vista do TCU, de que:

> [...] a adesão prevista no art. 22 do Decreto 7.892/2013 deve ser considerada uma possibilidade anômala e excepcional, razão pela qual o órgão gerenciador do registro de preços deve justificar a eventual previsão editalícia de adesão à Ata por órgãos ou entidades não participantes ("caronas") dos procedimentos iniciais (Oliveira, 2020),

Com razão entende Oliveira (2020) que:

> A adoção do registro de preços depende de análise discricionária do Poder Público. Todavia, a legislação e a respectiva regulamentação afirmam que a sua adoção deve ocorrer "sempre que possível" (ou "preferencialmente"), razão pela qual a sua não utilização deve ser devidamente justificada (motivada) pela Administração.

Isto é, a acoplagem do SRP a licitações deve ser a regra (e não a exceção exigente de motivação extraordinária), em afinidade às questões de fundo retratadas pela Constituição Federal, de 1988, e pela legislação infraconstitucional correspondente, que indicam expressamente ânsia pela expansão do processamento de licitações (e contratações) mediante SRP.

No estado do Acre, a natureza exemplificativa do rol suscetível ao SRP tem reforço pelo emprego do advérbio "preferencialmente" (Decreto nº 5.967, 2010, art. 2º), em inequívoca tolerância de margem avaliativa de mérito.

Também, o ordenamento jurídico segue em constante aprimoramento, e o conceito de legalidade aplicável à Administração Pública já não é o mesmo de tempos atrás, em que se assentou "*um desvirtuamento denominado legalismo ou legalidade formal, pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo*" (MEDAUER, 2018, p. 117).

Tal fenômeno é vigorosamente reprimido como efeito da constitucionalização do Direito Administrativo, que:

> [...] não pressupõe apenas colocação do texto constitucional no topo da hierarquia do ordenamento jurídico. Trata-se, em

> verdade, de processo dinâmico-interpretativo de releitura (transformação) do ordenamento jurídico que passa a ser impregnado pelas normas constitucionais. Em consequência, a aplicação e a interpretação de todo o ordenamento jurídico devem passar necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição ("filtragem constitucional") (Oliveira, 2020).

Nesse enredo, a compreensão da legalidade administrativa se remodela para dar lugar à juridicidade administrativa, que emerge como legalidade assentada "*em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento*". (MEDAUER, 2018)

Ante o que:

> [...] a Administração poderá justificar cada uma de suas decisões por uma disposição legal; exige-se base legal no exercício dos seus poderes. Esta é a fórmula mais consentânea com a maior parte das atividades da Administração brasileira, prevalecendo de modo geral (MEDAUER, 2018, p. 118).

Invariavelmente, a prática futura deve se afastar da discussão relacionada à brandura do rol hipotético, já que a Lei Federal nº 14.133, de 2021:

> [...] não diz em quais situações se faculta ou se incentiva o SRP. A lei diz que o procedimento auxiliar pode ser utilizado para o fornecimento de bens e serviços, assim como alude às obras e aos serviços de engenharia que atendam aos requisitos dos incs. I e II do art. 85 [...] (FORTINI; OLIVEIRA; CAMARÃO, 2021)

Mas "*o legislador não detalha as hipóteses de seu cabimento*" (FORTINI; OLIVEIRA; CAMARÃO, 2021) – e descabe ao operador do direito fabricar dificuldades desamparadas de fundamento constitucional e legal.

O novel regime jurídico administrativo de licitações e contratações públicas aflui à corrente adepta à expansão do SRP, motivo pelo qual escusa a demonstração de rol atrativo.

8 CONCLUSÃO

Apesar de regulamentado há quase um século, só com a sucessão dos marcos fixados pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, e pela Lei Federal nº 10.520, de 2002, teve o Sistema de Registro de Preços - SRP relevância reconhecida e uso expandido.

Como consequência à injunção da eficiência como dever administrativo para "*melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado*" (ARAGÃO, 2013), projetando redução de despesas e ganho de tempo, e graças à simplificação de procedimentos e processos administrativos de licitação e contratação, enfim se transforma o SRP em mecanismo auxiliar de contratações públicas.

Inobstante os avanços do regime jurídico administrativo de licitações e contratações públicas, em especial sob a ótica da não tão recente constitucionalização do Direito Administrativo, vozes conservadoras vêm frustrando, até então, utilidades oferecidas pelo SRP

no processo de aperfeiçoamento público-gerencial, seja por infirmação de alcance, seja por imposição de regras inexistentes adversativas à sua exploração.

O objetivo do presente artigo é, não propor o SRP como solução para todos os entraves esbarrados na condução de processos de contratação pública, mas demonstrar que, se bem empregado, mostra sintonia com os ditames constitucionais e legais, muito além da visão míope de que se destina apenas aos órgãos ou entidades gerenciadores e participantes.

Comunga-se do entendimento de que o instituto é ferramenta capaz de trazer grande proveito à Administração Pública como um todo, inclusive à que não tenha participado das fases preliminares do processo licitatório, mas venha a descobrir, a partir da publicação de uma ARP, que pode poupar tempo e dinheiro público, por meio de contratação simplificada através de processo de adesão.

Nesse contexto vê-se que a legislação sobre o tema tem evoluído diante do reconhecimento da normatividade e da superioridade hierárquica da Constituição Federal de 1988, cujo caráter aberto de "*normas principiológicas evita o congelamento da atuação dos Poderes Constituídos*" e induz "*a superação da concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a consagração da vinculação direta à Constituição*" (OLIVEIRA, 2020), cabendo aos intérpretes, principalmente aos órgãos de controle, desapegar-se do equivocado, mas não sem motivo, preconceito donde se

pressupõe maculados por corrupção e oferecimento ou exigência de vantagens pessoais, todos os atos da Administração Pública.

Já nos dias atuais o SRP é, de fato, ferramenta que muito tem a oferecer para atingimento e estabilização de agilidade durante a movimentação da máquina administrativa para a prestação de serviço público de excelência, com exação do ditame máximo de eficiência em atendimento imediato dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, tudo com suporte na legitimidade de que se reveste a adequação regulamentar ao bloco de constitucionalidade nacional.

Assim, é de se esperar que com o advento da Lei Federal nº 14.133, de 2021, Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, possa-se progredir satisfatoriamente na descomplicação de processos públicos de aquisição de bens e contratação de serviços, evitando-se retrabalho por parte de órgãos e entidades que têm, não raras vezes, necessidades semelhantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACRE. **Decreto nº 5.967**. Rio Branco, AC: Casa Civil, 2010. Publicado no Diário Oficial do Estado do Acre nº 10.452, de 31 de dezembro de 2010.

ACRE. **Decreto nº 5.967**. Rio Branco, AC: Casa Civil, 2010. Publicado no Diário Oficial do Estado do Acre nº 10.452, de 10 de maio de 2019, p. 9.

ACRE . Procuradoria-Geral do Estado. **Parecer PGE/GAB nº 41, 2019**., de 31 de dezembro de 2010.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 29ª ed. - Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. p. 240.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2.ªed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 10ª ed. – Salvador: EDITORA *Jus*PODIVM, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300**. Brasília, DF: Planalto, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666**. Brasília, DF: Planalto, 1993. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.520**. Brasília, DF: Planalto, 2002.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133**. Brasília, DF: Planalto, 2021. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 449**. Brasília, DF: Planalto, 1992. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D0449.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20449%2C%20DE%2017%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201992.&text=Institui%20o%20Cat%C3%A1logo%20Unificado%20de,P%C3%BAblicas%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.931**. Brasília, DF: Planalto, 2001. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3931htm.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.892**. Brasília, DF: Planalto, 2013. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação nº 037.819.2011-9. Plenário. Relator Ministro José Jorge. Acórdão nº 113/2012. Julgamento em 25/01/2012. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/113%252F2012/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação nº 018.717/2007-3. Segunda Câmara. Relator Ministro Augusto Sherman. Acórdão nº 3.273/2010. Julgamento em 29/06/2010. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%25203273/COPIACOLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%

2520NUMACORDAOINT%2520desc/32/%2520. Acesso em: 29 jun. 2021.

CAMPOS, Ana Cláudia. **Direito Administrativo Facilitado**. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 7ª ed. – Salvador: EDITORA *Jus*PODIVM, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. – São Paulo: EDITORA ATLAS S.A., 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. – Salvador: EDITORA *Jus*PODIVM, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2020.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. **Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional (Coleção Esquematizado)**. 25ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDAUER, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDEIROS, Fábio Mauro de. **Registro de preços e sua natureza jurídica**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 14, n. 163, p. 15-26, jul. 2015.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2009

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **O manejo do registro de preço e o compromisso com a eficiência**. Revista do TCU, Brasília, n. 118, p. 65-76, mai./ago. 2010.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. – Salvador: EDITORA JusPODIVM, 2016.