# REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE

Volume 8, anual, 2013

# REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE

Volume 8, anual, 2013

# REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE


**PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**
Rodrigo Fernandes das Neves

**CONSELHO EDITORIAL**
Cristovam Pontes de Moura
Érico Mauricio Pires Barboza
Francisco Armando de Figueiredo Melo
Harlem Moreira de Sousa
Janete Melo d'Albuquerque Lima
Leandro Rodrigues Postigo Maia
Leonardo Silva Cesário Rosa
Luciano José Trindade
Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui
Mayko Figale Maia

**EQUIPE DO CEJUR**
Dulcilene Carvalho da Silva
Eliany Nazira da Rocha Mansour do Vale
Evaniza Nery Martins Rodrigues
Fabrícia Lopes Gerônimo de Araújo
Ivone Pereira dos Santos
Maria do Socorro Braga de Oliveira
Thayz Pontes de Sales



**EQUIPE DE PRODUÇÃO**
Revisão: Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui,
Fabrícia Lopes Gerônimo de Araújo e
Thayz Pontes de Sales
Capa: Beth Lins
Diagramação: Lindsay Gadelha do Amaral

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Acre. v. 8. Rio Branco: Centro de Estudos Jurídicos/PGE, 2013. Anual.
ISSN: 2316-6045

CDD – 340.05
CDU – 34(05)

**TIÃO VIANA**
Governador do Estado do Acre

**CÉSAR MESSIAS**
Vice-Governador do Estado do Acre

**RODRIGO FERNANDES DAS NEVES**
Procurador-Geral do Estado do Acre

**DAVID LAERTE VIEIRA**
Procurador Adjunto

**TITO COSTA DE OLIVEIRA**
Corregedor-Geral da PGE

**MARIZE ANNA MONTEIRO DE OLIVEIRA SINGUI**
Procuradora-Chefe do Centro de Estudos Jurídicos

**PROCURADORES DO ESTADO**

Alberto Tapeocy Nogueira
Caterine Vasconcelos de Castro
Claudiney Rocha Rezende
Cristovam Pontes de Moura
Daniela Marques Correia de Carvalho
David Laerte Vieira
Edson Américo Machini
Érico Maurício Pires Barboza
Gerson Ney Ribeiro Vilela Junior
Felix Almeida de Abreu
Francisca Rosileide de Oliveira Araújo
Francisco Armando de Figueirêdo Melo
Harlem Moreira de Sousa
Janete Melo D'Albuquerque Lima
João Paulo Aprígio de Figueiredo
João Paulo Setti Aguiar
José Rodrigues Teles
Leandro Rodrigues Postigo Maia
Leonardo Silva Cesário Rosa
Luciano José Trindade
Luís Rafael Marques de Lima
Luíz Rogério Amaral Colturato
Márcia Krause Romero
Marcia Regina de Sousa Perreira
Marcos Antônio Santiago Motta
Maria de Nazareth Mello de Araújo Lambert
Maria Eliza Schettini Campos Hidalgo Viana
Maria José Maia Nascimento Postigo
Maria Lídia Soares de Assis
Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui
Matheus Pavão de Oliveira
Mauro Ulisses Cardoso Modesto
Mayko Figale Maia
Paulo Cesar Barreto Pereira
Roberto Ferreira da Silva
Rodrigo Fernandes das Neves

Rosana Fernandes Magalhães
Sárvia Silvana Santos Lima
Saulo Lopes Marinho
Silvana do Socorro Melo Maués
Thiago Brasil de Matos
Thiago Guedes Alexandre
Tiago Cordeiro Nogueira
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
Francisco Elno Jucá
Ivan Fernandes da Cunha Filho
José Maria Torres de Albuquerque
Maria Ferreira Martins de Araújo
Maria Perpétuo Socorro de Souza Gomes
Maria Tereza Flor da Silva
Mario Izídio dos Santos
Marluce Costa de Oliveira
Maurinete de Oliveira Abomorad
Oriêta Santiago de Moura

**IN MEMORIAN**

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

## SUMÁRIO

Apresentação..... 09

Autonomia e Independência da Advocacia de Estado com Garantia do Estado Democrático de Direito.....12
**Cristovam Pontes de Moura**

A Representação do Estado em Assembleias Societárias das Entidades da Administração Indireta pelo Procurador de Estado - À Luz das Funções Constitucionalmente Outorgadas.....66
**Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui**

Da Ampliação da Atuação das Procuradorias de Estado nas Atividades de Consultoria e Assessoramento Jurídico do ente Federado no Estado Democrático de Direito.....111
**Caterine Vasconcelos de Castro**

A Hieraquia dos Tratados de Direitos Humanos à Luz da Constituição Brasileira e da Atual Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....150
**Thiago Guedes Alexandre**

O Protesto da Certidão de Dívida Ativa e sua Utilidade na Recuperação do Crédito Estatal.....190
**Luís Rafael Marques de Lima e Maria Lídia Soares de Assis.**

Crédito de ICMS na Aquisição de Insumos e o Estorno Proporcional ao Percentual da Perda ou Extravio.....218
**José Rodrigues Teles**

A Regulação do Setor Farmacêutico e de Compras Públicas e os Consequentes Desafios para a Promoção do Acesso da População aos Medicamentos.....241
**Francisca Rosileide de Oliveira Araújo**

A Prescrição Disciplinar Aplicável ao Abandono de Cargo e o Princípio da Legalidade.....281
**Caterine Vasconcelos de Castro**

Arbitragem na Administração Pública.....321
**Roberto Ferreira da Silva e Edson Américo Manchini**

Gerenciamento do Capital Intelectual das Organizações: Qual a Importância de Valorizar o Capital Humano.....372
**José Adriano da Silva Peixe**

Anexo I.....392

# APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos à comunidade a oitava **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre**, na forma eletrônica, em atendimento à política estabelecida no Planejamento Estratégico da instituição, baseada no desenvolvimento sustentável, na primazia da informação, da comunicação e do conhecimento, em uma gestão pública focada em resultados e orientada para o cidadão.

A Revista tem como objetivo disseminar o conhecimento científico por meio do compartilhamento dos estudos elaborados nas atividades de orientação, de controle interno e da juridicidade dos atos administrativos, bem como na defesa judicial do interesse público primário, que corresponde à realização dos superiores interesses de toda coletividade e dos valores fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, alicerce do Direito Público.

Seguindo a tradição da Revista de homenagear as artes plásticas, a capa é ilustrada com a obra da pintora Beth Lins, denominada **"Sororocas em verdes tons"**, uma celebração da flora amazônica, com destaque para a planta Helicônia, que produz inflorescência espetacular, com brácteas de coloração vermelho vivo e bordas de cor amarelo e verde.

A artista é natural de Pernambuco, porém vive há muitos anos no Acre, onde desenvolve o seu trabalho. Realizou dezenas de exposições, inclusive internacionais, na Major Art Gallery, de Minneapolis-EUA, e representando o Acre, na

cidade de Cusco-Peru, no evento *"Por la Integracion Cultural Acre Qosqo"*.

Imprescindível em uma Revista especializada o amálgama da pluralidade de opiniões e linha editorial contemporânea, coerente, instigante e reflexiva. O leitor perceberá que a qualidade técnica, o zelo e o comprometimento intelectual de seus autores, são pontos diferenciais que elevam a qualidade da publicação desta obra.

Nesse sentido, o leitor encontrará artigos de singular expressão e de ímpar qualidade, que abordam temas de diversas áreas do direito: tributário, administrativo e constitucional, além de assuntos relevantes e atuais sob perspectiva jurídico-filosófica aplicada na atuação dos membros da carreira de Procurador de Estado, como também na área de gestão de pessoas.

Os artigos científicos obedeceram às normas estabelecidas pela Comissão Editorial da Revista, Anexo I, bem como foram submetidos a rigoroso processo de seleção. A política editorial é caracterizada pela liberdade de escolha dos tópicos nos múltiplos temas que a compõe.

Registro de sinceros agradecimentos a todos que contribuíram com esta nova edição, em especial aos autores dos trabalhos publicados, à Comissão Editorial da Revista, às equipes do Centro de Estudos Jurídicos, da Informática e da Comunicação.

Sabe-se que é comum a efemeridade dos periódicos culturais no Brasil. Surgem em dado momento especial da história e logo após se extinguem. Dessa forma, votos para

que a nossa Revista  mantenha o ritmo constante e pontual de suas publicações. Vida longa à Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre!

Por derradeiro, de bom alvitre lembrar que ler é um hábito poderoso que propicia conhecer mundos e ideias. Segundo Cagliari: *"a leitura é a extensão da escola na vida das pessoas. É uma herança maior que o diploma"*.

Boa leitura!
*A Comissão Editorial.*

# 1

Cristovam Pontes de Moura

## Autonomia e Indepedência da Advocacia de Estado Constitucional no Brasil Como Garantia do Estado Democrático de Direito

# AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ADVOCACIA DE ESTADO CONSTITUCIONAL NO BRASIL COMO GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Cristovam Pontes de Moura[1]

**RESUMO:** O Estado Democrático de Direito tem como característica precípua a divisão de funções estatais, os chamados Poderes do Estado (legislativo, executivo e judiciário) e as Funções Essenciais à Justiça: Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública, as chamadas Procuraturas Constitucionais. Dentre elas, muito embora seja, historicamente, a matriz para as demais, a Advocacia Pública é a única a se encontrar despida de qualquer autonomia ou independência, o que é corroborado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reforça a subordinação das instituições respectivas ao Poder Executivo. Apesar disso, a interpretação sistemática da Constituição demonstra que as Funções Essenciais à Justiça foram situadas, na organização dos poderes do Estado, fora de qualquer dos poderes tradicionais, de modo que a autonomia e independência *da Advocacia*

1 Procurador do Estado do Acre, Presidente da Associação dos Procuradores do Estado do Acre (Biênios 2009/2011 e 2011/2013), Procurador-Chefe da Coordenadoria de Precatórios, Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Acre, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Acre, Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e Doutorando em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino.

Pública serve como garantia da existência do próprio Estado Democrático de Direito, que não pode permitir que as instituições responsáveis pela orientação jurídica e representação judicial do próprio Estado se sujeitem a vontades políticas divorciadas do Direito, sempre respeitado seu papel construtivo, de prevenção e auxílio aos gestores públicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia Pública; Advocacia de Estado; Autonomia; Independência; Estado Democrático de Direito.



## INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a analisar a autonomia e independência da Advocacia de Estado Constitucional brasileira como garantia do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, notadamente diante das características de respeito ao ordenamento jurídico, principalmente pelo Poder Público, e de divisão de poderes e funções estatais.

Inicialmente, será examinada a evolução do Estado, desde o absolutismo, passando pelos Estados liberal e social, até o atual Estado Democrático de Direito, seguindo-se, daí, o exame da organização dos poderes do Estado brasileiro, em que foi acolhida a teoria de tripartição de poderes, aprimorada com o estabelecimento de uma quarta modalidade funcional, na qual se encontram as Funções Essenciais à Justiça, dentre as quais a Advocacia de Estado.

Posteriormente, será relatado o histórico da Advocacia de Estado Constitucional brasileira até a sua formatação pela Constituição de 1988, com as atribuições e características decorrentes de sua previsão, notadamente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ao final, verificar-se-á o estado da questão referente à autonomia e independência da Advocacia Pública no Brasil.

Ao longo do trabalho, será utilizada tanto a expressão Advocacia de Estado quanto Advocacia Pública para designar as instituições cujos membros são responsáveis pela representação judicial do Poder Público e/ou consultoria jurídica da Administração Pública, dada a classificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[2], que entende a Advocacia Pública como gênero das Procuraturas Constitucionais, em que são compreendidas a Advocacia Pública stricto sensu ou Advocacia de Estado (Procuradorias Estatais), a Advocacia da Sociedade (Ministério Público) e a Advocacia dos Necessitados (Defensoria Pública).

Justifica-se o presente estudo dado o incipiente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, ignorando as premissas do Estado brasileiro, sem levar em consideração o fato de se constituir em um Estado Democrático de Direito, com todas as características elementares.

A pesquisa realizada tem objetivos explicativos, com abordagem qualitativa, utilizando-se raciocínio abdutivo, com a formulação de hipótese e sua comprovação, fazendo-se uso, para tal investigação, de pesquisa envolvendo técnica de documentação indireta, isto é, fontes bibliográficas, como

2 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. In: Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado, a. 1, n. 1, set./2001, Porto Alegre: Metrópole, p. 55.

publicações avulsas, boletins, livros, pesquisas, monografias, artigos, dentre outros.

## 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO BRASILEIRO

### 1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado, como nação politicamente organizada[3], constituído de povo, território e governo[4], se desenvolveu ao patamar de Estado de Direito para impor balizas à sua atividade, submetendo-se, assim, às leis por si mesmo criadas[5].

Cuida-se de evolução a partir do Estado Absolutista, Estado de Poder ou Estado de Polícia, no qual a pessoa do governante se confundia com a do próprio Estado,

3 LIMA, Euzebio de Queiroz. Teoria do Estado. Rio de Janeiro: A Casa do Livro, 1951, p. 5, apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40.

4 JELLINEK Georg. Teoría General del Estado, Mexico: Continental, 1956, apud ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; CASTRO, Caterine Vasconcelos de; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à Justiça. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, v. 3, Rio Branco, 2004, p. 213.

5 Luis Legaz y Lacambra (El Estado de Derecho en la actualidad, Madrid: Reuss, 1934, p. 12, apud BRANCO et alli, ob. cit., p. 40) trata a questão como paradoxal: "O Estado de Direito é um dos mistérios da ciência jurídico-política; é, na esfera da ciência do Direito e do Estado, o que na Teologia é o mistério do Deus e Homem verdadeiro, diz o Credo; legislador, e não obstante, submetido à lei, afirma a teoria política".

de modo que o poder era exercido de forma livre em relação aos indivíduos, sem qualquer limitação[6], repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais[7].

No Estado de Direito, tanto os governantes quanto os governados se sujeitam ao império da lei, num modelo que disciplina com regras jurídicas, na maior medida do possível, sua própria organização e atividade nas relações com os cidadãos e assegura, também através do Direito, a atuação em relação a si próprio, mediante institutos jurídicos adequados[8].

De acordo com Böckenförde, citado por Inocêncio Mártires Coelho[9], o Estado de Direito possui as seguintes características:

> a) está afastada, desde logo, qualquer idéia ou objetivo transpessoal do Estado, que não é criação de Deus, nem tampouco uma ordem divina, mas apenas uma comunidade (res publica) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos. As inclinações supra-sensíveis dos homens, a ética e a religião, sob essa ótica, estão fora do âmbito de competências do Estado de Direito;
> b) os objetivos e as tarefas do Estado limitam-se a garantir a liberdade e a segurança das pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos;

6 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 353.
7 VERGOTTINI, Giuseppe de. Diritto costituzionale comparato. Pádua: Cedam, 1981, p. 589, apud MORAIS, Alexandre de. Constituição do Brasil intepretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 131.
8 CARRAZZA, ob. cit., p. 353.
9 BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Madrid, Trotta, 2000, p. 20, apud BRANCO et alli, ob. cit., p. 42.

> c) a organização do Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica, a garantia da propriedade, a independência dos juízes, um governo responsável, o domínio da lei, a existência de representação popular e sua participação no Poder Legislativo.

Por óbvio, a submissão do Estado à ordem jurídica só é possível a partir da desconcentração do poder estatal, consagrada pela teoria da tripartição dos poderes, de Montesquieu[10], que serviu como base para a formatação do Estado Moderno.

De acordo com sua obra, havia a necessidade de se equilibrar o poder estatal, separando as funções de executar as resoluções públicas, de fazer as leis e de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos, a órgãos distintos dotados de autonomia, a fim de exercer parcela desse poder, realizando controle mútuo entre si.

Assim, a própria concepção do Estado de Direito engloba necessariamente a separação das funções estatais executiva, legislativa e judiciária.

Evidentemente, a teoria da tripartição dos poderes não versa sobre a divisão do poder estatal, cuidando apenas da separação de suas funções essenciais, pois o poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo, de modo que a ação do Poder Constituinte confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou

10 MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. [Apresentação de Renato Janine Ribeiro; tradução de Cristina Murachco]. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

atividades, ou ainda diferentes funções[11].

A partir daí, Inocêncio Coelho formula as exigências fundamentais para que o Estado viva sob o primado do Direito, as quais também são compartilhadas por José Afonso da Silva[12]:

a) império da lei, lei como expressão da vontade geral;

b) divisão de poderes: separando de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica para assegurar a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares;

c) legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e

d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico formal e efetiva realização material.

No mesmo sentido, Barroso[13] anota que Estado de Direito expressa a ideia da supremacia da lei – "governo de leis e não de homens", na formulação clássica –, estando subentendida: a) a submissão da Administração (e dos particulares, naturalmente) à ordem jurídica; e b) a interpretação e aplicação do direito por juízes independentes.

Destaque-se que a evolução do Estado não seguiu uma trajetória linear, havendo avanços e retrocessos que resultaram no estágio atual da atividade estatal[14], destacando-

11 CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade legislativa do poder executivo. São Paulo: RT, 2001, p. 31.

12 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112.

13 BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 243.

14 Norberto Bobbio defende que os direitos são conquistas históricas (A

se as etapas iniciadas com o Estado liberal, passando pelo Estado social, até se chegar ao Estado Democrático de Direito.

Conforme relata Manuel García-Pelayo[15], a formulação originária do Estado de Direito, em contraposição ao Estado Absolutista, era um conceito polêmico, pois qualificou a ideia da normatividade com legitimidade, isto é, não uma mera legalidade com qualquer conteúdo, mas aquela com teor não lesivo a valores garantidores da própria ordem jurídica.

Nessa medida, observa-se que no Estado liberal apenas os interesses da classe social detentora do poder econômico era atendido, transformando o Estado e o Direito em instrumentos de legitimação.

Como não poderia deixar de ser, tal modelo se esgotou, pois a liberdade direcionada para os interesses da classe burguesa gerou severas distorções, o que se verificou de forma evidente após a Revolução Industrial, culminando com a crise de 1929. A necessidade de melhores condições de vida, com a busca por direitos sociais, como saúde, trabalho e educação, redundou numa modificação do modelo estatal, colocando em risco o próprio Estado de Direito.

Nessa linha, Pablo Lucas Verdú[16] leciona que o Estado de Direito precisou se despojar de sua neutralidade, uma vez que não mais se poderia justificar como liberal, integrando a sociedade sem renunciar ao primado do Direito, deixando de ser formal, neutro e individualista, para se transformar em

---

era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5).

15GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza, 1977, p. 52.

16 VERDÚ, Pablo Lucas. La lucha por el Estado de Derecho. Bologna: Real Colegio de España, 1975, p. 132.

Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.

Com esse cenário, surge o Estado Social (welfare state), marcantemente intervencionista, pautado pelo princípio da igualdade material, com o propósito de superar o individualismo clássico com a afirmação dos direitos sociais[17].

Além das dificuldades práticas de concretização dos direitos sociais, o Estado Social, sob o pretexto de ser fomentador do desenvolvimento da nação e de se promover a felicidade dos cidadãos, não se preocupou, na maioria das vezes, com a participação popular em suas decisões, carecendo de legitimidade democrática para o exercício do poder político[18].

Esse é o ponto que deu azo, a partir do pós-guerra, à formulação do Estado Democrático de Direito, no qual todo o poder emana do povo, seja diretamente ou por meio de representantes eleitos, por meio de eleições livres e periódicas, garantido o sufrágio universal, o voto direito e secreto, assegurando-se o exercício dos direitos individuais e coletivos. O Estado Democrático de Direito aperfeiçoa, incorporando e superando, dialeticamente, os modelos liberal e social[19].

Nesse contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já a partir de seu preâmbulo, determina a instituição de um Estado Democrático, seguindo-se a redação do seu art. 1º, o qual dispõe que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: 1.

17 BRANCO et alli, ob. cit., p. 47.
18 SILVA, ob. cit., p. 115.
19 DÍAZ, Elias. Estado de derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus, 1983, p. 39.

a soberania; 2. a cidadania; 3. a dignidade da pessoa humana; 4. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e 5. o pluralismo político.

Ademais, o parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece categoricamente que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente", nos termos da Constituição, e o art. 2º consagra a separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário, independentes e harmônicos entre si.

Ao dispor sobre a organização dos poderes do Estado, o texto constitucional não se limita a tratar dos poderes estatais supracitados, elencando, ainda, as Funções Essenciais à Justiça: o Ministério Público (arts. 127 a 130), a Advocacia Pública (arts. 131 e 132), a Defensoria Pública e a Advocacia (art. 133 e 134).

No que diz respeito à legalidade da administração, vê-se que o art. 5º, caput e inciso II, preconiza o princípio da legalidade, e o art. 37, caput, dispõe, além do princípio da legalidade administrativa, os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência da Administração Pública.

Demais disso, os direitos e liberdades fundamentais, os direitos sociais, difusos e coletivos estão garantidos por todo o texto constitucional, de forma não exaustiva.

Portanto, a Constituição brasileira possui todos os elementos que podem caracterizar a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito.

## 1.2 ORGANIZAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO BRASILEIRO

Como visto no item anterior, a República Federativa do Brasil detém todos os atributos de um Estado Democrático de Direito, voltado a promover o bem de todos.

A fim de atingir esse objetivo, previsto no art. 3º, inciso IV, da Constituição de 1988, o Estado brasileiro se organizou de forma atenta à complexidade das relações na sociedade contemporânea, não se restringindo mais apenas aos três tradicionais poderes ou funções previstos na teoria de Montesquieu, notadamente em razão da necessidade de crescente especialização ante os reclamos cada vez maiores da presença do Estado na vida de seus cidadãos.

Ao lado daquelas funções estatais tradicionais, outras funções, de natureza fiscalizatórias, postulatórias e corretivas são fundamentais para que haja a inclusão social e a participação popular na tomada das decisões políticas, pressupostos necessários para que o Estado atenda sua finalidade de proporcionar o bem comum a todos[20].

Com esse pensamento, Diogo Figueiredo de Moreira Neto ensina que os órgãos são partes atuantes do Estado a quem compete manifestar a sua vontade por meio do desempenho de funções que, por sua vez, são atividades de aplicação do poder, sendo cada vez mais necessária a especialização do Poder Público, em um processo evolutivo[21].

Com esse propósito, a Constituição de 1988 preconizou, em seu Título IV, a Organização dos Poderes,

20 ARAÚJO et alli, ob. cit., p. 217.

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 50-51.

prevendo – ao lado dos Poderes Legislativo (Capítulo I – arts. 44 a 75), Executivo (Capítulo II – arts. 76 a 91) e Judiciário (Capítulo III – arts. 92 a 126) – as Funções Essenciais à Justiça (Capítulo IV – arts. 127 a 135), a saber, Ministério Público (Seção I – arts. 127 a 130-A), Advocacia Pública (Seção II – arts. 131 e 132), e Advocacia e Defensoria Pública (Seção III – arts. 133 a 135).

Tal disposição evidencia o intuito de pluralização do exercício do poder estatal, fazendo com que além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, parcela do poder estatal também seja exercida diretamente pelos órgãos/instituições responsáveis pelas funções estatais consideradas essenciais à Justiça.

Moreira Neto[22] defende que essa inovação representa salto significativo para a realização do valor justiça, entendida como síntese da licitude, da legitimidade e da legalidade, coroando séculos de evolução do Estado, desde a transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito, passando pela submissão do Estado à vontade da sociedade e, nessa fase decisiva, que ainda está por ser alcançada, ao se lograr a subordinação do Estado à moral: o princípio da licitude, ao assegurar o primado da moralidade na vida pública, é o aperfeiçoamento que falta para, sintetizado com os demais, realizar o Estado de Justiça.

Realmente, na nova formulação estatal do constituinte de 1988, as funções essenciais à Justiça deixam de ser meros apêndices dos Poderes Executivo e Judiciário e se consubstanciam em funções precípuas do Estado brasileiro, com a mesma estatura dos poderes constituídos.

22 Idem, p. 46.

Para Araújo, Castro e Trindade[23],

> Significa dizer que o termo "Justiça", conforme empregou a Constituição Federal, tem uma acepção ampla, que não se confunde com o objeto da atividade jurisdicional, a cargo do Poder Judiciário, mas sim tem o sentido de abarcar toda a atividade estatal e diz respeito diretamente aos fins do Estado Democrático de Direito.

De fato, tais instituições não se encontram subordinadas a qualquer dos tradicionais poderes estatais, exercendo com exclusividade suas atribuições constitucionais, que são consideradas como essência da própria justiça e, por isso, não podem ser suprimidas. Trata-se, pois, de instituições permanentes, as quais, embora não pertencentes à magistratura, realizam função especialmente protegida pelo texto constitucional de proteção da legalidade em sentido amplo.

Cuidam-se, na realidade, de uma quarta modalidade funcional[24], não um quarto Poder, mas um conjunto de instituições que buscam, cada uma ao seu modo, a proteção da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

São as chamadas Procuraturas Constitucionais, termo cunhado por Moreira Neto[25] para definir as instituições da Advocacia Pública lato sensu, em que são compreendidas

23 ARAÚJO et alli, ob. cit., p. 241.
24 CARDOSO, Cléia. O controle interno de legalidade pelos Procuradores do Estado. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 46, p. 117-123, 1993, p. 117.
25 MOREIRA NETO, ob. cit., 2001, p. 55.

a Advocacia Pública stricto sensu ou Advocacia de Estado (Procuradorias Estatais), a Advocacia da Sociedade (Ministério Público) e a Advocacia dos Necessitados (Defensoria Pública), as quais fazem parte de um "rico e poderoso sistema institucional de controle da juridicidade da ação do Estado".

Com efeito, ensina o célebre administrativista que os três tipos institucionais de procuratura criados pela Constituição exercem, cada uma delas, atribuições consultivas e postulatórias, voltadas a três conjuntos de interesses caracterizados.

O primeiro conjunto de interesses abrange, basicamente, dois importantes subconjuntos: os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, detalhados em relação aberta, porquanto pode ser acrescida de outras funções, desde que compatíveis com a finalidade institucional (art. 129, IX). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia da sociedade, e a procuratura que a tem a seu cargo é o Ministério Público, em seus vários ramos no âmbito federal, estadual e distrital.

Prossegue ensinando que o segundo conjunto de interesses são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a Advocacia de Estado (ou Advocacia Pública stricto sensu) e as procuraturas que a têm a seu cargo são a Advocacia Geral da União (órgão coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares).

Finalmente, o terceiro conjunto de interesses se divide em individuais, coletivos e até difusos, mas todos

qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defendê-los: são os interesses dos necessitados. Para esse grupo, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia dos necessitados e a procuratura que a tem a seu cargo é a Defensoria Pública federal, estadual ou distrital.

Contudo, muito embora se constituam num plexo de espécies do mesmo gênero, as Procuraturas Constitucionais receberam, até o momento, tratamento diferenciado pelos legisladores constituintes originário e derivado, que deferiram prerrogativas a uns e não a outros, causando o esvaziamento do intento de situá-las no mesmo plano dos demais poderes do Estado.

Na verdade, muito da distinção na concessão de prerrogativas entre Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública repousa no momento histórico em que foi promulgada a Constituição de 1988, após mais de 20 anos de repressão autoritária. Àquele tempo, havia uma preocupação em se garantir os direitos dos cidadãos, bem como dotar de instrumentos o Ministério Público, que, nos anos de chumbo, foi sufocado pelo aparato da ditadura militar, acabando por funcionar como um de seus braços[26]. Some-se a isso, a incipiência da sociedade civil, fragmentada e confinada durante essa época sombria[27].

Além disso, no âmbito federal e em muitos Estados-membros, o parquet era assolado por atribuições ambíguas. De um lado, cabia-lhe defender os interesses da sociedade, nas

26 VENTURI, Elton. O Ministério Público em busca de sua personalidade: a problemática harmonização entre a independência funcional e a unidade. In: Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://ufpr.academia.edu/eltonventuri/Papers/175375>. Acesso em: 15 out. 2011.

27 FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania, In: MILARÉ, Edis (Coord.). Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 1995, p. 64.

esferas cível e penal, enquanto de outro, detinha a atribuição de representar o Estado em juízo.

Inclusive, alguns dos debates na Assembleia Geral Constituinte que culminaram na previsão das funções essenciais à Justiça passam a impressão de que, naquele contexto, a previsão das instituições da Advocacia Pública se deu justamente para dar mais autonomia ao Ministério Público[28].

Pois bem. O legislador constituinte originário, impregnado por esse ambiente, dotou o Ministério Público de autonomia funcional, administrativa e orçamentária, além da iniciativa de lei sobre a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, e a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, política remuneratória e planos de carreira. Além disso, foi atribuída a seus membros independência funcional.

No que diz respeito à direção da instituição, previu que seu chefe seria nomeado pelo Chefe do Poder Executivo dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos. No âmbito federal, a escolha é direta pelo Presidente da República, respeitado o limite mínimo de idade de trinta e cinco anos e a após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, permitida a recondução. Já na esfera dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, a escolha se dá após a formação lista tríplice, sem a necessidade de avaliação prévia pelo Poder Legislativo, permitida apenas uma recondução.

28 QUEIROZ, Ari Ferreira de. Autonomia da Advocacia Pública. In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, n. 24, 2009, p. 368.

Outrossim, previu-se que a destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal, enquanto os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

Ademais, foram concedidas as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; c) irredutibilidade de subsídio.

Em contrapartida, os membros do Ministério Público estão sujeitos às seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária; f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; g) exercer a advocacia no juízo ou tribunal perante o qual atuava, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

No que concerne à Defensoria Pública, trata-se de instituição que, na redação originária da Constituição de 1988, teve previsto explicitamente seu caráter essencial à função jurisdicional do Estado, com a garantia da previsão

de lei complementar nacional de organização prescrevendo normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos.

Não bastasse isso, seus integrantes foram dotados da garantia da inamovibilidade e, por outro lado, tiveram vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Aperfeiçoando ainda mais a Defensoria Pública, foram concedidas, na esfera estadual, autonomias funcional, administrativa e orçamentária com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que tratava da Reforma do Judiciário, cuja experiência positiva permitiu que fosse estendida à Defensoria Pública da União pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013.

Quanto à chefia da Defensoria Pública, a Lei Complementar nº 80, de 1994, prevê, em seus arts. 6º, 54 e 99, com redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009, a nomeação na esfera da União, Distrito Federal e Estados, ocorre por escolha do Chefe do Poder Executivo[29], dentre membros estáveis da carreira e maiores de 35 anos, após formação de lista tríplice pelo voto direto, secreto, plurinominal e obrigatório de seus membros, para mandato de dois anos, permitida uma recondução. Na esfera da União, o nome do escolhido deve ser aprovado pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, que deve ser renovada quando de eventual recondução.

Por derradeiro, a Advocacia Pública teve tratamento diferenciado entre seus diferentes órgãos: a Advocacia-Geral da União e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal[30].

29 No Distrito Federal a nomeação é realizada pelo Presidente da República.
30 A Constituição brasileira não prevê as Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, mas apenas seus membros.

A Advocacia-Geral da União teve prevista a escolha de seu chefe por livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Ou seja, a Constituição não exige que a escolha se dê entre membros da carreira, tampouco lhe confere algum grau de estabilidade na função ou lhe impõe mandato determinado.

Quanto aos membros da carreira, previu-se apenas que seu ingresso nas classes iniciais na instituição deve ocorrer mediante concurso público de provas e títulos. A participação da Ordem dos Advogados do Brasil consta apenas no § 4º do art. 21 da Lei Complementar nº 73, de 1993, que, no capítulo referente aos direitos, deveres e proibições, remete a previsão dos direitos ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112, de 1990), e, dentre outras vedações, proíbe no art. 28, inciso I, o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Já no tocante aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, a redação originária da Constituição estabeleceu que devem ser organizados em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos.

A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, alterou a forma de provimento do cargo, exigindo a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, bem como assegurou a estabilidade dos Procuradores após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Outro ponto que causava espécie foi modificado. A Seção II do Título IV, muito embora englobasse a Advocacia-Geral da União e os Procuradores dos Estados e do Distrito

Federal era denominada “Da Advocacia-Geral da União”, sendo corrigido seu nome pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, para “Da Advocacia Pública”.

Inexiste previsão de lei complementar de âmbito nacional definindo normas gerais sobre a carreira, que tem tratamento diverso em cada unidade federativa.

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 41, de 2003, que versava sobre a Reforma da Previdência, previu idêntico parâmetro remuneratório para as funções essenciais à Justiça, dispondo, na nova redação do art. 37, inciso XI, da Constituição, que a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

## 2 ADVOCACIA DE ESTADO CONSTITUCIONAL NO BRASIL
### 2.1 HISTÓRICO

Desde sua criação no Brasil, a Advocacia de Estado integra o sistema da Justiça, existindo indissociável relação entre a função jurisdicional e a atribuição de representação judicial do Estado e de consultoria jurídica da Administração Pública[31].

Tanto é verdade que, desde a Casa de Suplicação de Portugal, passando pela Governadoria-Geral e Relações do Brasil, até chegar à Casa de Suplicação do Brasil, o Procurador Estatal integrava tais tribunais como seu membro, recebendo por vezes o título de Desembargador ou Ministro, conforme o caso[32]. Ademais, em algumas ocasiões, os membros da Advocacia de Estado exerceram funções jurisdicionais, quando não houvesse impedimento em razão do interesse da Coroa[33].

É evidente que na colônia e no Império brasileiro inexistia separação de poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, conceito que veio a ser adotado no país apenas com a proclamação da República. Contudo, não restam dúvidas de que a atividade da Advocacia de Estado sempre foi

31 PORTUGAL. Ordenações Afonsinas (fac-simile). Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas>. Acesso em: 26 abr. 2011.

32 PARANHOS, Paulo. A Casa da Suplicação do Brasil. In: Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores em História e Genealogia, a. 4, n. 4, 1997, p. 8.

33 BRASIL. Novissima Reforma Judiciaria e seus respectivo regulamento: annotados com cerca de cem avisos. Brasília: Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http:/bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 28 mai. 2011.

compreendida como essencial à função jurisdicional do Poder Público, quando não com ela confundida.

Nessa senda, de todas as Procuraturas Constitucionais, a Advocacia de Estado foi a primeira a ter definidos seus caracteres essenciais, mantendo institucionalmente suas atribuições precípuas durante todo o período colonial e imperial brasileiro.

Realmente, desde as Ordenações Afonsinas, Manuelinas[34] e Filipinas[35], o Procurador dos Nossos Feitos – cargo posteriormente dividido em Procurador dos Feitos da Coroa e Procurador dos Feitos da Fazenda era o responsável pela representação da Coroa em juízo, que previram sua competência como guardião da jurisdição do Reino, diante de eventual usurpação pela Igreja.

Ao ser constituída a Relação do Estado do Brasil[36], o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda voltou a ser a única figura da Advocacia de Estado, exercendo a integralidade das atribuições de representação judicial do Poder Público. Tais funções foram conservadas quando da instituição da Relação do Rio de Janeiro[37] e da Casa da Suplicação do Brasil[38],

34 PORTUGAL. Ordenações Manuelinas on-line. Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas>. Acesso em: 26 abr. 2011.

35 PORTUGAL. Ordenações Filipinas on-line. Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 26 abr. 2011.

36 MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). Uma introdução ao estudo da Justiça. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 68.

37 WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Renovar: Rio de Janeiro, 2004, p. 121.

38 BRASIL. Leis Históricas: Alvará de 10 de maio de 1808. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/alvar1005.htm>. Acesso em: 8 mai. 2011.

ressaltando-se que, no período, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda também atuava na consultoria jurídica da Administração Pública, tanto que compunha as Juntas da Real Fazenda, a fim de dar segurança jurídica às suas decisões[39]. Nesse eito, com o objetivo de fortalecer a consultoria jurídica na área fiscal, criou-se, em 1821, o cargo de Procurador Fiscal do Real Erário.

Com o advento do Império, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda se tornou Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional[40], com as mesmas funções, e a Advocacia de Estado passou a contar com o cargo de Procurador da Fazenda Nacional[41], específico para a cobrança da ação executiva contra os devedores da Fazenda Nacional, e Procurador da Fazenda nos Juízos de Primeira Instância, atuando somente nas causas que tramitavam na Corte, sendo que nas capitais das Províncias o encargo seria dos Procuradores Fiscais das Tesourarias, e seus Ajudantes[42].

Tal rota no período colonial e imperial autoriza a conclusão de que a Advocacia de Estado manteve, desde a gênese, seus principais elementos, sendo a primeira das Procuraturas Constitucionais a estabelecer claramente as suas atribuições elementares – representação judicial do Estado

39 LUGON, Luiz Carlos de Castro. Ética da Administração Pública em juízo. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nov. 2006, p. 201.

40 BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 8 mai. 2011.

41 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A advocacia pública e a crise no Estado-Nação. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, n. 2, 31 ago. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5467>. Acesso em: 8 jun. 2011.

42 BRASIL. Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=82489&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 8 mai. 2011

e consultoria jurídica da Administração Pública –, as quais foram conservadas durante o período colonial e imperial.

Além de tudo isso, verifica-se que as demais Procuraturas Constitucionais – essas, sim – foram forjadas a partir da matriz da Advocacia de Estado.

Realmente, as funções precípuas do Ministério Público – acusação criminal e fiscalização do interesse público em processos judiciais – e da Defensoria Pública – defesa dos hipossuficientes – foram desempenhadas inicialmente pela Advocacia de Estado, sendo, ulteriormente, entregues a essas instituições.

Isso refuta, inclusive, a ideia dominante de que a Advocacia de Estado no Brasil teria raiz no Ministério Público, ou que teriam origem comum[43], baseada em estudos não aprofundados no que diz com a História do Direito brasileiro, que partem de bibliografia distorcida ao longo dos anos e, noutros casos, ao introduzir estudos sobre a Advocacia de Estado, se limitam a examinar tal instituição apenas a partir da Constituição de 1988 ou, nas hipóteses em que há maior elasticidade temporal, da Carta Republicana de 1891.

Na verdade, ocorre o inverso. A Advocacia de Estado, como a primeira dentre as atuais Procuraturas Constitucionais a ter contornos definidos no Estado brasileiro, foi a matriz para o nascimento do Ministério Público e da Defensoria Pública, formando as Procuraturas Constitucionais como são conhecidas atualmente, consequência da natural especialização da burocracia estatal, a fim de torná-la mais eficiente.

43 OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública: algumas reflexões. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14039-14040-1-PB.htm>. Acesso em 12 mai. 2011.

A partir da proclamação da República, com as Constituições que se seguiram, as funções da Advocacia Pública e do Ministério Público foram novamente unificadas no âmbito da União, bem como em várias das unidades federativas, o que persistiu até a Constituição de 1988[44], que criou a Advocacia-Geral da União e previu a obrigatoriedade da carreira de Procurador dos Estados e do Distrito Federal.

## 2.2 FORMATAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como visto no capítulo anterior, a Constituição de 1988 trouxe um déficit de prerrogativas à Advocacia Pública, cuja superação demanda a atividade hermenêutica para correção judicial, bem como movimentos para correção legislativa de tal defasagem.

Na forma exposta pelo atual texto constitucional, a Advocacia Pública engloba a Advocacia-Geral da União e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, dando-lhes tratamento bastante parecido, apesar de algumas peculiaridades resultantes do próprio texto constitucional ou da interpretação que lhe dá a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com o art. 131 da Constituição, a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente

44 COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Cláudio Penedo. A autonomia funcional da Advocacia Pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do Direito no Estado Constitucional Brasileiro, In: MADUREIRA, Cláudio Penedo (Coord.). Temas de Direito Público: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do Direito, Revista da APES, v. 2, Salvador: Juspodium, 2009, p. 110.

ou por meio de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, bem como realiza as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, cabendo a representação judicial, no que tange à execução da dívida ativa de natureza tributária, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Já aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, previstos no art. 132, incumbiu-se a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Veja-se que, inicialmente, ambos os órgãos exercem a representação judicial do respectivo ente público e a consultoria jurídica da Administração Pública. A diferença reside no fato de que a Advocacia-Geral da União pode fazê-las por órgão vinculado, inclusive a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional quanto à execução da dívida ativa de natureza tributária.

Ademais, há expressa previsão constitucional de que a Advocacia-Geral da União também exerce a representação extrajudicial da União. Em contrapartida, a consultoria jurídica atribuída aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal não se restringe ao Poder Executivo, como ocorre com sua congênere federal, espraiando-se por todos os poderes e funções das respectivas unidades federadas.

No entanto, essa última questão, referente à consultoria jurídica dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal é compreendida de modo diverso pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual entende que tais agentes públicos apenas detêm a exclusividade dessa atribuição no âmbito do Poder Executivo, sendo lícita a manutenção de assessoria própria na esfera dos outros poderes:

> […] 2. A estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo distrital está, inegavelmente, na esfera de competência privativa da Câmara Legislativa do DF. Inconsistência da alegação de vício formal por usurpação de iniciativa do Governador. 3. A Procuradoria Geral do Distrito Federal é a responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público Distrito Federal. 4. Não obstante, a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos. Precedentes: ADI 175, DJ 08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93. Ação direita de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente[45].

A decisão citada também exprime o entendimento de que a representação judicial do ente público pelos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal se dá em nome de todos os poderes/funções do Estado. Aliás, nem mesmo a ressalva externada nesse julgado se aplica nos dias atuais, visto que a Suprema Corte tem se posicionado radicalmente pela exclusividade da representação judicial pelos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal mesmo nos casos em que o poder/função comparecer em juízo em nome próprio, ressalvando apenas a hipótese de recusa por parte do órgão da Advocacia Pública Estadual.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.557, Relator: Ministra Ellen Gracie, Brasília, 31 de março de 2004. Diário da Justiça da União. Brasília, 18 jun. 2006, p. 43.

A esse respeito, cite-se decisão do Supremo em caso no qual o Tribunal Regional Federal da 3ª Região teve defesa efetuada por meio de advogado constituído por seu presidente:

> Preliminarmente, o Tribunal afirmou a ilegitimidade da representação judicial do advogado constituído pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deveria ser feita pela Advocacia Geral da União, desconsiderando a sustentação oral realizada, vencidos os Senhores Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto, que permitiam a sustentação oral do advogado do reclamante e posteriormente a do advogado constituído pelo Presidente do TRF da 3ª Região[46].

Aplicando esse precedente, o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão no qual a Presidência do Tribunal de Justiça do Acre impugnava ato do Governador do Estado, admitindo a subscrição da petição por advogado alheio aos quadros da Procuradoria-Geral do Estado somente em caso de recusa legítima:

> Evidentemente, ocorrerão situações tais em que a Procuradoria-Geral, por efeito de externalidades próprias do processo político e da tensão entre as funções do Estado, não oferecerá seu concurso à pretensão do plexo público. Assim, para não se criar uma situação de contradictio in terminis, capaz de sujeitar o chefe de um Poder ao libitum de outro,

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 8.025, Relator: Ministro Eros Grau, Brasília, 9 de dezembro de 2009. Diário da Justiça da União eletrônico. Brasília, 5 jun. 2010.

> convém ressalvar que essa representação será excepcionalmente desconsiderada caso não ocorra, por fundamento válido, a indicação de procurador ad hoc.
> Ante o exposto, determino que o impetrante emende a inicial, no prazo de dez dias, de modo a que a Procuradoria-Geral do Estado do Acre, por meio de membro designado ad hoc, subscreva a petição.
> Alternativamente, no mesmo prazo de dez dias, que o impetrante comprove o requerimento de indicação de procurador para a causa e a subsequente recusa ilegítima ou omissão em o fazer[47].

Tal posicionamento do Supremo reforça a ideia de que a Advocacia Pública integra função própria, externa aos demais poderes do Estado.

No entanto, o pensamento da Suprema Corte – pelo menos até o momento, visto que já houve sensível alteração em sua composição – é no sentido de que a Advocacia Pública está subordinada ao Poder Executivo[48], não dispondo de autonomia e independência, com desdobramentos que serão tratados no capítulo seguinte.

Além disso, tema que sempre despertou severas discussões diz respeito à escolha do chefe das instituições da Advocacia Pública. Na Advocacia-Geral da União, estabeleceu-se no texto da Constituição a possibilidade de sua nomeação dentre advogados não integrantes da carreira, desde que preenchidos aos requisitos constitucionais.

---

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 30.670, Relator: Ministro Dias Toffoli, Brasília. Diário da Justiça da União eletrônico. Brasília, 21 jun. 2011.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 470, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Brasília, 1º de julho de 2002. Diário da Justiça da União. Brasília, 11 out. 2002, p. 21.

Quanto aos Estados e Distrito Federal, ante o silêncio da Constituição de 1988, essa visão sempre foi combatida pela doutrina[49], mas até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.581[50], o Supremo Tribunal Federal aplicava o princípio da simetria ao caso, isto é, transplantando o modelo de escolha do chefe da Advocacia-Geral da União para as Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

Felizmente, nesse julgamento, o entendimento da Magna Corte evoluiu, passando a entender que é constitucional a norma da Constituição estadual que restringe a escolha do Procurador-Geral dentre os membros da carreira de Procurador dos Estados e do Distrito Federal, considerando-se que o art. 132 da Lei Maior outorga a representação judicial e a consultoria jurídica de tais unidades federativas com exclusividade a esses agentes públicos, organizados em carreira e na qual o ingresso depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil. Não bastasse isso, entendeu-se que o transplante do arquétipo da Advocacia-Geral da União violaria a autonomia do Estado-membro.

Outrossim, no que concerne às garantias para o exercício da função, a Constituição de 1988 não foi tão pródiga com a Advocacia Pública quanto foi com as demais Procuraturas Constitucionais, não concedendo a seus membros prerrogativas como vitaliciedade e inamovibilidade.

---

49 Por todos, cf. ARAÚJO et alli, ob. cit.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.581, Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 16 de agosto de 2007. Diário da Justiça da União eletrônico. Brasília, 15 ago. 2008, p. 21.

Aliás, nesse particular, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal obtiveram outro plus em relação à Advocacia-Geral da União, porquanto, apesar de não contemplados com a vitaliciedade, tiveram garantida a estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias, não estando sujeitos, assim, à avaliação de organismos estranhos à Procuradoria-Geral para tal fim.

De outra banda, os membros da Advocacia Pública são alcançados pela irredutibilidade remuneratória ou de subsídios[51] de que trata o art. 37, inciso XV, da Constituição, e, no tratamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, admite-se a constitucionalidade da previsão de foro privilegiado aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal nas Constituições locais, a partir de interpretação do art. 125, § 1º, da Lex Legum.

## 3 AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ADVOCACIA DE ESTADO CONSTITUCIONAL

Inicialmente, faz-se necessário estabelecer uma distinção entre as diferentes espécies de autonomia e a independência das Procuraturas Constitucionais.

A autonomia orçamentária significa que determinado órgão foi contemplado pela lei orçamentária

51 Ainda no plano remuneratório, conforme destacado no capítulo anterior, a Emenda Constitucional nº 41, de 2003, alterou a redação do art. 37, inciso XI, da Constituição, e previu idêntico parâmetro de fixação de retribuição pecuniária para o Poder Judiciário e as funções essenciais à Justiça.

anual com dotação própria, fixando o montante das despesas autorizadas, no caso do Ministério Público e Defensoria Pública, por propostas suas.

Por seu turno, a autonomia administrativa consiste na outorga "da gestão daqueles meios administrativos necessários para se lhes garantir a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo"[52].

Há que se ter presente, ainda, a diferenciação existente entre independência e a autonomia funcional. A autonomia funcional consiste na liberdade de exercer o ofício em face de outros órgãos e instituições do Estado, enquanto que a independência funcional é a liberdade com que os membros da instituição exercem o seu ofício agora em face de outros órgãos da própria instituição[53].

Desse modo, a autonomia funcional dos membros das funções essenciais à Justiça protege sua atuação contra a interferência de pessoas ou órgãos de fora da instituição, enquanto a independência funcional consiste na liberdade no exercício da atuação do membro, sem intervenção de outros órgãos ou membros da própria instituição.

Desafortunadamente, o posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a autonomia e independência da Advocacia Pública é pela sua negação, entendendo que as instituições respectivas estão subordinadas ao Poder Executivo:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 96 E 100, I E III, DA CONSTITUIÇÃO

52 MOREIRA NETO, ob. cit., 2001, p. 50.
53 ARAÚJO et alli, ob. cit., p. 217.

> DO ESTADO DO AMAZONAS. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS PROCURADORES ESTADUAIS. Perda do objeto do feito em relação ao art. 96 e ao inciso III do art. 100 da Carta amazonense, tendo em vista posteriores modificações nos textos normativos impugnados. O inciso I do mencionado art. 100, por sua vez, ao atribuir independência funcional aos Procuradores do Estado do Amazonas, desvirtua a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional federal para as Procuradorias estaduais, desrespeitando o art. 132 da Carta da República. Ação julgada procedente, tão-somente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso I do art. 100 da Constituição do Amazonas[54].

No entanto, há vozes na própria Suprema Corte que têm defendido a autonomia e independência dos integrantes da Advocacia Pública, conforme se infere do pronunciamento do Ministro Néri da Silveira, ainda no ano de 1997, em julgamento no qual se combatia a usurpação das funções dos Procuradores do Estado do Espírito Santo:

> Não quis a Constituição que o exame da legalidade dos atos da Administração Estadual se fizesse por servidores não-efetivos. Daí o sentido de conferir aos Procuradores dos

54BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 470, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Brasília, 1º de julho de 2002. Diário da Justiça da União. Brasília, 11 out. 2002, p. 21. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 217, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Brasília, 28 de agosto de 2002. Diário da Justiça da União. Brasília, 13 set. 2002, p. 62; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 291, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, 7 de abril de 2010. Diário da Justiça da União eletrônico. Brasília, 9 set. 2010.

> Estados – que devem se compor em carreira a ser todos concursados – não só a defesa judicial, a representação judicial do Estado, mas também a consultoria, a assistência jurídica. De tal maneira, um Procurador pode afirmar que um ato de Secretário, do Governador não está correspondendo à lei, sem nenhum temor de poder vir a ser exonerado, como admissível suceder se ocupasse um cargo em comissão.
> Como o Procurador do Estado poderá atuar atendendo aos mandamentos constitucionais dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, e eficiência sem liberdade profissional, sujeito a ordens e ingerências do chefe do Executivo, que poderá interferir diretamente, ou indiretamente, na cobrança de crédito tributário, v.g, em execução fiscal ajuizada em face de seus financiadores de campanha, beneficiando-os, ou até prejudicando seus adversários, com cobranças tributárias ilegais.
> Sem as imprescindíveis independência e autonomia funcionais como poderá o Procurador do Estado propor as ações previstas pela Lei de Improbidade Administrativa contra o Governador do Estado ou seu Secretário?[55]

Tanto é verdade que, mesmo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 470, que firmou posicionamento contrário à autonomia dos órgãos da Advocacia Pública, o Ministro Gilmar Mendes, um dos mais influentes do Supremo Tribunal Federal, embora não concedesse autonomia e independência funcional aos Advogados Públicos, instigou discussão mais aprofundada sobre o tema:

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 881, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2 de agosto de 1993. Diário da Justiça da União Brasília, 25 abr. 1997, p. 15.197.

> Em relação à autonomia funcional, tal como está colocada, não divirjo do eminente Ministro-Relator, embora queira registrar que, talvez, não se pudesse, a priori, repudiar algumas garantias para a advocacia pública. Não vejo como esta vinculação hierárquica possa se dar in totum. Acredito que aqui temos que trabalhar cum grano salis, também no que diz respeito a algumas garantias gravadas no texto constitucional. Possivelmente alguém diga tratar-se de uma consideração de lege ferenda sobre a extensão de prerrogativas do Ministério Público ou à própria advocacia pública. Refiro-me, por exemplo, à prerrogativa de foro.
> Sabem V. Exas. que, provavelmente, o Advogado Público seja, hoje, muito mais suscetível de ataques, por conta das contrariedades de interesse verificados nos autos, do que os membros do Ministério Público e, por isso, talvez, careça dessa proteção. Mas é uma consideração que podemos fazer de lege lata, reinterpretando o texto constitucional, em algum momento, ou de lege ferenda[56].

Na mesma oportunidade, o Ministro Marco Aurélio Mello reconheceu a independência da Advocacia Pública, enquanto o Ministro Sepúlveda Pertence declarou que, embora negasse a possibilidade de assimilação completa da independência funcional do membro do Ministério Público ao Advogado Público, não desconhecia a independência profissional, bastando-lhe, para tanto, as prerrogativas de advogado.

Sobre essa afirmativa, destaque-se que não há, nem deveria haver, assimilação completa entre os regimes jurídicos

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 470, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Brasília, 1º de julho de 2002. Diário da Justiça da União. Brasília, 11 out. 2002, p. 21.

das funções essenciais à Justiça, mas sim fortes semelhanças; sendo claras algumas diferenças em relação às atividades prestadas. Nesse ponto, não há qualquer divergência com seu pensamento[57].

De todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o mais aguerrido defensor da Advocacia Pública é o Ministro Dias Toffoli, o mais jovem da Corte, que tenta arejá-la com seu pensamento conectado à nova roupagem do Estado Constitucional brasileiro, conforme se depreende de seu voto vencido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 291:

> O título IV trata "DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES". No CAPÍTULO I – "Do Poder Legislativo"; no CAPÍTULO II – "Do Poder Executivo" e no CAPÍTULO III – "Do Poder Judiciário".
>
> A Advocacia Pública não está incluída em nenhum desses capítulos; está no CAPÍTULO IV, do TÍTULO IV, que trata "Das Funções Essenciais à Justiça". A seção I desse CAPÍTULO IV trata "Do Ministério Público", enquanto a seção II trata "Da Advocacia Pública" (antes da Emenda nº 19, o título da seção era Da Advocacia-Geral da União, com a Emenda nº 19, passou a ser Da Advocacia Pública).
>
> De tal sorte, entendo que a Advocacia Pública não está sujeita à interferência de nenhum dos Poderes. Na sua organização administrativa, ela não se sujeita ao Poder Executivo, porque não está incluída na Constituição no capítulo do Poder Executivo[58].

57 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Reflexões sobre os fundamentos principiológicos da Advocacia Pública. In: Anais do XXXVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 2010, Maceió, p. 22.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 291, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, 7 de abril de 2010.

No seio doutrinário, o deferimento de autonomia e independência à Advocacia Pública é enfocado em estudos permeados por sua nova concepção, dentre os quais se destacam aqueles capitaneados por Derly Barreto e Silva Filho[59], José Augusto Delgado[60], Di Pietro[61], Moreira Neto[62], dentre muitos outros.

Nessa linha, defende-se que o compromisso assumido pelo Advogado Público é com a Constituição Federal e com a lei com ela compatível, não com o Governante, de maneira que sua atuação não pode ser limitada em razão da hierarquia a impor-lhe alteração de convencimento pautado em sua análise jurídica. Sendo assim, "a decorrência lógica da independência funcional evidencia a imparcialidade de atuação das Procuradorias de Estado frente aos atos do Administrador. O único vínculo hierárquico a ligá-las ao Poder Executivo é o de natureza administrativa"[63].

Derly Barreto e Silva Filho[64] sustenta a autonomia e independência da Advocacia Pública, como corolário da separação dos poderes:

---

Diário da Justiça da União eletrônico. Brasília, 9 set. 2010.

59 SILVA FILHO, Derly Barreto. Advocacia pública e políticas tributárias, In: ORDACGY, André da Silva e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (orgs.). Advocacia de Estado e Defensoria Pública: funções públicas essenciais à Justiça. Curitiba: Letra da Lei, p. 95-109, 2009.

60 DELGADO, José Augusto. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. In: Revista Jurídica APERGS:Advocacia do Estado, Porto Alegre: Metrópole, ano 1, n. 1, 2001, p. 82-83.

61 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

62 MOREIRA NETO, ob. cit., 2001.

63 ARAÚJO et alli, ob. cit.

64 SILVA FILHO, ob. cit., p. 105.

> O predicado da independência institucional reporta-se à idéia de desvinculação da Advocacia Pública de qualquer Poder do Estado no que tange ao exercício das funções que desenvolve.
> Dessa forma, é defeso aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário interferir nas atribuições da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal. Fosse lícito aos Poderes Constituídos imiscuir-se nas funções essenciais à justiça, ditando-lhes os comportamentos e inculcando-lhes as suas "vontades políticas", o discurso constitucional dos arts. 127 e seguintes seria letra morta, inócua tentativa de estatuir limites (de justiça) à atividade do Estado, através da atuação de órgãos públicos independentes.
> [...] A plenitude, a eficácia e a própria efetividade dessa atividade exercida pelos advogados públicos dependem da liberdade, da independência, da autonomia de que eles gozem. Em vista disso, parece válida a assertiva: ou o advogado público, no seu mister, possui autonomia funcional ou a função que ele exerce não é essencial à justiça.

Realmente, não parece coerente com a formação de um Estado Democrático de Direito que as instituições responsáveis pela filtragem jurídica do próprio Estado se encontrem subordinadas a mecanismos políticos.

Se a República Federativa do Brasil se constitui num Estado Democrático de Direito, esse mesmo Estado deve se pautar pela ordem jurídica, já que não existe Estado fora do Direito. De fato, essa atuação estatal dentro dos limites legais e constitucionais deve ser garantida pela Advocacia Pública, verdadeira guardiã da juridicidade dos atos administrativos.

Em suma, cabe aos Advogados Públicos, com independência, zelar pela obediência aos comandos normativos por parte da Administração Pública e, além disso, viabilizar juridicamente as políticas públicas adotadas pelos governantes legitimamente eleitos, escudando-as quanto a eventuais questionamentos judiciais e defendendo-as em juízo, bem como arrecadar e economizar recursos públicos a serem revertidos em prol da sociedade.

Tais agentes públicos não podem ser subordinados a ingerências dos administradores públicos, sob pena de passarem a exercer a odiosa função de chanceladores de ilegalidades, concedendo-lhes roupagem jurídica, e de proteladores de demandas judiciais.

Não se trata aqui, como já se disse ao comentar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 470, de uma independência idêntica àquela conferida ao Ministério Público, mas de uma independência que vai ao encontro da natureza do papel construtivo da Advocacia Pública, que não deve exercer misteres meramente fiscalizatórios ou repressivos, mas precipuamente se pautar pela prevenção e auxílio aos gestores públicos para a plena realização do Estado Democrático de Direito.

Isso porque a Advocacia Pública tem a missão de viabilizar políticas públicas, isto é, adequar juridicamente os planos de ação do Governo legitimamente eleito e das instituições republicanas, para que atendam sua finalidade pública de melhorar a vida de todos[65].

De acordo com Aldemário Castro[66]:

65 ACRE. Planejamento Estratégico da Procuradoria-Geral do Estado do Acre: 2012-2016. Cejur-PGE/AC, 2012.

66 CASTRO, Aldemário Araújo. Advocacia Pública autônoma, valorizada

> A aludida atuação construtiva não significa a concretização de uma independência técnica absoluta ou ilimitada, uma prerrogativa pela prerrogativa, sem relação estreita com o interesse público. Em linhas gerais, essa independência técnica deve considerar: a) o respeito ao entendimento jurídico construído por cada profissional; b) a existência de espaços de construção coletiva da posição do órgão jurídico; c) a conformação de uma organização dos órgãos jurídicos voltada para obter o melhor serviço jurídico possível e d) a uniformização democrática da posição externa de atuação da Advocacia Pública.

Na mesma linha, incumbe à Advocacia Pública defender com destemor essas mesmas políticas públicas quanto a eventuais questionamentos, a fim de garantir que as escolhas daqueles democraticamente eleitos não sejam substituídas pela vontade pessoal de agentes – muitas vezes completamente desconectados dos anseios da população – que, intencionalmente ou não, acabam por usurpar as atribuições constitucionais dos mandatários legítimos da população, ferindo o princípio democrático. Nessa atuação, a Advocacia Pública se torna a última trincheira da Democracia.

Destarte, a única conclusão que se pode extrair de uma leitura do sistema constitucional brasileiro, é a de que a Advocacia Pública, por estar inserida dentre as funções essenciais à Justiça, detendo atribuições de representação judicial do Estado em todos os seus poderes/funções e de consultoria jurídica da Administração Pública, não pode se

---

e construtiva: uma necessidade do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/observa/construtiva.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2013.

subordinar a qualquer dos poderes do Estado, mantendo com eles relação de autonomia e independência técnica, a qual deve se pautar precipuamente pelo auxílio e prevenção na construção das políticas públicas pelos governantes legitimamente eleitos.

## CONCLUSÃO

O Estado evoluiu desde um modelo absolutista, no qual o poder era concentrado na pessoa do governante e não conhecia limites, a um Estado de Direito, em que o Poder Público e os cidadãos se submetem à legalidade, com a desconcentração do poder estatal, baseada na teoria da tripartição dos poderes. Assim, para que o Estado viva sob o primado do Direito, exige-se que haja o império da lei, a divisão de poderes, a legalidade da administração e a concessão de direitos e liberdades fundamentais.

O Estado de Direito, inicialmente liberal, atendia apenas aos interesses da classe social detentora do poder econômico, o que ocasionou graves distorções, gerando reivindicações pela concessão de direitos sociais, como saúde, trabalho e educação. O Estado de Direito não mais poderia justificar como liberal, transformando-se em Estado Social, no intento de ultrapassar o individualismo clássico.

A partir daí, o Estado Social, por sua característica intervencionista, com o argumento de concretizar o desenvolvimento social, além das dificuldades práticas de sua realização, passa a sofrer pela falta de legitimidade democrática, o que redunda na concepção do Estado Democrático de Direito, que veio a se tornar realidade no Brasil com a Constituição

de 1988, que previu expressamente os valores de democracia, separação de poderes e respeito à legalidade, com a previsão de direitos e liberdades fundamentais, os direitos sociais, difusos e coletivos por todo o seu texto.

Tal Estado Democrático de Direito foi organizado em conexão com o caráter complexo das relações na sociedade contemporânea, com a criação, além dos três tradicionais poderes ou funções (legislativo, executivo e judiciário), de funções de natureza fiscalizatória, postulatória e corretiva, quais sejam, as Funções Essenciais à Justiça: Ministério Público, Advocacia Pública, e Advocacia e Defensoria Pública, as chamadas Procuraturas Constitucionais. Trata-se de uma quarta modalidade funcional, cujas instituições possuem o mesmo patamar dos poderes constituídos, passando o termo "Justiça" a abarcar, afora a atividade jurisdicional, a amplitude da atividade estatal que diz com a salvaguarda do Estado Democrático de Direito.

Cada uma das Procuraturas Constitucionais exerce atribuições consultivas e postulatórias, voltadas a três conjuntos de interesses caracterizados. O Ministério Público realiza a advocacia da sociedade, abrangendo os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis; a Advocacia Pública stricto sensu ou Advocacia de Estado defende os interesses cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos; e a Defensoria pública, que atua na advocacia dos necessitados.

Embora tais funções sejam espécies do mesmo gênero, foi díspar o tratamento a elas dispensado pelos legisladores constituintes originário e derivado, que se justificaram pelo momento histórico da promulgação da

Constituição de 1988, após mais de 20 anos de repressão autoritária. Nessa época, a preocupação maior era de se garantir os direitos dos cidadãos e da sociedade dividida e isolada durante o regime militar. A ideia era reforçar o Ministério Público e instituir as Defensorias Públicas, contexto em que a Advocacia Pública não obteve a atenção devida, ficando alijada das prerrogativas deferidas a essas instituições.

Assim, o Ministério Público foi dotado de autonomia funcional, administrativa e orçamentária, independência funcional, além da iniciativa de lei sobre sua organização e remuneração, garantindo-se que o chefe da instituição fosse nomeado dentre os integrantes da carreira, com mandato certo, podendo ser destituído apenas mediante autorização da maioria absoluta do Senado Federal ou da Assembleia Legislativa, conforme o caso. Aos seus membros, foram concedidas garantias como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

Por sua vez, os membros da Defensoria Pública foram dotados da garantia da inamovibilidade na redação originária da Constituição de 1988 e, posteriormente, com autonomia funcional, administrativa e orçamentária. De acordo com a legislação de regência, seu chefe deve ser escolhido dentre os integrantes da carreira, após formação de lista tríplice pelo voto de seus membros.

Quanto à Advocacia Pública, não houve a concessão de qualquer autonomia ou independência, além de existir tratamento diferenciado entre seus diferentes órgãos: a Advocacia-Geral da União e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Isso porque se previu que o chefe da Advocacia-Geral da União pode ser escolhido dentre advogados não integrantes da carreira, sem mandato

determinado, havendo silêncio no tocante aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, que tiveram, como única garantia prevista, incluída pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a concessão de estabilidade mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Em comum a essas instituições, destaca-se, com a Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o estabelecimento de idêntico parâmetro remuneratório na nova redação do art. 37, inciso XI, da Constituição.

No que se refere à história da Advocacia de Estado no Brasil, denota-se de seu desenvolvimento desde a colônia e Império, que serviu de matriz para as demais Procuraturas Constitucionais, verificando-se, a partir da República, uma simbiose orgânica com o Ministério Público, na União e em muitos Estados-membros, situação que apenas se modificou com a Constituição de 1988, que criou a Advocacia-Geral da União e previu a obrigatoriedade da carreira de Procurador dos Estados e do Distrito Federal.

A Constituição de 1988 estipulou que a Advocacia-Geral da União e Procuradores dos Estados e do Distrito Federal devem exercer a representação judicial do respectivo ente público e a consultoria jurídica da Administração Pública, com algumas peculiaridades laterais. O entendimento jurisprudencial é de que a consultoria jurídica somente se dá com exclusividade diante do Poder Executivo, enquanto a representação judicial ocorre em nome de todos os poderes/funções do Estado, ressalvada apenas a hipótese de recusa por parte do órgão da Advocacia Pública.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem admitido que, ao contrário do que se verifica Advocacia-Geral

da União, o chefe da Procuradoria-Geral dos Estados e do Distrito Federal pode ser restrito aos integrantes da carreira se assim prever a Constituição local.

No que tange às garantias para o exercício da função, mesmo não tendo sido contemplados com vitaliciedade e inamovibilidade, os membros da Advocacia Pública são alcançados pela irredutibilidade remuneratória ou de subsídios, admitindo-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade da previsão de foro privilegiado aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal nas Constituições Estaduais.

Quanto à autonomia e independência, tem-se que foram sonegadas aos integrantes da Advocacia Pública, fazendo-se necessário estabelecer uma distinção entre as diferentes espécies de autonomia e a independência das Procuraturas Constitucionais. A autonomia orçamentária se direciona à existência de dotação própria, com a propositura da fixação do montante das despesas autorizadas, enquanto a autonomia administrativa diz com a gestão dos meios administrativos necessários para sua atuação.

Por seu turno, a autonomia funcional consiste na liberdade de exercer o ofício em face de outros órgãos e instituições do Estado, diferenciando-se da independência funcional, que é a liberdade com que os membros da instituição exercem o seu ofício agora em face de outros órgãos da própria instituição.

Infelizmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indica a negativa de autonomia e independência da Advocacia Pública, estabelecendo que as instituições respectivas estão subordinadas ao Poder Executivo, muito embora haja vozes, dentro da própria Corte, que defendem,

em maior ou menor grau, a autonomia e independência dos integrantes da Advocacia Pública, inclusive invocando a interpretação sistemática da Constituição, para demonstrar que as Funções Essenciais à Justiça foram situadas, na organização dos poderes do Estado, fora de qualquer dos poderes tradicionais.

Com esse espírito, a negativa de autonomia e independência à Advocacia Pública contraria o postulado do Estado Democrático de Direito, o qual não pode permitir que as instituições responsáveis pela consultoria jurídica e representação judicial do Estado se sujeitem a vontades políticas divorciadas do Direito.

Assim, considerando-se que a Advocacia Pública se insere dentre as funções essenciais à Justiça, devem suas instituições ser autônomas e independentes frente aos demais poderes do Estado, sempre respeitando seu mister precípuo de auxílio e prevenção na construção das políticas públicas pelos governantes legitimamente eleitos, para se garantir a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACRE. Planejamento Estratégico da Procuradoria-Geral do Estado do Acre: 2012-2016. Cejur-PGE/AC, 2012.

ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; CASTRO, Caterine Vasconcelos de; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à Justiça. In: Revista

da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, v. 3, Rio Branco, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Novissima Reforma Judiciaria e seus respectivo regulamento: annotados com cerca de cem avisos. Brasília: Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http:/bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 28 mai. 2011.

_____. Constituição Política do Império do Brazil (25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 8 mai. 2011.

_____. Leis Históricas: Alvará de 10 de maio de 1808. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/alvar1005.htm>. Acesso em: 8 mai. 2011.

_____. Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.

action?id=82489&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 8 mai. 2011

_____. Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1850. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=80654&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 8 mai. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.557, Relator: Ministra Ellen Gracie, Brasília, 31 de março de 2004. Diário da Justiça da União. Brasília, 18 jun. 2006, p. 43.

_____. Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 8.025, Relator: Ministro Eros Grau, Brasília, 9 de dezembro de 2009. Diário da Justiça da União eletrônico. Brasília, 5 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 30.670, Relator: Ministro Dias Toffoli, Brasília. Diário da Justiça da União eletrônico. Brasília, 21 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 291, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, 7 de abril de 2010. Diário da Justiça da União eletrônico. Brasília, 9 set. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 470, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Brasília, 1º de julho de 2002. Diário da Justiça da União. Brasília, 11 out. 2002, p. 21.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.581, Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 16 de agosto de 2007. Diário da Justiça da União eletrônico. Brasília, 15 ago. 2008, p. 21.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 217, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Brasília, 28 de agosto de 2002. Diário da Justiça da União. Brasília, 13 set. 2002, p. 62.

CARDOSO, Cléia. O controle interno de legalidade pelos Procuradores do Estado. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 46, p. 117-123, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CASTRO, Aldemário Araújo. Advocacia Pública autônoma, valorizada e construtiva: uma necessidade do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/observa/construtiva.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2013.

CLÉVE, Clémerson Merlin. Atividade legislativa do poder executivo. São Paulo: RT, 2001.

COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Cláudio Penedo. A autonomia funcional da Advocacia Pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do Direito no Estado Constitucional Brasileiro, In: MADUREIRA, Cláudio Penedo

(Coord.). Temas de Direito Público: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do Direito, Revista da APES, v. 2, Salvador: Juspodium, 2009.

DELGADO, José Augusto. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. In: Revista Jurídica APERGS:Advocacia do Estado, Porto Alegre: Metrópole, ano 1, n. 1, 2001.

DÍAZ, Elias. Estado de derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus, 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Reflexões sobre os fundamentos principiológicos da Advocacia Pública. In: Anais do XXXVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 2010, Maceió.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania, In: MILARÉ, Edis (Coord.). Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 1995.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto. asp?id=2527>. Acesso em: 06 mai. 2011.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza, 1977.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. Ética da Administração Pública em juízo. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nov. 2006.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). Uma introdução ao estudo da Justiça. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. [Apresentação de Renato Janine Ribeiro; tradução de Cristina Murachco]. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, Alexandre de. Constituição do Brasil intepretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. In: Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado, a. 1, n. 1, set./2001, Porto Alegre: Metrópole.

_____. Curso de Direito Administrativo. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública: algumas reflexões. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14039-14040-1-PB.htm>. Acesso em 12 mai. 2011.

PARANHOS, Paulo. A Casa da Suplicação do Brasil. In:

Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores em História e Genealogia, a. 4, n. 4, 1997.

PORTUGAL. Ordenações Afonsinas (fac-simile). Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas>. Acesso em: 26 abr. 2011.
_____. Ordenações Manuelinas on-line. Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas>. Acesso em: 26 abr. 2011.

_____. Ordenações Filipinas on-line. Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 26 abr. 2011.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. Autonomia da Advocacia Pública. In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, n. 24, 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, jan./mar.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA FILHO, Derly Barreto. Advocacia pública e políticas tributárias, In: ORDACGY, André da Silva e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (orgs.). Advocacia de Estado e Defensoria Pública: funções públicas essenciais à Justiça. Curitiba: Letra da Lei, p. 95-109, 2009.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A advocacia pública e a crise no Estado-Nação. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, n. 2, 31 ago. 2000.

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5467>. Acesso em: 8 jun. 2011.

VENTURI, Elton. O Ministério Público em busca de sua personalidade: a problemática harmonização entre a independência funcional e a unidade. In: Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://ufpr.academia.edu/eltonventuri/Papers/175375>. Acesso em: 15 out. 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. La lucha por el Estado de Derecho. Bologna: Real Colegio de España, 1975.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

# 2

Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui

## A Representação do Estado em Assembleia Societárias das Entidades da Administração Indireta Pelo Procurador de Estado - À Luz das Funções Constitucionalmente Outorgadas

# A REPRESENTAÇÃO DO ESTADO EM ASSEMBLEIAS SOCIETÁRIAS DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA - PELO PROCURADOR DE ESTADO - À LUZ DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONALMENTE OUTORGADAS

**Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui**[1]

**RESUMO:** Os membros da carreira de Procurador de Estado atuam, corriqueiramente, na representação do Estado, na qualidade de acionistas majoritários, em assembleias societárias das diversas entidades da Administração Indireta. Em regra, o objeto de discussão versa sobre assuntos diversos da área jurídica, ligados à gestão administrativa e financeira das entidades, apreciação de prestações de contas, balanço patrimonial, demonstração do superávit ou déficit do exercício e demonstração das mutações do patrimônio social etc. Portanto, envolve questões estranhas à área de formação profissional e de competência do Procurador. Dessa forma, o artigo parte da premissa de que não se harmoniza tal atribuição com aquelas constitucionalmente outorgadas no art. 132, que estabelece como funções precípuas a representação judicial e a consultoria jurídica das unidades federadas. À luz do texto constitucional,

1Procuradora Chefe do Centro de Estudos Jurídicos, Representante da Região Norte no Fórum Nacional dos Centros de Estudos Jurídicos, Supervisora do Planejamento Estratégico da PGE/AC, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre – UFAC, em convênio com a Universidade Federal de Minas Gerais; Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre – APEAC e Especialista em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

a incumbência dos Advogados Públicos é a de proceder à defesa do interesse público, seja previamente ou em juízo, e prestar o assessoramento na seara eminentemente jurídica à Administração Pública.

**Palavras-Chave:** Representação do Estado. Atribuições do Procurador de Estado. Assembleia Societária. Prestação de Contas.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará análise, no contexto do ordenamento constitucional, sobre a atípica função desempenhada por membros da carreira de Procurador de Estado, na atuação de representação da entidade estatal, na qualidade de acionistas majoritários, em assembleias societárias das diversas entidades da Administração Indireta. O interesse no tema surgiu em razão de estudos elaborados pelo Centro de Estudos da Procuradoria do Estado do Acre, a pedido dos membros da carreira para se analisar sobre a pertinência do referido encargo, se tal incumbência estaria em harmonia com as atribuições constitucionalmente outorgadas.

A temática é de suma importância, merecendo da instituição melhor reflexão, mormente em face de que os assuntos debatidos nessas assembleias, geralmente, versam sobre a gestão patrimonial e financeira, bem como para aprovação de prestação de contas, que envolvem questões técnicas e contábeis fora da área de conhecimento e formação do Advogado Público.

As informações para elaboração deste estudo são frutos de pesquisa bibliográfica, de informações colhidas em sites das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, em pareceres exarados pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre, em doutrinadores do Direito Administrativo e Constitucional, em legislações estaduais e em teses defendidas nos Congressos da Carreira de Procurador relacionadas com a atribuição constitucional do Advogado Público.

Antes de efetuar a análise meritória da questão, convém fazer uma breve análise histórica do surgimento da carreira de Procurador de Estado, da previsão constitucional de suas atribuições, do princípio da legalidade que norteia os atos administrativos, do Parecer PGE/CEJUR Nº 36/2010 e do Estudo Prévio realizado nos autos do Processo nº 2013.056.000545-2, elaborados pelo Centro de Estudos da PGE, abordando essa questão para o estabelecimento dos fundamentos teóricos e fáticos, que embasaram as conclusões apontadas neste artigo.

## 1 A HISTÓRIA DA FORMAÇÃO DA CARREIRA DO ADVOGADO PÚBLICO

O resgate histórico da formação da carreira do Advogado Público é de fundamental importância para melhor compreender a evolução e definição das funções atribuídas aos membros da carreira de Procurador de Estado.

Dessa forma, será feita uma breve síntese informativa, que remonta à história do tempo do descobrimento do Brasil. Visando à compreensão da origem e evolução da Advocacia Pública no Brasil, utilizaremos o escólio de

Paulo Álvares Babilônia, que analisa a evolução histórica da Advocacia Pública brasileira em três distintas fases: Colônia e Império de 1500 a 1889, República até a Constituição Federal de 1889 a 1988 e pós Constituição de 1988, que será objeto do tópico seguinte.[2]

No período colonial, com as Ordenações Afonsinas, existia um corpo de fidalgos, escolhidos pelo rei, com cargo denominado Procurador dos Nossos Feitos, que incumbia a defesa dos direitos relativos à Coroa, a preservação do patrimônio ou dos bens reais, além de suplementar a atuação dos Ouvidores da Corte de Suplicação e atuar na função de defesa de órfãos, viúvas e pobres, sem qualquer cobrança de honorários.

Posteriormente, com as Ordenações Manuelinas, a partir de 1.521, a função de defesa de órfãos, viúvas e pobres é transferida para o Promotor de Justiça da Casa de Suplicação, que também exercia as funções de defesa da Justiça e de atuação criminal. Permanecendo a atribuição do Procurador dos Nossos Feitos, tipicamente ministerial, de fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros.

Em seguida, com as Ordenações Filipinas, a partir de 1.603, houve a separação das funções do Procurador dos Feitos da Coroa, antigo Procurador dos Nossos Feitos, do Promotor de Justiça da Casa de Suplicação e do Procurador dos Feitos da Fazenda. As duas primeiras funções, que já existiam, não sofreram alterações substanciais, sendo criado o cargo de Procurador dos Feitos da Fazenda para o exercício das atribuições relativas aos feitos fazendários, antes exercidos pelos Procuradores dos Nossos Feitos.[3]

2 BABILÔNIA, Paulo Álvares. **A advocacia pública brasileira no período colonial e no império: evolução histórica**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18112>. Acesso em 12 julho 2013.
3 Idem a anterior.

Em 1.609, no Brasil, com a criação da Relação do Estado do Brasil, impulsionada pelo crescimento econômico com os engenhos da cana de açúcar e a exploração do Pau-Brasil, houve uma alteração substancial na estrutura da carreira das *procuraturas*, com a fusão das funções que em Portugal se encontravam isoladas, atribuindo por acréscimo ao cargo de Procurador dos Feitos da Coroa, as funções de Procurador dos Feitos da Fazenda e do múnus de órgão acusador na esfera criminal, pertencente, em Portugal, ao Promotor de Justiça.

Assim, no período de 1609 a 1808, perdurou-se a referida fusão das funções, sendo criado o cargo de Procurador Fiscal do Real Erário, às vésperas da proclamação da Independência do Brasil, por meio do Decreto de 28 de março de 1821. Após um ano, criou-se o cargo de Juízes de Facto para julgamento de crimes de abuso de liberdade de imprensa e do Tribunal de Júri, com competência para os crimes de imprensa, voltando o Procurador da Coroa e Fazenda a exercer, também, as funções de Promotor de Justiça, o que foi abolido no ano seguinte.

Com o Decreto de 05 de junho de 1823, foi dispensado da função de Promotor fiscal dos delitos de imprensa o Desembargador Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, outorgando tal função ao Desembargador Promotor das Justiças da Casa de Suplicação.

Em 25 de março de 1824, com a promulgação da Constituição do Império do Brasil, a função do cargo de Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional ganha *status* constitucional.

A Lei nº 242 de 29 de novembro de 1841 concedeu privilégio de foro para as causas da Fazenda Nacional nos Juízos de Primeira Instância, outorgando, assim, jurisdição privativa aos feitos fazendários.

Posteriormente, com o Decreto nº 736 de 20 de novembro de 1850, registrou-se a criação do Tribunal do Tesouro Nacional, de jurisdição administrativa, com a previsão do cargo de Procurador Fiscal do Tesouro, que tinha função de decidir sobre conflitos internos da Administração da Fazenda Nacional, bem como função consultiva e ainda a coordenação da defesa judicial da fazenda.

Oportuno registrar a valiosa análise de Cristovam Pontes de Moura sobre a jornada histórica das funções desempenhadas pela Advocacia Pública no Brasil:

> Com o objetivo de investigar o papel da Advocacia de Estado como matriz das demais *Procuraturas* Constitucionais (Ministério Público e Defensoria Pública), examina-se a Advocacia de Estado a partir do surgimento do Brasil-Colônia, ainda sob a incidência do Direito Colonial Português e, posteriormente, por legislação própria, até o fim do Império. Disso, infere-se – após uma análise crítica embasada nas diversas funções exercidas pelos membros da Advocacia de Estado no período, que englobavam atribuições típicas do Ministério Público, Defensoria Pública e até mesmo do Judiciário – que, desde sua criação no Brasil, a Advocacia de Estado integra o sistema da Justiça, dada sua essencialidade à função jurisdicional do Poder Público, existindo indissociável relação entre tal atribuição e a representação judicial e consultoria jurídica do Estado, sendo a primeira das *Procuraturas* Constitucionais brasileiras a ter definidos seus caracteres essenciais, mantendo institucionalmente suas atribuições precípuas durante todo o período colonial e imperial brasileiro, de modo que as demais *Procuraturas*

> Constitucionais nasceram e se desenvolveram a partir do modelo da Advocacia de Estado.[4]

Pela retrospectiva histórica, verifica-se que o Advogado Público já era denominado de "Procurador", com funções e atribuições que variaram desde a função judicante, na decisão de conflitos administrativos, de defesa do Estado e da Fazenda, de defensor dos órfãos, viúvas e pobres, do múnus de órgão acusador na esfera criminal, como Promotor de Justiça e de consultor jurídico.

Feita esta breve síntese da história, será abordada a configuração atual da função do Advogado Público, que teve novamente sua função elevada a nível constitucional, em 1988, como função essencial à justiça, responsável pela representação judicial e consultoria jurídica das unidades federadas.

## 2 A PREVISÃO DAS FUNÇÕES DO CARGO DE PROCURADOR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O ordenamento constitucional brasileiro, para atender a finalidade de proporcionar o bem comum a todos, criou funções essenciais à organização político-administrativa, denominadas essenciais à Justiça e que têm por objetivo viabilizar a inclusão social, a participação popular nas decisões

4 MOURA, Cristovam Pontes. **Advocacia de Estado no Brasil no Período Colonial e no Império: Matriz das** Procuraturas **Constitucionais**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre. 2012. p.18. Disponível em: <http://asp-br.secure-zone.net/v2/index. jsp?id=3914/4148/4048&lng=pt_br>. Acesso em 15 de julho de 2013, às 11h54min.

políticas e no controle das atividades estatais, com foco na satisfação do interesse da sociedade, na concretização de um Estado Democrático de Direito[5].

Nesse sentido, a Advocacia Pública foi erigida pelo legislador constituinte de 1988 à Função Essencial à Justiça, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública. Afinal, não há meio de movimentar a máquina judiciária para prestação de tutela jurisdicional sem a intervenção técnica destas instituições públicas.

Além disso, o legislador constituinte reconheceu que determinadas funções relativas aos agentes públicos devem receber um tratamento jurídico especial, qualificado por um feixe mais denso de garantias e prerrogativas para assegurar flexibilidade de gestão e agilidade aos órgãos estatais responsáveis pelo seu desempenho. Consequentemente, tais atividades, designadas como "exclusivas de Estado", foram atribuídas a servidores profissionalizados, Procuradores de Estado, com carreiras estruturadas, autonomia e independência para atuarem em prol do interesse público.

O Capítulo IV da Constituição Federal, inserido no Título relativo à Organização dos Poderes, elenca as funções exercidas pelos Advogados, Promotores, Procuradores do Estado e Defensores Públicos, as quais são determinantes para viabilizar a ação do Poder Judiciário dentro do mecanismo de tripartição de funções estatais, que é princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, inclusive, com *status* de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, CF).

5 Sabe-se que um Estado Democrático de Direito tem sua pedra angular fundada na soberania popular, de sorte que propicie instrumentos de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado.

O ente estatal, mais especificamente, os Estados-membros e o Distrito Federal, são representados por Procuradores institucionalmente constituídos, nos termos do art. 132 da Carta Magna Federal adiante transcrito:

> Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, 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**. (grifei).
> Parágrafo Único. Aos Procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Oportuno destacar uma questão peculiar na Constituição do Estado do Acre, que ampliou as atribuições do cargo de Procurador de Estado, conforme o art. 119:

> Art. 119. A Procuradoria Geral do Estado é a **instituição que representa o Estado do Acre, judicial e extrajudicialmente**, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Cotejando as normativas constitucionais transcritas, observa-se que a Constituição Estadual, sob o manto do

princípio federativo, ampliou as competências legais da instituição, outorgando-lhe não só a **representação judicial como a extrajudicial**, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, enquanto a Constituição Federal prescreve sobre competência judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, não se reportando a competência extrajudicial.

O Procurador de Estado exerce "atividades exclusivas de Estado", com regime constitucional peculiar e a eles incumbe assegurar a legalidade da ação administrativa e a preservação do patrimônio público, detentor da importante missão de representá-la judicial e extrajudicialmente, agindo ativa ou passivamente (defesa) em seu favor, prestando-lhes consultoria jurídica.

Após a análise das funções constitucionalmente atribuídas aos membros da carreira de Procurador de Estado, convém discorrer sobre a figura da personalidade jurídica da entidade estatal, a manifestação de sua vontade, a representação judicial, para facilitar a compreensão do papel do Procurador de Estado e suas atribuições constitucionais.

## 3 A PERSONALIDADE JURÍDICA DO ESTADO, SUA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL

A personalidade é qualidade inerente da pessoa, seja ela física ou jurídica. É o conjunto de princípios e regras jurídicas que norteiam todos os aspectos e manifestações da

pessoa. É ela que torna a pessoa titular de direitos e obrigações, pois a pessoa jurídica necessita de uma personificação para existir formalmente e ser sujeito de direitos e obrigações.

Segundo Luiz Gustavo Lovato, os direitos da personalidade são, essencialmente, direitos subjetivos, que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual e que conferem ao seu titular o poder de agir em defesa dos seus bens ou valores essenciais.[6]

À luz da legislação civil, são dois os tipos de pessoas: natural, a pessoa física, ou seja, o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações; jurídica, entidade detentora de direito e obrigações à qual se atribui personalidade jurídica.

As pessoas jurídicas classificam-se em pessoas de direito privado ou público, estas de direito público interno e externo. *In casu,* o Estado, a União e o Distrito Federal são classificados como pessoas jurídicas de direito público interno, consoante art. 40, do Código Civil Brasileiro. São entidades que representam a organização política que visam à realização das finalidades públicas.

No escólio de Cintia Byczkowski, todas as pessoas, sejam naturais ou jurídicas, são titulares de direitos ou possuem a capacidade de adquirir direitos, para o exercício desses direitos e manifestação de sua vontade dependem das pessoas naturais. Em sendo assim, as pessoas jurídicas derivam da manifestação de vontade de uma ou mais pessoas, sem, no entanto, perderem sua existência autônoma.[7]

6LOVATO, Luiz Gustavo. **Da Personalidade Jurídica e sua Desconsideração**. Disponível em: <http://www.lovatoeport.com.br/Artigos/Da%20personalidade%20jur%C3%ADdica%20e%20sua%20desconsidera%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 14 de julho de 2013, às 9h.

7 BYCZKOWSKI, Cintia. **A Representação Judicial da Fazenda Pública Perante à Justiça do Trabalho: Uma Atribuição Constitucional da**

Sabe-se que toda pessoa jurídica, como sujeito de direitos e obrigações, para expressar seus interesses à justiça, necessita de ser representada ativa e passivamente nos atos judiciais e extrajudiciais, pelos seus representantes legais.

As pessoas jurídicas de direito público, em regra, expressam sua vontade por meio de seus órgãos, unidades representativas de competência ou de parcelas de atribuições, que por sua vez, agem por intermédio dos seus agentes públicos. Entretanto, nem todos os agentes públicos possuem o múnus de representação da pessoa jurídica.

No caso, a União, os Estados, o Distrito Federal serão representados em juízo, ativa e passivamente, por seus procuradores, consoante reza o art. 12, I, do CPC.

Quando se fala de representação judicial, fala-se tanto na capacidade postulatória, relativa à representação para atuar em juízo, ou seja, a representação técnica que é exercida, exclusivamente, pelo advogado, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, como a representação de estar em juízo, em nome do representado.

De forma *sui generis*, o Procurador de Estado acumula as duas modalidades representativas, ou seja, a representação para atuar em juízo e de estar em juízo. A entidade estatal de direito público interno, ao se apresentar perante o Judiciário para demandar ou ser demandada, o faz pelo Procurador de Estado, que também detém a capacidade postulatória.

---

**Advocacia Pública.** In:Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, p.159.

Há doutrinadores que defendem que as funções do Advogado Público transcendem o âmbito de mero agentes públicos, como bem destaca Patrícia Helena Massas:

> A esse propósito, inclusive, há autores que entendem que as funções do advogado público transcendem o âmbito de mero agente. Nesta linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que cada Procurador de Estado é um "órgão individual", seguindo a nomenclatura de Marcelo Caetano, com sua natureza institucional ligada ao cargo, desempenhando com independência técnico-profissional suas atribuições, conforme constitucional e infraconstitucionalmente fixadas. Nessa medida, não se lhe podem acometer funções que obstem ou reduzam ou distorçam o exercício de suas atribuições na forma do constitucionalmente determinado. O mesmo autor frisa a necessidade de distinguir-se "órgão" de "agente", posto que o "órgão" é caracterizado pela sua função de exprimir uma vontade imputável à pessoa coletiva, dotado de independência e inviolabilidade, enquanto que o "agente" é mero colaborador do órgão, atuando na formação da vontade a manifestar pelos órgãos, ou a dar execução às decisões destes, sob sua direção e fiscalização. Na qualidade de órgão, o Procurador de Estado é a manifestação do Estado presente no controle externo, perante o Judiciário, postulando seus interesses, assim como é a manifestação do Estado, presente no controle interno, demonstrando o direito aplicável à Administração. [8]

8 MASSA, Patrícia Helena. **O papel do advogado público na administração democrática e o controle de legalidade. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo. 1997. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev7.htm>. Acesso em 13 de julho de 2013, às 16h44min.

O Procurador de Estado quando atua perante o Poder Judiciário encarna o próprio ente estatal, ou seja, a Fazenda Pública se faz presente em juízo, razão pela qual não há necessidade de outorga de mandato pelo Estado, pois uma vez investido no cargo de Procurador de Estado personifica a entidade estatal. [9]

*Mutatis mutandis,* quando o Procurador age no desempenho de sua função, quem age é o próprio Estado, conforme a preciosa observação de Pontes de Miranda: **o Procurador não representa; ele presenta o Estado**. O Procurador, quando é investido em seu cargo público, está automaticamente habilitado para funcionar como órgão estatal de comunicação com os demais Poderes.

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Os Procuradores de Estado não são, em rigor, advogados. Assim como o juiz é órgão da função jurisdicional os são órgãos estaduais, encarregados da defesa e do ataque judiciais. No dizer de Pontes de Miranda, eles presentam, não representam a pessoa jurídica estatal (...) (STJ – Resp. 401390/PR – Recurso Especial n. 2001/0196958-5 – Min. Humberto Gomes de Barros – 1ª Turma – 17.10.2002 – DJ 25.11.2002 – p.200).

Têm-se, pois, que os Procuradores do Estado exercem a função de presentação. Assim, no desempenho

9 A presentação é uma relação orgânica, como no caso do Chefe do Executivo que presenta o Brasil. Tanto assim que, se ele sofrer um ataque num país estrangeiro, será um ataque ao Estado brasileiro. Quando um presidente age, quem age é a pessoa jurídica, por isso não precisa de procuração.

de suas atribuições, agem encarnando o próprio Estado, defendendo os seus interesses.

Portanto, o Procurador de Estado exerce, inequivocamente, função de presentação do Estado, encarna em si a figura de representante do poder público, personificando perante o Poder Judiciário a própria pessoa jurídica de direito público interno, cabendo-lhe agir de forma a defender os interesses do Estado na esfera judicial e extrajudicial, haja vista que é a única instituição que no exercício de suas atribuições detém a exclusividade do aconselhamento jurídico de todos os poderes do Estado e todos os órgãos e instituições públicas, **com nítido caráter preventivo de controle interno da legalidade**.

Elucidada a questão relativa à representação ou presentação do Procurador de Estado em juízo, oportuno não se olvidar que a atuação dos membros da carreira, bem como de toda a Administração Pública deve estar pautada em consonância com o princípio da legalidade, razão pela qual será dedicado o item seguinte neste trabalho, para falar dessa questão essencial à existência do Estado Democrático de Direito – o princípio da legalidade **-** como antídoto natural do poder monárquico ou oligárquico.

## 4 A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Toda atividade da Administração Pública está delimitada por um sistema principiológico e normativo a

serviço do interesse público. O administrador não é senhor absoluto de seus atos, deve trilhar sua ação pelo caminho iluminado com as balizas dos princípios condicionantes e da norma positivada, sob pena de nulidade absoluta de seus atos.

A Constituição Federal, no *caput* do art. 37, dispõe sobre os princípios inerentes à Administração Pública, *in verbis:*

> Art. 37. Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

Observa-se que o dispositivo mencionado não se resume somente aos órgãos que integram a estrutura central do Estado, mas também abrangem os entes que integram a chamada Administração Indireta, quais sejam autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais ou estatais.

O princípio da legalidade, inspirado no art. 4° da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, se tornou realidade depois da adoção do Estado de Direito. Assentado na estrutura do Estado Democrático de Direito, está previsto na Constituição cidadã de 1988, em seu art. 5°, II, ao prescrever que **"ninguém será obrigado fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei"**, bem como no art. 37, *caput*.

O Estado de Direito é essencialmente um Estado de garantias, pois, ao mesmo tempo em que o particular não

será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei, o administrador somente pode fazer aquilo que a lei determina.

Celso Antonio B. Mello afirma que o princípio da legalidade é a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei, como se verifica:

> Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento de alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo. [10]

Consoante esse princípio, a Administração Pública não pode proibir ou impor comportamento ao administrado ou aos seus servidores se não houver previsão legal que lhe autorize.

Preleciona Silvana Bussab Endres que para validação do ato administrativo há necessidade de apoiar-se numa dupla demonstração: a) da existência de lei autorizadora da sua emanação; o denominado motivo legal; e b) da verificação concreta da situação fática para qual a lei previu o cabimento daquele ato; o denominado motivo do fato. [11]

---

10MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 928.

11FERRAZ, Sérgio Ferraz e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo**

O princípio da legalidade configura-se como a mola-mestra de toda atividade administrativa e tem um propósito político de submeter aos administradores públicos, em especial os detentores de poder, o comando da lei, com fito à não exacerbação personalista e autoritária.

Celso Antonio Bandeira de Mello prescreve que o princípio da legalidade é antídoto natural do poder monárquico ou oligárquico, em que os governantes são meros representantes da sociedade e o povo, os cidadãos são proclamados como detentores do poder, conforme reza o art. 1º da Constituição da República, que dispõe: "**Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos**". (Destacou-se) [12]

Pelas linhas vetoriais expostas, o princípio da legalidade vincula o agir da Administração Pública, na forma da lei, nos limites da lei[13]. Sendo, assim, o ato administrativo para ser válido deve estar alicerçado num dispositivo legal, que o preveja e emanado por autoridade competente para o desiderato.

A seguir, proceder-se-á uma análise conceitual do processo administrativo, tendo em vista que o pano de fundo deste presente artigo envolve questão referente ao processo administrativo de prestação de contas pelas instituições públicas, por imperativo constitucional (art. 70, parágrafo único, CRFB).

---

**Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.55-56.

12 MELO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 99.

13 A atual constituição, diferentemente das anteriores, destacou um capítulo à Administração Pública (capítulo VII do Título III) e no art.37, consignou, expressamente, os princípios a serem seguidos por toda administração de qualquer dos entes federativos.

## 5 DA ANÁLISE CONCEITUAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo, entendido como o conjunto de atos administrativos produzidos por uma instituição pública, era visto como uma mera relação jurídica destinada a compor conflitos e possibilitar o exercício de direito em face da Administração Pública. Limitava-se a uma simples forma da pessoa privada defender-se dos atos administrativos do Estado[14].

Sabe-se que o direito administrativo, ramo do direito público que norteia a estrutura e o funcionamento da Administração Pública, passa por uma nova leitura, assim como o sistema jurídico de direito público, com base no modelo original europeu-continental, especialmente o francês, vem sofrendo sensível influência do sistema americano, *common law*. A mescla desordenada entre esses sistemas fomenta o aumento da importância concedida ao processo administrativo com a "processualização" do Direito[15].

Outrora, a terminologia "processo" era associada exclusivamente à função jurisdicional, ou seja, era algo

14 BOCKMANN, Egon Moreira. **Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. São Paulo. Malheiros Editores, 2007, p. 16-17.

15 Idem. O sistema da *common law,* típico da civilização anglo-saxã, vem transbordando suas fronteiras tradicionais desde o início da década de 80 do século XX (com todas as suas vantagens e gravames). A mescla desordenada entre sistemas tão distintos é típica destes tempos de pós-modernismo jurídico, fazendo com que a belíssima *obra Atlante di Diritto Privado Comparado* (coord. De Francesco Galgano) tenda a se tornar um livro de História, com seus mapas e distinções radicais entre a *civil law* e a *common law*. Sem dúvida que o fenômeno ultrapassa o objeto deste estudo mas ele traz algo de revelador acerca do aumento da importância conferida ao processo administrativo.

inerente à atividade do Poder Judiciário. A partir dos anos 50 começa a surgir uma nova concepção do fenômeno processual, que passa a abranger também as demais funções de Estado. O processo deixa de ser entendido como o modo de atuação do Poder Judiciário e passa a ser concebido como o modo de exercício do poder estata1.[16]

As transformações pelas quais passou o Estado moderno, agregadas à nova visão do Estado Democrático de Direito, alicerçada na soberania popular, compeliram a ruptura das velhas prescrições dogmáticas que já não mais atendem às expectativas da população, que cobra da Administração Pública eficiência, agilidade, efetividade e transparência.

Surge, assim, uma forte tendência que é a processualização da atividade administrativa, em face da crescente preocupação com a democratização e abertura da participação popular na formação da vontade administrativa e não apenas no ato administrativo final, passando o processo a ser forma de contenção de poder.[17]

Ademais, com os insucessos do Estado Liberal e do intervencionismo estatal aparece um novo modelo de Estado Regulador, que intervém na ordem econômica e social, por interpostas pessoas jurídicas denominadas de Agências Reguladoras. Essas entidades, além de exercerem funções tipicamente administrativas, exercem funções normativas

16 Nesse sentido HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2001. p. 45: "O processo passa a ser considerado como o aspecto dinâmico de um fenômeno que se concretiza no decorrer do tempo e que reflete a transformação do poder estatal latente em atos e decisões. É por isso que, atualmente, não se nega a existência do processo no exercício da função jurisdicional, mas se afirma que o exercício da função legislativa e executiva também são caracterizados pela processualidade."

17 Idem, p.47.

que podem culminar em sanções, por meio de processo administrativo. Com essas funções o processo administrativo alcança maior destaque, transformando-se em instrumento de criação de normas genéricas e abstratas.

Contemporaneamente,processualistas e administrativistas asseveram quase que por unanimidade a existência do processo em todas as atividades estatais, em razão do núcleo comum pertencente ao exercício de todas as atividades estatais. Esse núcleo central é a contenção do poder estatal, conforme bem salienta Marcelo Harger.[18]

A Constituição fixa as balizas para que cada Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) cumpra suas funções institucionais, com independência e respeito aos direitos individuais. Assim, a atividade administrativa está sob as amarras do princípio da legalidade, em que o agente é compelido a restringir qualquer que seja sua inclinação pessoal ao estatuído nas finalidades determinadas na lei, que é o atendimento ao interesse público.[19]

---

18 Idem, p. 47.

19Interesse público são os interesses coletivos "que importam à coletividade, em si mesma considerada, e cuja satisfação repercute direta e imediatamente sobre a sociedade como um todo, transcendendo o âmbito dos interesses particulares. Por isso mesmo, tais interesses se qualificam usualmente como públicos, por lhes ser atribuído um regime jurídico inspirado na desigualdade entre eles e os privados, entendendo-se que os primeiros prevalecem sobre os segundos, isto é, que os interesses do todo preferem ao das partes '*üti singuli'*. É, já que se trata de satisfação pública, 'pertinente à coletividade em sua expressão jurídico-institucional', responsável, a um tempo, pela guarda dos interesses do todo e pela garantia dos interesses das partes, o regime normativo que regula a matéria se informa no princípio de supremacia e autoridade, de plano, conferida aos atos dos órgãos que representam o interesse público. A indisponibilidade dos bens objeto das relações desta ordem é a regra geral, pois devem se circunscrever à realização de finalidades legalmente previstas que delimitam antecipadamente seus objetivos. (MELLO, Celso Antônio

No Estado Democrático de Direito a processualidade se vincula à disciplina do exercício do poder estatal, que não só exige a consonância substancial da atividade administrativa com a norma, mas, sobretudo, com os meios de produzi-la.

Aliás, essa é a lição de Celso Antônio Bandeira:

> A ideia, de resto simplicíssima, que está por detrás destas afirmações é a de que, tal como na esfera judicial, para produzir-se o ato próprio de cada função, não se requer apenas consonância substancial dele com a norma que lhe serve de calço, mas também com os meios de produzi-la. Com efeito, no Estado de Direito, os cidadãos têm a garantia não só de que o Poder Público estará, de antemão, cifrado unicamente à busca dos fins estabelecidos em lei, mas também de que tais fins só poderão ser perseguidos pelos modos adrede estabelecidos para tanto. É no *modus procedendi*, é, em suma, na escrupulosa adscrição ao *due process of law*, que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais. [20] (grifou-se)

Para cumprir suas funções institucionais, a Administração Pública desempenha um imenso leque de atividade administrativa, por exemplo: contratação de serviços, execução de uma obra, tomada de decisão, edição de regulamento, pareceres, concessão de licença, punição de servidores, prestação de contas, audiências etc., enfim, toda essa prática é desenvolvida mediante a formalização de um processo administrativo.

Bandeira de. Regime Jurídico das Autarquias. In:RDP 75-55, p. 236.

20 Citado por HARGER, Marcelo. Ob. Cit. p. 50.

É certo que com a ampliação da área de atuação do Estado emergiu a necessidade de um maior controle da atividade administrativa, fazendo-se destacar **o processo administrativo como instrumento poderoso de controle.**

Observa-se que no exercício do "Poder", não raras vezes, há desvio de condutas de administradores públicos que burlam o sistema jurídico e se locupletam do erário, com a malversação dos recursos públicos. É diante dessa perspectiva que o processo ganha relevo como forma de contenção do poder. O processo é modo de garantir a observância dos limites legais.[21]

Para a realização de suas funções institucionais e finalidades constitucionais a Administração Pública utiliza o processo como instrumento de registro de seus atos, controle da conduta de seus agentes, solução de controvérsias entre a administração e o administrado.[22]

---

21Nesse sentido HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2001, p. 45: "Montesquieu considerava como uma verdade histórica o fato de que todo aquele que detém o poder tende a abusar dele. Essa foi à razão de ter concebido a sua teoria da tripartição dos poderes. De fato, não é raro os homens buscarem o poder pelo poder, mesmo quando mascaram essa realidade pela busca do bem comum[19] e, por isso, é bastante engenhosa a teoria de Montesquieu que pretende realizar a contenção do poder pelo próprio poder. Ocorre que a simples separação das funções estatais tem sido ineficiente no controle dos abusos praticados pelos agentes estatais. É diante dessa perspectiva que o processo ganha relevância como forma de contenção do poder. É que, na realidade, não é somente o administrador público que exerce função, mas também o legislador e o juiz. Vale dizer, conferem-se certos poderes a esses agentes, para que possam atingir certas finalidades previstas em lei. Todos estão adstritos ao cumprimento dessas finalidades e somente podem atuar no estrito limite de suas competências. O processo é o modo de garantir a observância desses limites."

22 Cf. Hely Lopes Meireles: "Administração Pública" – Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias

Os estudiosos indicam na prática administrativa quatro noções diferentes de processo administrativo. Em sentido estrito, o processo é caracterizado como a série de documentos que formam a peça administrativa. Em sentido amplo, o conjunto de atos ordenados para a solução de uma controvérsia entre a administração e o administrado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão Processo Administrativo é utilizada em diversas conotações:

> 1. Num primeiro sentido, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração;
>
> 2. É ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido é empregado no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 1998, quando diz que o servidor público estável 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;
>
> 3. Em sentido mais amplo, designa o conjunto

aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelho do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. (**Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 63)

> de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo;
>
> 4. Como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração. [23]

Na seara jurídica, processo é descrito como instrumento utilizado para regular interação entre as pessoas, tendo como escopo a solução de conflitos de interesse ou tomada de decisão.

A expressão **processo administrativo** para José Cretella Júnior "designa, em **acepção ampla**, o conjunto sistemático de atos dos órgãos da Administração que, em matéria administrativa, objetivam a concretização das relações jurídicas reguladas, anteriormente, pelo direito material". [24]

No conceito de José dos Santos Carvalho Filho, processo administrativo é "instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e atividades do Estado e dos particulares, a fim de ser produzida uma vontade final da Administração". [25]

O processo administrativo, assim, pode ser definido como um conjunto sistemático de atos dos órgãos públicos que regula as relações jurídicas da administração com ela mesma, com outras entidades estatais e com os administrados, pessoas naturais e jurídicas.

---

23 Ob. cit., p. 577-578.

24 CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Forense, 2007, p.728.

25CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Lúmen Júris, p. 884.

Imperioso esclarecer que o termo processo é corriqueiramente confundido com procedimento. Contudo, são designações que se entendem completamente diferentes. O primeiro é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de uma decisão administrativa; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual.

Conforme a natureza da questão a decidir e os objetivos da decisão o processo, portanto, pode realizar-se por diferentes procedimentos. Pode-se dizer que não há processo sem procedimento, mas há procedimentos administrativos que não constituem processo.

Parafraseando Hely Lopes Meirelles[26] o que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o que tipifica o procedimento de um processo é o modo específico do ordenamento desses atos.

Em resumo, processo administrativo é um instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e atividades da Administração Pública. É um conjunto de atos coordenados preparatórios para a obtenção de uma decisão final administrativa.

Delineadas as bases conceituais e principiológicas necessárias para a fundamentação da análise da questão nodal relativa à conformação da função de representação do Estado nas Assembleias das entidades da Administração Indireta pelo Procurador de Estado, prosseguir-se-á com a abordagem analítica dessa questão, à luz do ordenamento constitucional brasileiro.

26 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 28. ed. e atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 655.

## 6 DA REPRESENTAÇÃO DO ESTADO EM ASSEMBLEIAS SOCIETÁRIAS DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, PELO PROCURADOR DE ESTADO À LUZ DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

Conforme narrado preliminarmente, a formação histórica da carreira de Procurador de Estado, no Brasil, seguiu o modelo adotado em Portugal de atribuir a estes profissionais várias funções distintas: defesa dos direitos da Coroa, preservação do patrimônio ou de bens reais e ainda de defensor dos órfãos, viúvas e pobres, função judicante (decisão de conflitos administrativos), múnus de órgão acusador na esfera criminal, como Promotor de Justiça e de consultor jurídico.

Pelo elenco dessas atribuições, depreende-se que as funções hodiernamente exercidas pela carreira de Defensor Público, de Promotor de Justiça e mesmo de Juiz, eram desempenhadas pelos Procuradores, sendo essas carreiras originárias da segregação das multifacetadas funções do cargo de Procurador.

Na atualidade, por força da Constituição Cidadã, em seu art. 132, restou sobejamente cristalino que são funções típicas da carreira: as de representação judicial e a consultoria jurídica das unidades federadas. Dessa forma, a missão precípua é a de defesa dos interesses públicos, compreendidos estes como interesses da coletividade, seja de caráter preventivo, seja em juízo, para que a Administração Pública possa prestar serviços de forma eficiente, em consonância com os princípios constitucionais e o ordenamento jurídico.

A Constituição da República instituiu as

Procuradorias de Estado como órgãos técnicos especializados na área jurídica para a representação judicial e a consultoria, das respectivas unidades federadas, no caso os Estados - pessoas jurídicas de direito público interno, cuja estrutura político-administrativa está representada diretamente pelos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Quando a Constituição se refere à Ente Federado, não restringe apenas a pessoa jurídica de Direito Público Interno (Estado), mas abrange as formas de atuação deste Estado-Administração, aqui englobadas tanto a Administração direta como indireta.

Assim, na função de representação judicial, exerce o Procurador de Estado a capacidade postulatória relativa à representação para atuar em juízo, ou seja, a representação técnica exercida, exclusivamente, pelo advogado, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, como a representação de estar em juízo, em nome do representado, na defesa de seus interesses.

Na função de consultoria do Estado, incumbe ao Procurador de Estado proceder à orientação jurídica para o controle interno da juridicidade dos atos administrativos da Administração Pública estadual, bem como apreciar e opinar sobre questões jurídicas controversas.

Oportuno destacar a definição de Maria Helena Diniz sobre o serviço de consultor: "*aquele que, pelo seu saber, técnica e experiência profissional, está apto, dentro de sua especialidade, a dar conselhos ou a emitir opinião e parecer, esclarecendo o consulente a respeito da questão formulada*."

Portanto, a função desempenhada pelo Procurador de Estado, na qualidade de consultor jurídico da entidade estatal, envolve atividade técnica de conhecimento especializado sobre a matéria objeto da consulta. A consulta realizada pela

Administração é respondida em forma de parecer, que é uma pronúncia opinativa sobre determinada situação relacionada à área técnica de conhecimento do Procurador.

Logo, a atribuição exercida pelos membros da carreira de Procurador de Estado nas unidades federadas de representação da entidade estatal, na condição de acionista majoritário, em Assembleias Gerais das entidades da Administração Pública Indireta, não se amolda dentro do quadro legal das funções constitucionalmente estabelecidas, tendo em vista que, em regra, o objeto dessas reuniões é a análise da prestação de contas daquelas entidades, o que envolve apreciação de balanço financeiro e contábil, balanço patrimonial, demonstração do *superávit* ou déficit do exercício, demonstração das origens e aplicações de recursos e a demonstração das mutações do patrimônio social, assunto bem diverso da área de formação e atuação do Procurador, que exige conhecimento especializado das Normas Brasileiras de Contabilidade.

Obtempere-se que é temeroso que o Procurador de Estado assuma essa responsabilidade de representar a entidade estatal. Normalmente é convocado para participar dessas assembleias em exíguo prazo, sem o auxílio e informação técnica de profissional da área contábil e financeira que o ato exige.

Não se pode olvidar que o princípio da legalidade prescrito na Lei maior em seus artigos 5º e 37, *caput*, impõe à Administração Pública a obediência estrita à lei, de forma que o ato administrativo para ser válido deve estar alicerçado num dispositivo legal que o preveja. No caso, essa função não está em consonância com as constitucionalmente atribuídas à carreira.

Observa-se, ainda, pelo princípio da razoabilidade que o Procurador de Estado não está habilitado para deliberar sobre assuntos dessa envergadura, sua formação é estritamente de conhecimento jurídico, por conseguinte, não é razoável, nem conveniente que seja fixada em lei referida atribuição, tendo em vista que ato próprio de Procurador não é ato de gestão administrativa de dinheiros, bens e valores públicos.

Nesse sentido é o entendimento do renomado professor Diogo Figueiredo Moreira Neto, em artigo intitulado: A Responsabilidade do Advogado de Estado. Senão vejamos:

> (...)
> Não obstante, **os Advogados de Estado têm investidura especial em cargos para tanto constitucionalmente diferenciados**, não se tratando, por isso, de cargos administrativos, mas de cargos jurídicos próprios, tal como instituídos na própria Carta Magna, **especificamente dirigidos ao desempenho das funções advocatícias públicas de promoção e controle de legalidade** (aqui entendida em sua acepção mais ampla, de juridicidade).
> (...)
> O Advogado de Estado nada decide quanto à conveniência ou à oportunidade dos atos que lhe são submetidos, mas, tão somente, sobre **o que seja de sua competência, que vem a ser a sua intrínseca juridicidade**, e tudo segundo sua ciência e sua consciência, pois que são esses os únicos referenciais de seu opinamento profissional, e sempre *sub censura.* Logo, à toda evidência, **no desempenho desta função de dizer o direito aplicável, o Advogado de Estado não pratica ato de administração**. E assim o é, porque nem tem investidura para prática de atos administrativos extroversos,

> **nem, tampouco, dispõe da formação e da informação burocráticas necessárias para praticá-los**.
> (...)
> **Atividade advocatícia pública não se confunde com atividade de administração pública. Ato próprio de Advogado de Estado não é ato de gestão administrativa de dinheiros, bens e valores públicos**. Advogado de Estado é agente público *sui generis*, de natureza política e *status* constitucional, pois exerce unipessoalmente uma parcela do poder do Estado que lhe é conferida em seu ministério, de impulso e de dicção do direito, e não um agente administrativo que pratica atos de gestão sob ordens hierárquicas.
> (...)
> Ora, a natureza do juízo expresso pelo Advogado de Estado em atos próprios da função de consultoria de Estado – como é o caso da prolação de Pareceres para os órgãos da Administração Pública – é de cunho exclusivo e estritamente jurídico, ou seja: a opinião expendida atine apenas a juridicidade das questões examinadas, e nada mais do que esse aspecto, ainda porque, apenas as suas conclusões de direito ganham eficácia jurídica, vale dizer que, **quaisquer opiniões de outra natureza ainda que neles venham a ser registradas, não são eficazes, pelo simples fato de que desbordariam da competência profissional do agente jurídico**.[27]

27 NETO, Diogo Figueiredo Moreira. A Responsabilidade do Advogado de Estado. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29276.pdf/rev630305ResponsabilidadeAdvogadoEstado.pdf> Acesso em 14 de julho de 2013, às 10h.

Ademais, é um grande risco assumir tal atribuição, que pode gerar responsabilização pessoal do Procurador de Estado, pelos Tribunais de Contas. Imperioso lembrar o Acórdão nº 675/2006 do Plenário de Contas da União, que impôs, indevidamente, sanções pecuniárias por má gestão administrativa a Procurador de Estado, sob assertiva de coautoria de ilegalidade e irregularidade de gestão administrativa. Como bem destacou Professor Diogo de Figueiredo: *"o Acórdão labora em nítida confusão entre o ato próprio do exercício da Advocacia de Estado - enquanto tal, fora do controle funcional e sancionatório do Tribunal de Contas da União - com o ato próprio de administração pública, este sim, sob seu controle.*"[28]

Cumpre destacar que faz parte do cotidiano do Procurador de Estado do Acre o exercício dessa atribuição, que tem causado extrema preocupação dos membros da carreira, sendo, inclusive objeto de duas análises pelo Centro de Estudos Jurídicos da PGE/AC sobre referida atuação.

No ano de 2010, a então Chefe do Centro de Estudos Jurídicos da PGE/AC, Caterine Vasconcelos de Castro, exarou parecer sobre assunto referente à supervisão da Procuradoria-Geral do Estado nos processos administrativos e judiciais dos órgãos da Administração Indireta, que englobava a participação da Procuradoria nos Conselhos formuladores de políticas públicas, deliberativos e assembleias gerais das indiretas. No parecer há denso estudo doutrinário, com pesquisa de legislação de outras unidades federadas: PGE/BA, PGE/AL e PGE/PR, que expressam essa incumbência em texto legal. O parecer conclusivo foi no sentido de ser inadequada essa atribuição por constituir ato de gestão, que não são próprios da Advocacia de Estado.

28idem ao anterior

Oportuno transcrever parte do entendimento da citada parecerista:

> É necessário observar que do Procurador de Estado são exigidos conhecimentos específicos do Direito e qualificação técnico-jurídica para que possa exercer as atribuições constitucionais da advocacia pública (consultoria jurídica e representação judicial). Contudo, essa capacitação profissional não se configura, por si só, como a mais adequada ou mesmo compatível para a prática de atos de gestão e deliberação próprios de assembleias societárias, tais como análise e aprovação de demonstrações e balanços contábeis e financeiros, que certamente melhor podem ser desempenhados por servidores públicos com formação em áreas de maior afinidade, tais como contabilidade, administração e economia.
> Aliás, nesse sentido pode-se fazer analogia com a atividade jurisdicional quando se vale de perícia técnica para proferir decisão acerca de matérias sobre as quais a formação jurídica do juiz não proporciona os conhecimentos necessários para o deslinde do caso.
> Assim, não se pode confundir ato próprio do exercício da Advocacia de Estado com ato próprio de administração pública, este sob controle do Tribunal de Contas, quanto à aprovação da regularidade daquelas, no exercício do controle externo.
> Por outro lado, em consonância com as atribuições que lhes são próprias, é adequado e viável que o Procurador de Estado se faça presente nas referidas assembleias societárias para prestar consultoria jurídica ao representante do Estado do Acre (acionista), assegurando a este os subsídios jurídicos eventualmente necessários às suas deliberações.

> Assim, opino pela impossibilidade da continuidade da representação extrajudicial na forma imposta, tanto em virtude da ausência de previsão legal, quanto pelo fato de que a prática de ato de gestão, consistente na representação de acionista em assembleia societária, refoge às atribuições inerentes ao Procurador de Estado, em total dissonância com o postulado do artigo 132 da Constituição Federal.[29]

Neste ano de 2013, o assunto voltou para análise do Centro de Estudos Jurídicos da PGE/AC, contando com estudo prévio desta autora, nos autos do processo de nº 2013.056.000545-2, em que seguiu linha similar do entendimento citado, no sentido de não se harmonizar tal atribuição com as funções constitucionalmente atribuídas para a carreira de Procurador, ponderando que recentemente o Estado do Acre reformulou a estrutura administrativa do Poder Executivo, por meio da edição da Lei Complementar nº 247 de 17 de fevereiro de 2012, estabelecendo em seu art. 16, vinculações dessas entidades da Administração Pública Indireta às Secretarias de Estados, órgãos da Administração Pública Direta.

Dessa forma, visando dar harmonia à atual normativa estabelecida para a estrutura Administrativa do Poder Executivo, sugeriu-se que a representação do Estado do Acre, como acionista ou cotista, em sociedades de economia mista e em empresas públicas, seja exercida pelo titular da Secretaria de Estado ao qual estejam vinculadas (art. 16 da Lei Complementar Estadual nº 247).

29Estado do Acre. Procuradoria-Geral do Estado. Parecer PGE/CEJUR Nº 36/2010, exarado nos autos de nº 2008.082.003488-6/2008.056.001169-2, 2010.056.000212-2, Rio Branco, Acre, 21 de dezembro de 2010.

Os titulares das Secretarias de Estado, na qualidade de gestores administrativos, têm competência para deliberar sobre referida questão, detém maiores conhecimentos sobre os diversos assuntos em pautas dessas reuniões, posto que referidas entidades prestam informações sobre natureza operacional, contábil e financeira, às Secretarias de Estado a que estão vinculadas, como determina o art. 15, da Lei Complementar nº 247/2012:

> Art. 15. A supervisão por vinculação é exercida sobre as entidades da administração indireta, as quais ficam sujeitas:
> I - a verificação periódica do atendimento de diretrizes governamentais e dos objetivos fixados nos seus atos constitutivos;
> II - **a prestação de informações administrativas, operacionais e financeiras**;
> III - a normas de elaboração, encaminhamento e execução orçamentária e de responsabilidade fiscal;
> IV - a limites e critérios para despesas com pessoal, nos termos do previsto em lei específica;
> V - a limites e critérios de despesas com publicidade, observado inclusive o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição; e
> VI - a adoção, na aplicação das leis e regulamentos de natureza administrativa que digam respeito às atividades-meio, da interpretação jurídica de caráter geral regularmente aprovada no âmbito do Poder Executivo.

Concluiu-se, nesse último parecer, que nas Assembleias Gerais de Sociedades de Economia Mista ou

Empresas Públicas a atuação do Procurador de Estado deve-se limitar ao aspecto jurídico para que o processo de aprovação das contas se realize em conformidade com o ordenamento legal. Que o ato de aprovação deve ser efetuado pelo titular da Secretaria de Estado ao qual estejam vinculadas as referidas entidades públicas, em harmonia com o estabelecido na Lei Complementar nº 247/2012. Foi também sugerido o encaminhamento de minuta de Decreto para o Governador do Estado do Acre estabelecer referida competência aos titulares das Secretarias de Estado ao qual estejam vinculadas as entidades públicas.

O parecer foi acolhido pelo Procurador-Geral e chancelado pelo Governador do Estado do Acre, que editou o Decreto Nº 5.943 de 18 de junho de 2013, que assim prescreve:

> DECRETO Nº 5.943 DE 18 DE JUNHO DE 2013
> Dispõe sobre a representação do Estado do Acre, como acionista ou cotista, em sociedades de economia mista e em empresas.
> O GOVERNADOR DO ESTADO DO ACRE, no uso das atribuições que lhe confere o art. 78, IV, da Constituição Estadual, e
> Considerando o disposto no art. 86, IV, da Constituição Estadual, estabelecendo que é de competência do Secretário de Estado a prática de atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas pelo Governador do Estado;
> Considerando o disposto no art. 9º da Lei Complementar Estadual nº247, de 17 de fevereiro de 2012, que estatui que a organização e o funcionamento dos órgãos da Administração Direta serão regulados por decreto, nos termos e limites da Constituição, e respeitadas as áreas de competências previstas em lei;

> Considerando o disposto no art. 8º da Lei Complementar Estadual nº 247/2012, que prevê a área de competência de cada Secretaria de Estado;
> Considerando o disposto no art. 16 da Lei Complementar Estadual nº 247/2012, entabulando a vinculação das entidades da Administração Indireta às Secretarias de Estado.
> DECRETA
> Art. 1º A representação do Estado, como acionista ou cotista, em sociedades de economia mista e em empresas, é exercida pelo titular da Secretaria de Estado ao qual estejam vinculadas, na forma do art.16 da Lei Complementar Estadual nº 247, de 17 de fevereiro de 2012, ou de leis específicas.
> Parágrafo Único. Em assembleias, mediante requerimento, o Secretário de Estado será acompanhado por Procurador de Estado, o qual exercerá a consultoria jurídica da unidade federada.
> Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.
> Rio Branco – Acre, 18 de junho de 2013, 125º da República, 111º do Tratado de Petrópolis e 52º do Estado do Acre.

Importante destacar que não restará inviabilizado o exercício da consultoria jurídica do Procurador nas Assembleias, que poderá ser feita mediante requerimento do Secretário de Estado, já que a aprovação de contas é um processo administrativo obrigatório, previsto na Constituição Federal, em seu art. 70, que assim prescreve:

> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da

> União e das Entidades da Administração Direta e Indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renuncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno.
> **Parágrafo Único**. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelo quais a União responda, ou que em seu nome deste, assuma obrigação de natureza pecuniária. (destacou-se)

A prestação de contas deve ser entendida como um conjunto de documentos e informações disponibilizados pelos dirigentes das entidades aos órgãos interessados e autoridades, de forma a possibilitar a apreciação, conhecimento e julgamento das contas e da gestão dos administradores das entidades, segundo as competências de cada órgão e autoridade, na periodicidade estabelecida no estatuto social ou na lei.

Vislumbra-se dessa conceituação que o instituto de prestação de contas se enquadra dentro da tipologia de processo administrativo, em sentido amplo, que é o meio pelo qual a Administração Pública se utiliza para ordenar as questões vividas no âmbito da Administração, nas relações sejam internas, sejam externas, conforme estudo realizado no item 2.3 deste parecer.

O processo administrativo de prestação de contas foi instituído justamente para garantir a observância dos limites legais e das finalidades públicas, como forma de contenção do poder. Já asseverava Montesquieu como uma verdade histórica o fato de que todo aquele que detém o poder tende a

abusar dele, daí a necessidade de estabelecimento de prestação de contas como forma de contenção de poder.

Em sendo assim, é salutar e conveniente o acompanhamento nessas assembleias pelo Procurador de Estado, para dirimir eventuais controvérsias jurídicas ou sanar irregularidades e ilegalidades que porventura ocorram no processo de aprovação das contas.

Ademais, no Estado do Acre, existe o Decreto Estadual nº 351/95 que, em seus artigos 3º e 4º, dispõem sobre a necessária supervisão jurídica da Administração Indireta pela própria PGE, nos seguintes termos:

> Art. 3º Fica vedada aos órgãos da administração direta a prática de atos administrativos que importem em concessão de aposentadorias, gr atificações,incorporações,licenças especiais, bem como dispensa e inexigibilidade licitatória, sem manifestação da PGE.
> Art.4º Com relação aos órgãos da Administração Indireta, a Procuradoria Geral do Estado realizará, além da supervisão dos indicados no artigo anterior, o controle jurídico das ações em que forem autores ou réus.
> Parágrafo único: O Regimento Interno da Procuradoria Geral do Estado estabelecerá o procedimento a ser adotado para a prática da supervisão, e do controle jurídico supra, bem como para a apuração de irregularidades, que venham a ser detectadas[30]. (grifo nosso)

Referida normatização, prescreve a supervisão pela PGE/AC de determinados atos administrativos, previstos

30 Acre. Decreto Estadual de nº. 351, de 26 de abril de 1995.

no artigo 3º, praticados pelas entidades da Administração Indireta, como também estipula o controle jurídico das ações em que forem autores e réus.

Quanto à supervisão dos atos administrativos há de se aferir que se trata da atribuição de controle interno incumbida à Procuradoria-Geral do Estado do Acre de verificar sua conformidade com o ordenamento legal.

Conforme leciona o ilustre Procurador de Estado de Goiás, Cláudio Grande Júnior, citado no parecer exarado anteriormente pela Chefia do Cejur:

> A função de controle jurídico interno da atividade administrativa é reputada por muitos como a mais importante. [...] Mas se reconhece que em todas as entidades estatais federadas **há natural vocação da advocacia pública para a atividade de controle interno**, qualitativamente distinto do tradicional exercido pelos demais órgãos de controle interno e do externo desempenhado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas. **Mais do que controle interno da legalidade é um verdadeiro controle interno de constitucionalidade**, aproximando-se da noção de jurisdição constitucional [...].
> Esse controle interno de constitucionalidade é exercido difusamente por todos os Procuradores do Estado em todos os procedimentos ou processos administrativos que atuem. Suas funções de controle são perenemente cumpridas caso a caso, conciliando a interpretação da lei e demais atos normativos com a da Constituição, podendo a Procuradoria-Geral, nos casos de reconhecimento de inconstitucionalidade do texto legal ou de alguma interpretação dele extraível, recomendar ao Governador a

> expedição de ordem aos órgãos administrativos subordinados para não aplicarem o dispositivo legal ou interpretação da qual resulte inconstitucionalidade. (destacou-se)

Dessa forma, o Procurador de Estado tem legitimidade para exercer o controle prévio da legalidade e da lesividade dos atos praticados pela Administração Pública, vez que dentro de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, por conseguinte, salutar o acompanhamento da reunião por um Procurador de Estado, a quem cabe zelar pela defesa do erário para que sejam observadas as normas legais e as finalidades públicas.

## CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil instituiu as Procuradorias de Estado como órgãos técnicos especializados na área jurídica para a representação judicial, a consultoria e o assessoramento, das respectivas unidades federadas, conforme prescreve o seu art. 132.

À luz do percurso histórico de formação da carreira de Procurador de Estado e da previsão constitucional de suas funções, não se harmoniza a função de representação do Estado, na qualidade de acionistas majoritários, em assembleias societárias das diversas entidades da Administração Indireta para análise de prestação de contas, tendo em vista que envolve conhecimentos técnicos especializados de contabilidade e economia, fora da área jurídica.

A prestação de contas, compreendida como processo a pelos membros da carreira para dirimir eventuais controvérsias ou sanar irregularidades sob o aspecto jurídico, para que se realize em conformidade com o ordenamento legal, em face da sua legitimidade constitucional de controle da legalidade dos atos da Administração Pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BABILÔNIA, Paulo Álvares. A advocacia pública brasileira no período colonial e no império: evolução histórica. Jus Navigandi, Disponível em: <http://jus.com.br/ revista/ texto/18112>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BYCZKOWSKI, Cintia. A Representação Judicial da Fazenda Pública Perante à Justiça do Trabalho: Uma Atribuição Constitucional da Advocacia Pública. São Paulo: Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Volume 2, nº 01, jan/dez 2011.

BOCKMANN, Egon Moreira. Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3ª Edição Atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Editora Forense. 2007.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, v. 1. São Paulo, 1998.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

ESTADO DO ACRE. Procuradoria-Geral do Estado. Parecer PGE/CEJUR Nº 36/2010, exarado nos autos do processo de nº 2008.082.003488-6/2008.056.001169-2, 2010.056.000212-2, 2010. Rio Branco, Acre, 21 de dezembro de 2010.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.

HARGER, Marcelo. Princípios Constitucionais dei Processo Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

LOVATO, Luiz Gustavo. Da Personalidade Jurídica e sua Desconsideração. Disponível em <http://www.lovatoeport.com.br/Artigos/Da%20personalidade%20jur%C3%ADdica%20e%20sua%20desconsidera%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em 14 de julho de 2013, às 9h.

MASSA, Patrícia Helena. O papel do advogado público na administração democrática e o controle de legalidade. Revista da Procuradoria-Geral da o Estado de São Paulo. São Paulo, 1997. Disponível em:<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/ revista3/ rev7. htm>. Acesso em: 13 de julho de 2013, às 16h44min.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MOURA, Cristovam Pontes. Advocacia de Estado no Brasil no Período Colonial e no Império: Matriz das Procuraturas Constitucionais. In Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, Volume 07, anual, 2012, p. 18. Disponível em: <http://asp-br.secure-zone.net/v2/index.jsp?id=3914/4148/4048&lng=pt_br>. Acesso 15/07/2013, às 11h54min.

NETO MOREIRA, DiogoFigueiredo. A Responsabilidade do Advogado de Estado.Disponívelem<http://download.rj.gov.brdocuentos/10112/168750/DLFE29276.pdf/rev 630305ResponsabilidadeAdvogadoEstado.pdf>. Acesso em 14/07/2013, às 10h.

# 3

Caterine Vasconcelos de Castro

## Da Amplicação da Atuação das Procuradorias de Estado nas Atividades de Consultoria e Assessoramento Jurídico do ente Federado no Estado Democrático de Direito

# DA AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO DAS PROCURADORIAS DE ESTADO NAS ATIVIDADES DE CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO ENTE FEDERADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Caterine Vasconcelos de Castro[1]

**RESUMO:** As procuradorias estaduais estão previstas na Constituição por intermédio da descrição das atribuições da carreira de Procurador de Estado, no artigo 132, o qual especifica que estes "exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas Unidades Federadas". No estado democrático de direito, o agir do Estado está vinculado aos princípios constitucionais, destacadamente o da legalidade. A Advocacia Pública, portanto, é essencialmente a "consciência" do Estado que norteará a prática administrativa, de modo a promover a boa Administração Pública, visando à promoção do bem comum. Atualmente, portanto, a Advocacia Pública assume o papel de função essencial ao Estado, e não só à Justiça, tendo em vista a complexidade das relações jurídicas

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Público pela FACIPE. Pós- Graduada em Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós- Graduada em gestão de pessoas com coaching pelo Instituto Brasileiro de Coaching em parceria com a Faculdade Monteiro Lobato. Procuradora do Estado do Acre com atuação na Consultoria de Pessoal.

e administrativas que o Estado encontra-se submetido em um mundo cada vez mais globalizado, cuja exigência de novos direitos e relações contratuais que se dinamizam na mesma proporção da velocidade em que a era da informação e tecnologia transformam as relações humanas em sociedade. Nesse cenário, a atuação da advocacia pública se amplia para participar cada vez mais do processo político de formação da vontade do Estado, como forma de garantir o atendimento e observância aos preceitos constitucionais. Para tanto, a atividade de consultoria e assessoramento vem ganhando relevo como medida preventiva e orientadora da Administração Pública Direta e Indireta para assegurar a juridicidade na concretização dos atos, serviços e políticas públicas.

**Palavras-chaves:** Estado Democrático de Direito - Ampliação da atuação das Procuradorias de Estado. Administração Pública Indireta – Políticas públicas.

## INTRODUÇÃO

Pretende o presente artigo abordar a importância da atuação das Procuradorias de Estado nas atividades de consultoria e assessoramento jurídico do ente federado para auxiliar na construção da boa e eficiente Administração Pública na atual configuração do Estado Democrático de Direito.

O presente estudo, em síntese, cinge-se a refletir sobre as atribuições institucionais das Procuradorias Gerais do Estado, seja na atividade de representação judicial, enquanto órgão que fomenta a estratégia de defesa da Administração Pública, mas, principalmente, no desenvolvimento da atividade

de consultoria, no que tange à orientação jurídica vinculativa, que promove a prevenção e construção de novos procedimentos administrativos, cuja abrangência do controle interno afeta, inclusive, a Administração Indireta.

Tem como escopo, ainda, trazer à lume qual o papel do advogado público no acompanhamento da formulação das políticas públicas, no desempenho do papel de assessor do Poder Executivo. Posta assim a questão, a abordagem no presente artigo, visa ponderar sobre as seguintes questões: 1) é atribuição constitucional da Procuradoria- Geral do Estado fazer o controle jurídico das ações judiciais e prestar consultoria e assessoramento às entidades da Administração Indireta? 2) A atividade de assessoramento abrange a participação dos procuradores em Conselhos Formuladores de Políticas Públicas?

Nessa perspectiva, o presente artigo parte de uma análise teórica constitucional das funções atribuídas constitucionalmente às procuradorias estaduais, destacando-se as controvérsias acerca do tema existente no seio da própria carreira de Procuradores, objeto, inclusive, de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal pela ANAPE (Associação Nacional dos Procuradores de Estado), bem como em razão das diferentes formas que se organizam e se estruturam as Procuradorias nos diversos entes da Federação.

Por fim, a partir da contextualização histórico-constitucional do papel das Procuradorias Estaduais e a devida atenção à reformulação do Estado Democrático, sugere-se um modelo de sistema integrado Jurídico Único no âmbito do Estado como forma de assegurar com eficiência a juridicidade dos atos administrativos e a boa administração pública. Aponta-se, ainda, para um novo papel que se desenha às Procuradorias

de Estado para acompanhamento das formulações das políticas públicas, enquanto atuação de assessoria do Poder Executivo.

## 1 ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DAS PROCURADORIAS ESTADUAIS ENQUANTO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

O Constituinte de 1988, para dar efetividade ao pretendido modelo de Estado Democrático de Direito, cuidou não apenas da estrutura e da organização do Estado Brasileiro, mas também estabeleceu as diretrizes basilares da atuação administrativa, direta ou indireta, de quaisquer dos Poderes, vinculando os três níveis federativos à observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e eficiência.

Ao conceber a organização dos poderes, a Constituição Federal atribuiu às funções essenciais à Justiça o mesmo *status* constitucional das funções legislativa, executiva e judiciária, outorgando-lhes, diretamente, parcela do poder estatal emanado do povo, vez que, no Título IV, "Da Organização dos Poderes", cuidou: no Capítulo I, "Do Poder Legislativo"; no Capítulo II, "Do Poder Executivo"; no Capítulo III, "Do Poder Judiciário"; e no Capítulo IV, Das Funções Essenciais à Justiça.

Nesse escopo, a Constituição elevou as funções essenciais à Justiça as já inseridas tradicionalmente como funções legislativa, executiva e judiciária. Significa dizer que o termo "Justiça", conforme empregou a Constituição Federal, tem uma acepção ampla, que não se confunde com o objeto

da atividade jurisdicional, a cargo do Poder Judiciário. Mais abrangente que isso, denota uma forma de atuação da atividade estatal e diz respeito diretamente aos fins do Estado Democrático de Direito.

Numa síntese, as "Funções Essenciais à Justiça" asseguram a **adequação entre os meios** (de toda e qualquer atividade estatal, seja legislativa, executiva ou judiciária) **e os fins** (a concretização do Estado Democrático de Direito). Como enfatiza o doutrinador SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA:

> O que se busca com a atuação dessas instituições é a realização da justiça, tornando esse termo não apenas no sentido de justiça de estrita legalidade; de justiça jurisdicional mas da justiça abrangente da eqüidade, da legitimidade, da moralidade. (...) Não nos deixemos impressionar com a ênfase que alguns dispositivos desse Capítulo IV atribuem ao relacionamento da atividade dessas instituições com a função jurisdicional (cf. arts. 127, 131, 132 e 134). É claro que a Justiça, mesmo a abrangente, a compreensiva, se faz, em grande parte, mediante a provocação e a prestação da função jurisdicional. Mas não só através desse meio. E tanto é assim, que a atuação dessas instituições se desenvolve, também, em face de outros Poderes[2].

Conforme exposto, para que o modelo de Estado Democrático de Direito se tornasse realidade, o Constituinte de 1988 ampliou materialmente as funções estatais precípuas e as respectivas instituições incumbidas do seu desempenho, democratizando o próprio exercício do poder estatal.

2 FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição**. v. III, Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1991, p. 397.

Destarte, o Constituinte de 1988 também criou as instituições estatais com competência exclusiva para o exercício das atribuições constitucionais consideradas essenciais à Justiça e não as subordinou a nenhum dos tradicionais Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Essas instituições estatais são o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, cuja atuação é pressuposto imprescindível não só para o funcionamento das atividades judiciárias, mas também para que as atividades administrativas e legislativas estejam em conformidade com Estado Democrático de Direito.

O conceituado administrativista DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO as denomina "Procuraturas Constitucionais". A respeito da Advocacia Publica, discorre que atua na efetivação de um conjunto de interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal). Para a concretização dos interesses públicos estatais a função essencial à justiça que lhes corresponde é a Advocacia do Estado (art. 131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal) e as procuraturas que têm a seu cargo são a Advocacia Geral da União (órgão coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares).

Assim, a cada uma das instituições estatais consideradas como essenciais à Justiça a Constituição Federal delegou uma parcela do poder estatal, tendo em vista o conjunto de interesses públicos cuja preservação atribuiu-lhes diretamente.

As procuradorias estaduais estão previstas na Constituição por intermédio da descrição das atribuições da carreira de Procurador de Estado, no artigo 132, o qual especifica

que estes "exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas Unidades Federadas", que são pessoas jurídicas de direito público interno, no caso específico, os Estados da Federação, cuja estrutura político-administrativa está representada diretamente pelos três poderes, Executivo, legislativo e Judiciário.

No estado democrático de direito, o agir do Estado está vinculado aos princípios constitucionais, destacadamente o da legalidade. A Advocacia Pública, portanto, é essencialmente a "consciência" do Estado que norteará a prática administrativa, de modo a promover a boa administração pública, visando a promoção do bem comum.

Atualmente, portanto, a Advocacia Pública assume o papel de função essencial ao Estado, e não só à Justiça, tendo em vista a complexidade das relações jurídicas e administrativas que o Estado encontra-se submetido em um mundo cada vez mais globalizado, cuja exigência de novos direitos e relações contratuais que se dinamizam na mesma proporção da velocidade em que a era da informação e tecnologia transformam as relações humanas em sociedade.

Nesse cenário, a atuação da Advocacia Pública se amplia para participar cada vez mais do processo político de formação da vontade do Estado, como forma de garantir o atendimento e observância aos preceitos constitucionais. Para tanto, a atividade de consultoria e assessoramento vem ganhando relevo como medida preventiva e orientadora da Administração Pública na concretização dos atos, serviços e políticas públicas.

## 2 DA ADVOCACIA PÚBLICA E A ATIVIDADE DE CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO

Aos procuradores de estado incumbe exercer a advocacia pública, atividade na qual estão compreendidas tanto a postulação a qualquer órgão do poder judiciário como a consultoria, assessoria e direção jurídicas, consoante regulamentação da profissão pelo artigo 1º, da Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994, Estatuto da Advocacia. Senão vejamos:

> **CAPÍTULO. I - Da atividade de Advocacia**
> **TÍTULO I - DA ADVOCACIA**
> Art. 1o. São atividades privativas de advocacia:
> I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;
> II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.
> §1º - Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.
> §2º - Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.
> §3º - É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.

Com efeito, constitui-se atividade de advocacia tanta a representação judicial, exercida por atos processuais forenses, como a consultoria jurídica, exercida por atos opinativos, e, ainda, o assessoramento, que consiste na apresentação de

motivações e justificativas que auxiliam na própria convicção jurídica do órgão assessorado.

Neste particular aspecto, interessante observar a distinção que se extrai da lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao abordar a responsabilidade do advogado do estado na consultoria e na assessoria jurídica:

> "Com efeito, a atividade de consultoria jurídica reservada ao advogado de Estado é aquela em que este, como consultor, emite uma opinião própria e sempre vinculante, porque, pelo menos, como sua mínima eficácia própria, exigirá que a autoridade decisória motive cabal e explicitamente porque não segue o opinamento nele contido. Distintamente, porém, na atividade de assessoramento jurídico, embora também sob reserva legal do Advogado de Estado, este, como assessor, apenas coadjuva e supre o órgão assessorado com considerações, justificativas e motivações que podem, até mesmo, não serem de sua própria convicção jurídica, mas poderão ser manifestadas *ad argumentandum tantum*, com vistas a colaborar no equacionamento de problema e, eventualmente, a suprir, com argumentos juridicamente apropriados, as conclusões do próprio assessorado, que é o órgão decisório. Nestas condições, não será vinculante uma função de assessoria, mas de consultoria, aquela que é desempenhada com exclusividade pelo Advogado de Estado, pois que só esta vinculada, já que no desempenho de mera assessoria, o agente gestor assessorado colhe apenas os subsídios que pretenda de seu assessor, para chegar à sua própria conclusão a respeito da prática do ato de gestão que dele se espera.[3]

3 " Neto, Diogo de Figueiredo Moreira – A responsabilidade do Advogado de Estado, in Figueiredo, Guilherme José Purvin. Org. – Advocacia de

No mesmo artigo, o referido autor especifica os atos próprios tipificados para o exercício das funções constitucionais do advogado do Estado, distinguindo-os da Advocacia Geral da União, para os quais a Constituição Federal ampliou o rol de atos próprios. Nesse contexto, o supracitado autor aborda que:

> "11. Cumpre, portanto, identificar **as espécies de atos próprios** tipificados para o exercício das **funções constitucionais do Advogado de Estado**, tipificação esta também já constitucionalizada, embora apresentando uma pequena diferença entre funções atribuídas aos Advogados de Estado da União (art. 131) e aos dos Estados membros e do Distrito Federal (art. 132). (p. 121)
> 12. Assim, para os Advogados de Estado incorporados à Advocacia Geral da União, ficaram definidas quatro funções próprias e, em consequência, **quatro espécies de atos próprios,** devidamente diferenciados, a saber:
> 1º - **a representação judicial** da União – exercida por **atos processuais de representação** das pessoas jurídicas de direito público federais;
> 2º - a **representação extrajudicial** da União – exercida por **atos negociais** de natureza pública e privada;
> 3º - a **consultoria** do Poder Executivo – exercida por **atos opinativos**, e
> 4º - o **assessoramento** jurídico do Poder Executivo – exercido por atos de **assistência técnica** em matéria jurídica.
> 13. Todavia, para os Advogados de Estado incorporados às Procuradorias Gerais dos Estados membros e à do Distrito Federal, estão constitucionalmente definidas apenas **duas funções próprias** e, em consequência, delas deduzidas duas espécies de **atos próprios**:

Estado e Defensoria Pública – Funções Essenciais à Justiça, p. 136.

> 1º - a **representação judicial** – exercida por **atos processuais** forenses, e
> 2º - a **consultoria jurídica** – exercida por **atos opinativos**.
> 14. Não se afasta, em ambas as hipóteses federativas acima examinadas, a possibilidade de que as fontes infraconstitucionais lhes cometam outras funções, obviamente desde que compatíveis com as constitucionalmente características da advocacia de Estado, ou seja: **que essas funções não lhes retirem,** em relação a seus exercentes, **a necessária independência constitucional de atuação.** É, tipicamente, o caso do cometimento de certas **funções de auto-administração interna** referidas ao pessoal, bens e serviços afetos às mencionadas Procuradorias, enquanto órgãos corporativos, que lhes são implicitamente asseguradas em razão de sua **autonomia constitucional.** Tais funções infraconstitucionais ser-lhes-ão ***impróprias***, pois que não correspondem à atividade-fim da procuratura em questão, sendo, ao contrário, atividades meramente ancilares, ditadas pela peculiar conveniência das estruturas orgânicas, de modo que os Advogados de Estado, enquanto agentes públicos, possam exercer essas **atividades administrativas de escopo limitado exclusivamente à prática de atos administrativos incontroversos,** como manifestações de eficácia meramente interna sobre pessoal, bens e serviços dos órgãos corporativos que os congregam. Como se verá a seguir, tais atos de gestão interna, **não são *atos próprios* de advocacia de Estado.**[4]

A par destas distinções, insta destacar que o Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 4261/RO, interpretou o artigo 132 da Constituição Federal à luz do artigo 131, de forma que não distingui assessoramento de

4 Idem, p.122.

consultoria, ao analisar a atuação das procuradorias estaduais frente às delineadas para a advocacia geral da União. Do excerto do acórdão, relatado pelo Ministro Ayres Brito, colhem-se as seguintes argumentações:

> "12. No mérito, assim como fiz no julgamento da ADI 1.557, parto da leitura do art. 131 da Constituição, para à sua luz interpretar o artigo 132. ( [...]
> 14. A simples comparação entre os mencionados dispositivos revelo que, no âmbito do Poder Executivo, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico são exclusivamente confiada pela Constituição Federal aos procuradores de Estado, com organização em carreira e ingresso por concurso de provas e títulos, exigida ainda a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, em todas as fases. Isso como condição de qualificação técnica e independência funcional. Independência e qualificação que não há de presidir a atuação de quem desenvolve a atividade de orientação e representação jurídica tão necessária ao regular funcionamento do Poder Executivo. Tudo sob critério de absoluta tecnicalidade, portanto, até porque tais atividades são constitucionalmente, categorizadas como função essencial à Justiça.
> 15. **Essa exclusividade das procuradorias dos estados para a atividade de consultoria e representação judicial, entendidas aqui como assessoramento e procuratório judicial, é incompatível com a natureza dos cargos em comissão, que se definem como da estrita confiança da autoridade nomeante, matéria já devidamente examinada pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 1.557, de relatoria da Ministra Ellen Gracie; 881-MC, da relatoria do Min. Celso de Melo; e de 1.679, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.**

> 16 – Por essas razões, e sem mais delongas julgo procedente a ação e o faço para declarar a inconstitucionalidade do Anexo II da Lei Complementar 500 de 10/03/2009, do Estado de Rondônia, no ponto em que criou cargos de provimento em comissão de Assessor Jurídico I e Assessor Jurídico II, na estrutura da Superintendência Estadual de Compras e Licitações."

Assim, para o Supremo Tribunal Federal, corporificado no acórdão relatado pelo então Ministro Carlos Aires Brito, a atividade de consultoria compreende também o assessoramento, razão pela qual as define de exclusividade das procuradorias estaduais, declarando a inconstitucionalidade da lei estadual que previu a criação de cargo comissionado de assessoramento no âmbito da Administração Direta do Estado de Rondônia.

Referido posicionamento se coaduna com o fato da Advocacia Pública ter sido reconhecida constitucionalmente como Função essencial à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, de forma que desempenha papel fundamenta porque além das atividades de representação, consultoria e assessoramento, executa precipuamente o controle jurídico interno da Administração Pública. Merece destaque nota do ilustre Procurador do Estado de Goiás, Cláudio Grande Júnior:

> A Advocacia pública pode ser conceituada como o conjunto de funções permanentes, constitucionalmente essenciais à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público e judicial

> dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária, bem como à prestação de consultoria**, assessoramento e controle jurídico interno a todos as desconcentrações e descentralizações verificáveis nos diferentes Poderes que juntos constituem a entidade federada.**[5] (grifo nosso)

E continua o Procurador, fazendo referência a Fides Angélica Ommati:

> Isso decorre também de importante vertente posta ao advogado hodiernamente: a prevenção de litígios. **Assim, particularmente ao Advogado Público, decorrem as atribuições de consultoria e assessoria jurídica, o que significa dizer o exame de atos já praticados ou em fase de preparo. E do cumprimento dessas tarefas, vislumbra-se a natural vocação da advocacia pública para a atividade de controle interno** (cf. OMMATI, 2001). **(grifo nosso)**

Em outra oportunidade, o Procurador traz sucintamente e em brilhante lição o exercício do controle interno excetuado pelas Procuradorias, afirmando que:

> **A função de controle jurídico interno da atividade administrativa é reputada por**

5 GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A advocacia pública no Estado democrático de direito. Boletim Doutrina ADCOAS, Rio de Janeiro, ano 7, n. 23, p. 450-451, 1. quinzena dez., 2005._____. O Estado do Paraná. Curitiba, 27/ jun./ 2004. Caderno Direito e Justiça, p. 11.

> **muitos como a mais importante. [...] Mas se reconhece que em todas as entidades estatais federadas há natural vocação da advocacia pública para a atividade de controle interno, qualitativamente distinto do tradicional exercido pelos demais órgãos de controle interno e do externo desempenhado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas. Mais do que controle interno da legalidade é um verdadeiro controle interno de constitucionalidade, aproximando-se da noção de jurisdição constitucional** [...].
> **Esse controle interno de constitucionalidade é exercido difusamente por todos os Procuradores do Estado em todos os procedimentos ou processos administrativos que atuem**. Suas funções de controle são perenemente cumpridas caso a caso, conciliando a interpretação da lei e demais atos normativos com a da Constituição, podendo a Procuradoria-Geral, nos casos de reconhecimento de inconstitucionalidade do texto legal ou de alguma interpretação dele extraível, recomendar ao Governador a expedição de ordem aos órgãos administrativos subordinados para não aplicarem o dispositivo legal ou interpretação da qual resulte inconstitucionalidade. **(grifo nosso)**

O controle interno constitui justamente no acompanhamento e supervisão dos atos administrativos e jurídicos da Administração Pública, até mesmo na sua forma descentralizada, tendo as Procuradorias de Estados legitimidade para exercer o controle prévio da legalidade e da lesividade dos atos praticados pelos administradores públicos, em geral, sendo, portanto, inconcebível a criação de assessoria jurídica à Administração Pública que venha a ser estranha à estrutura de controle efetivada pela Procuradoria do Estado.

Convém destacar, também, que a depender da atividade de representação judicial, consultoria ou assessoramento jurídico, os papéis e identidade profissional do procurador do Estado podem colidir um com o outros, exigindo-se, muitas das vezes, uma atuação diferenciada, seja na seara da representação judicial, seja no escopo da consultoria jurídica.

Essa dicotomia advém das próprias peculiaridades da atuação do advogado em juízo, que difere do que se exige da atuação enquanto consultor jurídico, fato que denota, às vezes, até mesmo, uma crise de identidade institucional. Podendo acontecer, muitas vezes, na adoção de teses de defesa que são colidentes com a orientação jurídica exarada na atividade de órgão de consultoria.

Pode-se dizer que a atividade de representação judicial se consolida na atuação perante o poder judiciário nas ações em que haja interesse ou for parte o Estado, devendo ser tutelado aí o interesse público envolvido no litígio, em defesa do próprio erário público. Nesta seara, a atuação do procurador do Estado, na maior parte das vezes, é remediativo, eis que funciona como um "remédio", ou seja, busca tão somente evitar a maior lesão, ou maior prejuízo, tentando remediar na maioria das vezes uma situação jurídica já consolidada e postulada em juízo, da qual se reclama uma solução advinda de outro Poder, em caráter substitutivo, no âmbito de atuação jurisdicional.

Destaque-se que na atuação jurisdicional, na defesa do ente federado, o procurador do Estado, na grande maioria dos casos, não tem o condão de provocar uma mudança de orientação, estruturação de comportamentos da administração para o enfrentamento de nova situação.

Por conseguinte, na atuação de consultoria jurídica, o procurador do Estado, desempenha papel de agente

transformador da atuação da Administração Pública, na medida em que por meio de ato opinativo promove a adequação dos atos administrativos aos princípios norteadores a fim de assegurar a boa administração pública. Ou seja, tem uma natureza generativa, capaz de gerar novos modelos, padrões de processamento e, muitas das vezes, cria uma nova forma da Administração atuar.

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[6], em relação à consultoria jurídica, o advogado público que exerce uma função de consultoria deve ter presente vários pontos incontroversos:

> "a) O seu papel é muito diferente do advogado público que representa o Estado em juízo. Este assume a posição de parte. Daí a sua posição parcial. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser imparcial, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não da defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa.
> b) A atividade de consultoria jurídica está fora da hierarquia administrativa.
> (...)
> Sendo competência absolutamente exclusiva, isto afasta qualquer possibilidade de controle e o órgão fica praticamente fora da hierarquia da Administração Pública, no que diz respeito à sua função.
> Dentre os órgãos em que isto ocorre estão precisamente os consultivos. Ainda que eles funcionem junto a um Ministério ou a uma Secretaria de Estado ou do Município, eles

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia Pública. In Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo – CEJUR. 1996, v.3, pp18-19.

> estão fora da hierarquia, não recebem ordens, instruções, para emitir o parecer neste ou naquele sentido. Quem emite um parecer, tem absoluta liberdade de apreciar a lei e de tratar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função, mais do que ao órgão; ou ele é independente, ou não precisa existir".

De certo que, o Procurador do Estado, muitas vezes, é taxado indevidamente de defensor dos atos do governo, principalmente em razão da atividade de representação judicial, sendo mal compreendido o papel institucional e, por esta razão, confunde-se a atuação própria da consultoria que é de prevenção da atuação do próprio Estado. Assim, portanto, na área da consultoria, a gama de atividades desempenhadas perante toda a Administração denota a postura independente do advogado público ao orientar a vontade governamental de acordo com a juridicidade das normas e regulamentos aplicáveis à espécie, não se restringindo, portanto, a uma mera posição defensiva de parte como ocorre na representação judicial.

No assessoramento jurídico, por sua vez, o procurador do Estado, com vistas a auxiliar no equacionamento de eventuais problemas constrói um caminho minimamente seguro, a partir das ponderações jurídicas a serem observadas, ou não, pelo gestor, indicando, portanto as possibilidades de evolução da Administração Pública em construção.

Todos são papéis diferenciados dentro do escopo de atuação da mesma instituição prevista constitucionalmente, representada pela carreira de procurador de estado. Essa diferenciação de escopo é importante para a formação de uma identidade profissional, da clareza dos limites de atuação e, inclusive, da própria garantia do desempenho do

papel constitucional do procurador do estado na nova ordem democrática, na qual se exige, cada vez mais, uma atuação preventiva e evolutiva da advocacia pública., não se limitando, portanto, ao espectro da representação judicial defensiva, de natureza remediativa.

## 3 DA SUPERVISÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E CONTROLE JURÍDICO DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA PELOS PROCURADORES DE ESTADO.

A teor do comando do artigo 132 da Constituição Federal, os Procuradores de Estado exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas Unidades Federadas, que são pessoas jurídicas de direito público interno, no caso específico, cuja estrutura político-administrativa está representada diretamente pelos três poderes, Executivo, legislativo e Judiciário.

A Constituição Federal quando se reporta a Ente Federado, não restringe apenas a pessoa jurídica de Direito Público Interno – Estado, mas abrange as formas de atuação deste Estado - Administração, aqui englobadas tanto a Administração Direta como Indireta.

Com efeito, a função da atividade típica do Procurador de Estado, toda a Administração Pública se inter-relaciona com as Procuradorias, e não apenas a Administração Direta do Poder Executivo, ou mesmo a Chefia deste Poder.

Ademais, há de se notar que a divisão da Administração Pública em Direta e Indireta deve-se apenas

em face das inúmeras e complexas tarefas que são afetas ao Estado, com base no princípio da divisão do trabalho, cuja descentralização do serviço público se faz necessária para a gestão de serviços públicos específicos através de entidades criadas pelo próprio Estado.[7]

Dentro desta compreensão, as atribuições constitucionais das Procuradorias de Estado podem, inclusive, abranger a representação judicial e consultoria das pessoas jurídicas que compõem a Administração Indireta, se assim escolher a organização político-administrativa do Estado, a partir de sua autonomia.

Insta mencionar que no âmbito do Estado do Acre, apesar do art. 119, da Constituição Estadual, estabelecer que a Procuradoria-Geral do Estado é a instituição que representa o Estado do Acre judicial e extrajudicialmente, restringe suas atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo. Todavia, a teor do que dispõe o artigo 6º da Lei Complementar Estadual nº 247 de 17/02/2012, que regula a estrutura administrativa do Poder Executivo do Estado, delimita que este compreende tanto a Administração Direta quanto a Indireta.

Com efeito, enquanto órgão maior da representação judiciária e consultiva do Estado, salutar que a Procuradoria do Estado agregue ao seu escopo de atuação o controle dos serviços específicos de suas entidades da Administração Indireta, uma vez que a Administração Estadual compreende, de alguma forma, aquelas pessoas administrativas que estão na esfera de atuação do Estado e se beneficiam, indiretamente, do seu auxílio financeiro.

---

7 MUKAI, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado, editora Saraiva, 1999, p.23.

Assim, no Estado do Acre, o Decreto Estadual 351/95, em seus artigos 3º e 4º, dispõem sobre a necessária supervisão da Administração Indireta pela própria Procuradoria Geral do Estado, nos seguintes termos:

> Art. 3º. Fica vedado aos órgãos da administração direta a prática de atos administrativos que importem em concessão de aposentadorias, gratificações, incorporações, licenças especiais, bem como dispensa e inexigibilidade licitatória, **sem manifestação da PGE.**
> **Art. 4º. Com relação aos órgãos da Administração Indireta, a Procuradoria Geral do Estado realizará, além da supervisão dos indicados no artigo anterior, o controle jurídico das ações em que forem autores ou réus.**
> Parágrafo único: **O Regimento Interno da Procuradoria Geral do Estado estabelecerá o procedimento a ser adotado para a prática da supervisão, e do controle jurídico supra, bem como para a apuração de irregularidades, que venham a ser detectada**[8]. (grifo nosso)

Em síntese, o artigo 4º, do Decreto Estadual 351/95, não só determina a supervisão pela PGE de determinados atos administrativos, previstos no artigo 3º, praticados pelas entidades da Administração Indireta, como também estipula o controle jurídico das ações em que forem autores e réus.

Quanto à supervisão dos atos administrativos, há de se aferir que se trata da atribuição de controle interno incumbida à Procuradoria-Geral do Estado, sem prejuízo dos demais controles de juridicidade e legitimidade já existentes, como de

8 Acre. Decreto Estadual de nº. 351, de 26 de abril de 1995.

fato ocorre com as atribuições constitucionais do Tribunal de Contas do Estado e, recentemente, da própria Controladoria Geral do Estado.

Mister salientar que em inúmeras Procuradorias de Estado, de um modo geral, em ordenamento organizacional próprio, vislumbra-se a previsão de promover a atividade de supervisão e controle jurídico das entidades de Administração Indireta.

Assim, em geral, as Procuradorias dos mais diversos Estados da Federação expressam em suas leis organizacionais tais atribuições, seja de forma direta, ou, na forma de coordenação das atividades desenvolvidas diretamente pela Administração Indireta.

O inciso XVI, do artigo 4º, da Lei Orgânica da Procuradoria do Distrito Federal [9]ao determinar a competência dessa instituição para cuidar dos atos das Indiretas, que deverão observar princípios e outras disposições legais, adota o controle interno dos atos administrativos daquelas entidades.

---

9 Art. 4º Compete à Procuradoria-Geral do Distrito Federal:
[...]
III – exercer o controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo;
[...]
V – zelar pelo cumprimento, na Administração Pública Direta e Indireta, das normas
[...]
XVI - zelar pela obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e demais regras expressas na Constituição Federal, na Lei Orgânica do Distrito Federal, nas leis e atos normativos aplicáveis nos atos da Administração Pública direta e indireta do Distrito Federal; (grifo nosso)

No mesmo sentido, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo dispõe em sua lei orgânica[10], prevendo, inclusive, a legitimidade do Procurador-Geral propor ao governador a declaração de nulidade de atos administrativos da Administração centralizada e descentralizada.

No que tange a defesa judicial, existe previsão na legislação paulista do instituto da avocação da defesa de entidade da Administração Indireta.

De outro modo, também a Procuradoria-Geral do Estado do Ceará, verificando a imperiosa necessidade de atender as demandas da Administração Indireta, instituiu a Procuradoria da Administração Indireta – PROCADIN, a qual incumbe a orientação e supervisão das atividades de representação judicial e consultoria jurídica, inclusive das procuradorias autárquicas, consoante disposição da Lei Orgânica de nº 58/06.

Da mesma forma, no Estado do Paraná, incumbe aos Procuradores do Estado a consultoria jurídica da Administração Indireta, bem como existe a previsão de avocar a defesa, inclusive, da Administração Pública Indireta.

No Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, existe a previsão de representação judicial e consultoria das indiretas, mediante convênio, ou de forma coordenada pelo Sistema Jurídico Único do Estado, no qual figura a PGE como órgão central.

---

10 Art. 2º - A Procuradoria Geral do Estado, instituição de natureza permanente vinculada diretamente ao Governador, tem, além daquelas previstas nos artigos 98 a 102 da Constituição do Estado, as seguintes atribuições:
[...]
III – exercer as funções de consultoria jurídica do Poder Executivo e da Administração em geral;
IV – propor ao Governador medidas de caráter jurídico que visem proteger o patrimônio dos órgãos da Administração centralizada e descentralizada;

Também no Estado de Minas Gerais há previsão de sujeição da Administração Indireta às orientações normativas da Procuradoria-Geral do Estado.

De sorte que se pode inferir, à luz do artigo 132 da Constituição Federal e da autonomia conferida aos entes federados, que compete ao Estado estruturar a sua organização político-administrativa de forma a prever o modelo do sistema jurídico a ser adotado no que concerne à atuação da Procuradoria do Estado - Administração.

De fato, as Procuradorias Gerais de Estado devem estar no patamar de órgão mais elevado para prestar assessoria, tanto nas áreas do contencioso como da consultoria.

De sorte que, no que tange a atividade de representação judicial, tendo em vista a restrição de defesa à pessoa jurídica de direito público interno seja parte, infere-se, com facilidade, a exclusividade da Procuradoria-Geral do Estado representar judicialmente o Estado, com personalidade jurídica distinta dos demais órgãos e pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública Indireta.

Acresça-se, contudo, que mesmo nesse modelo de sistema jurídico, tendo em vista a previsão da PGE/AC como órgão mais elevado para prestar assessoria na área do contencioso, inclusive, existe a possibilidade de, tanto na qualidade de assistente jurídico, em conjunto com a pessoa de direito público, peticionar em juízo na defesa das entidades da Administração Indireta, como de orientador da defesa estatal a ser adotada no caso concreto, consoante dispõe o decreto governamental ora examinado.

Quanto à atuação na qualidade de assistente, não é demais lembrar que o próprio Superior Tribunal de Justiça já vem reconhecendo como legítima a atuação do Estado, como se

deu no caso concreto do Recurso Especial n° 772613 Especial, no qual foi reconhecida a legitimidade do Estado do Acre, para em conjunto com sua empresa pública, a CODISACRE, perseguir a defesa do ente de personalidade própria e de natureza administrativa, tendo por corolário o princípio do contraditório e da ampla defesa, privilegiando o fim a que se presta o processo.

Nessa esteira, o referido controle das ações poderia ser efetivado por solicitação das próprias entidades, na medida da necessidade extraordinária que eventualmente viesse a ocorrer, face a significância, expressividade, abrangência e valor do litígio, cujos reflexos pudessem respingar no interesse público primário do ente federado.

Por outro lado, na medida em que a Lei Orgânica da Procuradoria prevê a atividade de consultoria e assessoramento ao Poder Executivo, infere-se que essa atividade estende-se a toda estrutura administrativa que constitui o Poder Executivo, na forma concebida pela estruturação administrativa do Estado do Acre, consoante dispõe o artigo 6º da Lei Complementar 247/12.

Em conceituação clássica administrativa, é de se notar que a concepção de Poder Executivo não é aquela desenhada pela epigrafada lei estadual, eis que Administração Direta constitui-se no conjunto de órgãos que se estruturam na chefia do Poder Executivo e de seus órgãos auxiliares diretos, como os Ministérios, Secretarias de Estado e Departamento.

A propósito, imperioso mencionar o princípio da unidade orgânica sobre o qual se estrutura o Estado Moderno, consoante doutrina de CHEVALLIER:

> A constituição do Estado moderno repousa sobre um princípio de *unidade orgânica:* o Estado se apresenta como um conjunto coerente, um "aparelho", cujos elementos constitutivos, tal como as engrenagens de uma máquina, estão estritamente ligados, solidários, interdependentes; essa unidade é garantida por mecanismos, formais e informais, de integração, passando notadamente pelo canal do direito (hierarquia/tutela). Sem dúvida, esse princípio de unidade é objeto de traduções variadas: a outorga a certas estruturas administrativas de uma personalidade própria, distinta daquela do Estado (descentralização), a atribuição aos poderes locais de uma plena capacidade de ação autônoma (*sef government*), mais ainda a partilha das competências estatais entre dois níveis distintos e independentes (federalismo) parecem contradizer, em diversos níveis, a idéia de unidade; apesar disso, em todos os casos, dispositivos de ordem jurídica e financeira estavam lá para garantir uma unidade do conjunto[11].

Prossegue o autor na análise das estruturas administrativas do Estado Moderno:

> A mudança é sensível a partir do início dos anos 1980: assiste-se a um movimento de desintegração, que se traduz pela diversificação crescente das estruturas administrativas (estatuto jurídico, valores

11 CHEVALLIER, Jacques. A Reconfiguração dos Aparelhos do Estado. In: O Estado Pós-Moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 300p. Título original: L´Ètat post-moderne. ISBN 978-85-7700-227-6. (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público; 1). Cap. nº 1, p. 23-114.

> de referência, direito aplicável, princípios de organização...), o desenvolvimento de sua autonomia, o afrouxamento dos laços que asseguram a integração do conjunto e a manutenção da coesão do Todo; tudo se passa como se a complexidade, a diversidade, a desordem características da pós-modernidade tivessem conquistado o aparelho do Estado. Doravante, conhecendo em seu seio pólos de poder diferenciados, o estado tende a se repartir em territórios e a se segmentar. [12]

Assim, no Estado Fragmentado, comenta o referido autor que a proliferação das estruturas estatais ao longo do século XX permanecia compatível com a lógica unitária: essas estruturas eram concebidas, com efeito, como instrumentos intermediários do Estado, encarregados de multiplicar a sua ação.

Nesse contexto, para o autor "*a criação de centros de gestão autônomos situados à margem da hierarquia administrativa, não colocava em questão o princípio da unidade, desde que essas unidades estavam colocadas sob a dependência do Estado e submetidas a seu controle*."[13]

Agora, afigura-se um Estado fragmentado, cuja representação do Estado como uma máquina, formada de engrenagens interdependentes e solidárias, não coincide mais com a realidade. A lógica da pós-modernidade trabalha, então, o aparelho estatal, conduzido a uma diversificação crescente de seus elementos constitutivos.

A gestão personalizada não é coisa nova: em todos os países, a extensão das funções estatais entranhou a

12 Ibidem, 98-99
13 Ibidem, 108.

proliferação de organismos especializados, dotados de uma personalidade jurídica própria.

Nesse diapasão, diante do modelo de gestão que se afigura no Estado Moderno, a despeito da personalidade jurídica própria dos entes descentralizados, parece figurar mais consentâneo com a atualidade política-administrativa jurídica a adoção de modelo de Sistema Estadual Jurídico Integrado, sugerindo-se, como paradigma, o modelo adotado pelo Estado do Rio de Janeiro, que através de Decreto Estadual 40.500/07, organizou o sistema jurídico do Estado. Este é coordenado pela Procuradoria-Geral como órgão central, integrado ainda pelos órgãos locais, denominados como assessoria jurídicas dos órgãos integrantes da Administração Direta; e órgãos Setoriais, denominados como assessorias jurídicas dos órgãos integrantes da Administração Indireta.

Aliás, no que tange a autonomia política do ente federado, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 2581/SP, ajuizada contra dispositivo da constituição paulista que restringia a nomeação do Procurador-Geral por parte do Governador aos integrantes da carreira de Procurador de Estado, consagrou entendimento segundo o qual a constituição federal atribuiu "ao constituinte estadual o poder de definir os termos da nomeação do Procurador-Geral do Estado".

Nessa linha de raciocínio, dessume-se que também ao constituinte estadual está conferido o poder de definir os limites de atuação das Procuradorias dos Estado, respeitados os termos da Constituição Federal.

De sorte que também pode ser incumbida à Procuradoria-Geral do Estado de fazer o controle jurídico das ações judiciais e prestar consultoria e assessoramento às entidades da Administração Indireta, dentro da concepção

política administrativa, em homenagem a autonomia do ente federado e o modelo federativo proposto. Portanto, incumbe ao Estado Federado adotar a organização política administrativa que melhor atender, respeitadas as configurações da Constituição Federal, acima delineadas.

## 4 DA ATUAÇÃO DE PROCURADORES EM CONSELHOS FORMULADORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

No Brasil, a partir da Constituição Cidadã de 1988, dotada de uma força normativa vinculante para todos os Poderes Estatais, materializou inúmeros direitos, antes relegados ao plano político-formal.

É indubitável a inter-relação entre o direito e as relações sociais, admitindo-se, inclusive, a incorporação de instrumentos políticos, econômicos, etc, ao subsistema jurídico, através do processo de judicialização. Com efeito, a judicialização da política é reflexo de um modelo democrático e intervencionista de Estado, que propende à efetivação de direitos e o arrefecimento das desigualdades sociais.

O contexto sócio-político do Brasil, coordenado por uma Constituição dirigente, repleta de valores, permite o redimensionamento não só do papel do Judiciário, com a conseqüente judicialização da política, e por consequência, também das demais funções essenciais à Justiça, em especial das procuradorias estaduais, em prol da garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Diante da realidade do modelo constitucional brasileiro, e diante da judicialização no Brasil de políticas públicas que não foram atendidas administrativamente, ou por via de soluções legislativas, que retiram do Estado-Administração a oportunidade de desenhá-las adequadamente, nada mais consentâneo com a racionalidade jurídica e estratégia de planejamento de ação, que haja a participação prévia do órgão legítimo de assessoramento do Poder Executivo e de consultoria no âmbito dos fóruns em que se discute, planeja e formulam-se as políticas públicas.

O conceito de democracia no Estado pós-moderno, contemporâneo, caracteriza-se pelo modelo representativo-participativo, ou seja, não basta tão somente ter eleições, é preciso ter espaço público.

A importância de audiência pública em um Estado Democrático de Direito é lapidar, uma vez que está em consonância com a nova hermenêutica constitucional, voltada para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição[14].

Nesse desiderato, é necessário que os atuantes de direito, em especial, as procuradorias de Estado, ocupem os espaços públicos para discussão e planejamento das políticas públicas a fim de garantir a consecução e implementação de políticas públicas que assegurem os direitos fundamentais do cidadão.

Por meio de políticas públicas o estado logra realizar sistematicamente os fins sociais previstos na Constituição. O horizonte de trabalho deve ser necessariamente abrangente,

14 HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional.* A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

observando a otimização e a maximização de resultados, sobretudo em contextos de recursos escassos.

É bem verdade que as políticas públicas são atividades essencialmente administrativas e incumbidas ao Executivo. Todavia, sua implementação pode ser de modo indireto, envolvendo, direcionando ou disciplinando o setor privado. Vezes há que estão envolvidos na execução de uma política pública agentes de variada natureza, órgãos e institutos públicos e entes privados misturados, tornando difícil distinguir os seus reais executores e mesmo seus beneficiados diretos.

Nesse sentido, como assinala Maria Paula Dallari Bucci

> "o processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político, cuja legitimidade e cuja qualidade decisória , no sentido de clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos. O sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com essa qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. "[15]

De certo que, o acompanhamento desse processo administrativo que precede a implementação da política pública deve ser realizado pelas Procuradorias de Estado, órgãos perenes, que exercem o controle e orientação da Administração Publica, a fim de preservar os programas e ações de longo prazo lançados em prol da coletividade.

15 BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: editora Saraiva, 2002, p.269.

Destarte, existe uma conexão entre políticas públicas e direito administrativo, na medida em que, a escolha das diretrizes políticas, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas sim vetores para a implementação concreta de ação do Poder Público.

Neste particular aspecto, cumpre destacar a doutrina de Maria Paula Dallari Bucci:

> " o elemento político, não no sentido partidário, mas no sentido de relação com a comunidade com o poder, presente no cotidiano da vida governista e administrativa, deve ser reconhecido pela prática do direito administrativo, tanto no processo de definição do interesse público, como na sua execução, o que constitui o campo de atuação de uma política pública."[16]

Assim, portanto, amplia-se a atuação do Procurador de Estado no âmbito do direito administrativo para trazer uma conotação política à atividade de assessoramento e consultoria no acompanhamento da formulação da política pública e execução legal dos objetivos respectivos tendo como fim o interesse público, o que não se confunde, todavia, com política partidária.

Neste particular, cumpre assinalar, contudo, que há quem sustente distinção entre política pública de Estado e política de governo, vez que enquanto esta guarda profunda relação com um mandato eletivo, aquela, no mais das vezes, pode atravessar vários mandatos.

16 Idem, p. 280.

Políticas de governo são aquelas que o Executivo decide num processo bem mais elementar de formulação e implementação de determinadas medidas para responder às demandas colocadas na própria agenda política interna – pela dinâmica econômica ou política-parlamentar, por exemplo – ou vindos de fora, como resultado de eventos internacionais com impacto doméstico. Elas podem até envolver escolhas complexas, mas pode-se dizer que o caminho entre a apresentação do problema e a definição de uma política determinada (de governo) é bem mais curto e simples, ficando geralmente no plano administrativo, ou na competência dos próprios ministérios setoriais.

Políticas de Estado, por sua vez, são aquelas que envolvem as burocracias de mais de uma agência do Estado, justamente, e acabam passando pelo Parlamento ou por instâncias diversas de discussão, depois que sua tramitação dentro de uma esfera (ou mais de uma) da máquina do Estado envolveu estudos técnicos, simulações, análises de impacto horizontal e vertical, efeitos econômicos ou orçamentários, quando não um cálculo de custo-benefício levando em conta a trajetória completa da política que se pretende implementar. O trabalho da burocracia pode levar meses, bem como o eventual exame e discussão no Parlamento, pois políticas de Estado, que respondem efetivamente a essa designação, geralmente envolvem mudanças de outras normas ou disposições pré-existentes, com incidência em setores mais amplos da sociedade.[17]

17ALMEIDA, Paulo Roberto de. Sobre políticas de governo e políticas de Estado, publicado no sítio eletrônico "Intituto Millenium, acessado em 20.07.2013 . phttp://www.imil.org.br/artigos/sobre-politicas-de-governo-e-politicas-de-estado-distincoes-necessarias/

Na fórmula conceitual de políticas públicas de Rodolfo de Camargo Mancuso sobressaem os aspectos de resultado e avaliação da implementação:

> (...) conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados [18]

Neste condão, ao Procurador de Estado incumbe preservar a formulação de políticas de Estado, onde se examine os procedimentos, a cadeia decisória, as implicações para o Estado, sem, contudo, confundir essa atuação com a mera participação de política pública desenhada tão somente por uma iniciativa individual do chefe de Estado. Destarte, a participação dos Procuradores de Estado na formulação e discussão das políticas públicas de Estado podem configurar-se perfeitamente na atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo.

18 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). Ação Civil Pública: Lei 7.347 – 15 anos. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais., 2001, 730.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão da autonomia dos Estados Membros, infere-se que incumbe ao Estado Federado adotar a organização política administrativa que melhor atender, respeitadas as configurações da Constituição Federal, a concepção da estrutura administrativa concebida como mais adequada ao estado, de forma a identificar como possível atribuir às Procuradorias Estaduais o controle jurídico das ações judiciais e prestar consultoria e assessoramento às entidades da Administração Indireta.

No estado Pós-moderno e Pós-positivista, o fenômeno jurídico exige a adoção de uma concepção sistêmica aberta e autopoiética do direito. A judicialização da política faz parte de um panorama de direito sistêmico autopoiético e pós-positivista, que permite, no contexto de uma nova hermenêutica constitucional, um ativismo judicial em busca da materialização de direitos fundamentais e da consolidação da *Lex Maxima*.

Ocorre que, a judicialização acarreta inúmeras repercussões no plano político, econômico e financeiro do Estado, exigindo do Judiciário a análise preventiva do impacto das decisões judiciais em políticas públicas.

Nesse contexto, exige-e do atuante do direito, em especial, dos Procuradores de Estado, uma reconfiguração na forma de atuar enquanto função essencial à Justiça, e essencial ao Estado, eis que incumbida do assessoramento jurídico em prol da preservação do bem comum no atuar da Administração Pública.

Não nos cabe mais apenas uma tímida atuação, conformada às consultas e demandas formuladas pela

Administração Pública. Urge que possamos estar incumbidos, também, de direcionar o Estado para a consecução dos direitos fundamentais previstos na Constituição Cidadã. E isso só é possível se houver uma participação efetiva na formulação da política públicas, de forma a já antecipar a conduta do Estado em direção ao bem-estar coletivo, à observância da implementação de direitos fundamentais.

Não é mais possível só esperarmos as demandas judiciais, para tentar defender o Estado. Mais do que isso, é necessário conduzir o Estado a uma atuação que respeito os direitos do cidadão.

Para tanto, se faz de salutar importância a participação efetiva dos procuradores nas discussões com diversos atores sociais, no âmbito dos Conselhos Formuladores de Políticas Públicas, como na área da educação, saúde, segurança pública, meio ambiente, moradia, etc.

De sorte que a atividade de assessoramento típica da carreira de Procurador de Estado abrange também a participação em Conselhos Formuladores de Políticas Públicas, desde que não configurem atos de gestão administrativa extroversos, que caracterizam-se em meros atos administrativos de gestão, sobre os quais, poderá, inclusive, ser responsabilizado ao praticá-lo na qualidade de representante extrajudicial do Estado.

No que tange a participação e controle da formulação e execução das políticas públicas, não é demais enfatizar que não há que se confundir política pública de estado com política de governo, vez que enquanto esta guarda profunda relação com um mandato eletivo, aquela, no mais das vezes, pode atravessar vários mandatos e refere-se aos serviços essenciais contínuos colocados à disposição de toda a coletividade, esta sim, a ser protegida pelo múnus público do Procurador de Estado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: editora Saraiva, 2002

CHEVALLIER, Jacques. A Reconfiguração dos Aparelhos do Estado. In: O Estado Pós-Moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 300p. Título original: L´Ètat post-moderne. ISBN 978-85-7700-227-6. (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público; 1). Cap. nº 1, p. 23-114.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia Pública. In Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo – CEJUR. 1996, v.3

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Comentários à Constituição. v. III, Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1991.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A advocacia pública no Estado democrático de direito. Boletim Doutrina ADCOAS, Rio de Janeiro, ano 7, n. 23, p. 450-451, 1. quinzena dez., 2005._____. O Estado do Paraná. Curitiba, 27/jun./ 2004. Caderno Direito e Justiça, p. 11.

HÄRBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). Ação Civil Pública: Lei 7.347 – 15 anos. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais., 2001.

MUKAI, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado, editora Saraiva, 1999, p.23.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira – A responsabilidade do Advogado de Estado, in Figueiredo, Guilherme José Purvin. Org. – Advocacia de Estado e Defensoria Pública – Funções Essenciais à Justiça, p. 122; 136.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: Posição Institucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 30, n. 117, jan./mar. 1993.

# 4

Thiago Guedes Alexandre

## A Hieraquia dos Tratados de Direitos Humanos à Luz da Constituição Brasileira e da Atual Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

# A HIERAQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**Thiago Guedes Alexandre**[1]

**RESUMO:** O presente estudo analisa a hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos à luz da Constituição Federal de 1988, com destaque à formação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. O tema é de ampla repercussão, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, diante da redação do § 2º do seu art. 5º, bem como pela recente introdução pela EC n.º 45/04, que incluiu o § 3º ao mesmo, versando sobre a forma de incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos. Em crescente evolução, a jurisprudência pátria, distinguindo os tratados internacionais de direitos humanos e de outras matérias, tem conferido a este equivalência às leis ordinárias e àqueles o status de supralegalidade, não obstante a crítica doutrinária pela conferência não do mesmo patamar das normas constitucionais.

1 Procurador do Estado do Acre, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-Uniderp e Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. E-mail: thiago.guedes@ac.gov.br.

**Palavras-chave:** Tratados internacionais, direitos humanos, hierarquia.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos à luz da Constituição Federal de 1988, com destaque à formação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fazendo-se uma ressalva inicial de que não é objetivo deste trabalho esgotar o tema em comento, nem abordar a visão de toda a doutrina especializada, até porque se não se revelasse improvável, demandaria milhares de páginas, o que sairia do seu objetivo.

O presente estudo justifica-se pela necessidade de retomar, aperfeiçoar e complementar uma série de estudos e considerações já realizadas pela doutrina nacional acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos à luz da Constituição Federal. Portanto, é nosso propósito contribuir de algum modo para o debate acerca do tema em questão, sistematizando-o através da exposição e análise da visão de renomados juristas e das conclusões do Supremo Tribunal Federal no âmbito da jurisprudência pátria.

Com esse desígnio, ao longo deste trabalho, buscar-se-á responder alguns questionamentos, tais como: de que forma se compreende o termo "direitos humanos fundamentais"? De que forma os instrumentos internacionais sobre direitos humanos se inserem em nosso corpo normativo? Qual a posição dos tratados internacionais de direitos humanos em relação ao nosso ordenamento constitucional? Qual a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema?

Tem-se, então, como objetivo geral, analisar a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos à luz da Constituição Brasileira e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Os objetivos específicos, por seu turno, são: analisar o conceito de "direitos fundamentais", abordando, neste contexto, a aplicação da expressão "direitos humanos fundamentais; descrever o posicionamento dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Constituição Federal; apresentar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio.

## 1 DESENVOLVIMENTO

### 1.1 COMPREENSÃO DO TERMO "DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS"

Não é das mais fáceis à tarefa de conceituar aquilo que se convencionou chamar de "direitos fundamentais" e/ou "direitos humanos". Sua ampla abrangência é frequentemente tolhida por aqueles que o fazem em singelos enunciados.

Para Alexandre de Moraes[2] os direitos humanos fundamentais ou, simplesmente, direitos fundamentais, podem ser definidos como "conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio

2 MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo, Atlas, 1997, página 39.

do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana".

Fábio Konder Comparato[3] identifica, historicamente, os direitos fundamentais como sendo os valores mais importantes da convivência humana, ou seja, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irregular de desagregação[4]. No mesmo sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco destaca a importância integradora dos direitos e garantias fundamentais na formação dos Estados Modernos, eis que os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet[5], tem-se que "o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (...)".

Paulo Bonavides[6], por sua vez, entende que quem diz direitos humanos, diz direitos fundamentais, e quem diz estes diz aqueles, sendo aceitável a utilização das duas expressões indistintamente, como sinônimas. Porém, afirma que razões de vantagem didática recomendam, para maior clareza e precisão, o uso das duas expressões com leve variação de percepção,

---

3 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** In: *Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais,* 2ª parte. Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1ª ed., 2ª tiragem. Brasília, 2002 p. 104.

4COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, a. 35, n. 138, abr/jun. 1998.. p.26.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

6 BONAVIDES. Paulo. **Os Direitos Humanos e a Democracia.** In *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. Reinaldo Pereira e Silva org. São Paulo: LTr, 1998. p. 16.

sendo a fórmula direitos humanos, por suas raízes históricas, adotadas para referir-se aos direitos da pessoa humana antes de sua constitucionalização ou positivação nos ordenamentos nacionais, enquanto direitos fundamentais designam os direitos humanos quando trasladados para os espaços normativos.

No mesmo sentido, J.J. Gomes Canotilho[7] aduz que direitos humanos e direitos fundamentais são termos utilizados, no mais das vezes, como sinônimos. Entretanto, segundo a origem e o significado, podem ter a seguinte distinção:

> (...) direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Em que pesem as divergências doutrinárias no que tange a nomenclatura para referir-se aos direitos fundamentais, como direitos humanos, direitos do homem e etc., hei de reconhecer que todos estão ligados de forma cogente na promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, contemplando direitos de liberdade e igualdade dos indivíduos.

Portanto, podemos dizer que os direitos fundamentais se confundem com os direitos humanos, na medida em que podem ser considerados esses (direitos

7 CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 369.

humanos), positivados, decorrentes de um percurso ao longo do tempo, qual seja: os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares - quando incorporados pela Constituição de cada Estado - para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais; caso em que serão denominados de direitos fundamentais.

Tendo por certo que são sempre pessoas os titulares dos direitos fundamentais. Não se pode, até por rigor semântico, negar a pertinência da agregação do termo "humanos" a "direitos fundamentais". Esclareça-se, enfim, que todos os direitos humanos são necessariamente fundamentais[8], sendo sempre certo falar-se em "direitos humanos fundamentais", por isso optarmos por este termo, porém não abdicamos de utilizamos os outros citados como sinônimos.

## 1.2 A SUPERAÇÃO DA VISÃO JUSNATURALISTA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS – BREVE HISTÓRICO.

A denominação inicial de "Direitos Fundamentais" surgiu na França nos entremeios de um movimento político-cultural que originou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Muito embora, seu nascimento remonta aos primórdios da civilização dos dogmas do cristianismo, em que se apregoava que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, denotando daí já uma igualdade fundamental entre todos os homens.

8 Não é excluída, com isto, a titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas.

O documento mais notório em que se visualiza uma das primeiras positivações dos direitos fundamentais foi a Magna Charta Libertatum, pacto este firmado em 1215, pelo Rei João Sem-Terra, na Inglaterra, em que consagrou alguns direitos e liberdades civis. Apesar de este documento não ter tido abrangência a todos os setores da sociedade, mas tão-somente aos nobres e cleros, ressalta a importância deste em razão da positivação de tais direitos.[9]

Já no século XVII, pode-se citar as declarações de direitos inglesas Petition of Rights e Bill of Rights. Tais documentos, em que pesem positivarem direitos e liberdades civis, limitando o poder estatal inglês, não são ainda considerados o marco inicial dos direitos fundamentais tal como são considerados hodiernamente.[10]

Há uma cizânia doutrinária a despeito de quem seria a paternidade dos direitos humanos fundamentais, se a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776 ou a Declaração Francesa de 1789, mas foi a primeira que alavancou os direitos fundamentais com "status" de constitucionais. O que há de se enfatizar, contudo, é que "tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como características comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, (...) direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento".[11]

Dessa forma, toda essa breve digressão histórica se faz patente por verificar que os Direitos Humanos Fundamentais funcionam como legitimadores da limitação do poder estatal, bem como estão intimamente ligados a

9 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. Ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2009. p. 11.
10 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2009. p.43.
11 *Ibid.,* 2009, p.44.

consecução do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o ideal de um Estado Democrático de Direito deve ter seu poder regulamentado, limitado e vinculado às proposições de sua Constituição. Ingo Sarlet[12] leciona sobre o tema:

> [...] há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.

Com efeito, os direitos humanos fundamentais são decorrentes de um processo histórico-evolutivo internacional dos direitos naturais e das ideias jusnaturalista, derivando na positivação desses (direitos e ideais) no ordenamento jurídico dos Estados nacionais.

No Brasil, tal positivação visualiza-se, atualmente, na nossa Carta Magna de 1988, posto que, em seu Título II, elencou uma série de direitos e garantias humanas fundamentais, divididos entre os direitos civis, políticos e sociais.

Não obstante esse processo de positivação, a Constituição Federal de 1988 trouxe importante previsão no §2º do seu art. 5º, prevendo que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit.*, 2009. p.62.

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Em razão desse dispositivo, a ordem constitucional brasileira permite internalizar direitos humanos fundamentais previstos em tratados internacionais, desde que a República Federativa do Brasil promova a adesão a esses instrumentos.

## 1.3 A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto acima, a proteção dos direitos humanos decorreu de uma lenta e contínua evolução histórica. Contudo, a universalização da proteção dos direitos humanos fundamentais, na proporção que observamos hoje, se deu com o término da Segunda Guerra Mundial, pois, até então, a tutela dos direitos dos homens era preocupação dos Estados em relação à sua população apenas. Todavia, diante dos horrores sofridos pelas pessoas em decorrência das grandes guerras mundiais (e.g. holocausto), a comunidade internacional reconheceu que a proteção dos direitos humanos não poderia ser uma preocupação apenas interna, ou seja, não deveria ser voltada apenas para defesa e bem-estar de sua população, porquanto a humanidade e a dignidade da pessoa humana não é um privilégio de um só povo, mas sim de toda e qualquer sociedade.

Assim, é inconcebível que direitos inerentes a qualquer ser humano para viver com dignidade sejam cerceados e determinados apenas pelo governo do local em que vivem, exatamente porque a defesa do ser humano transcende a esfera do seu Estado, reclamando o interesse internacional.

Nesse contexto histórico, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), iniciando, a partir daí, uma nova fase do direito internacional, marcadamente no tocante à proteção dos direitos humanos e seu processo de internacionalização. Em seguida, vieram a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, entre outros importantes documentos internacionais, todos tratando da proteção dos direitos do homem enquanto membro de uma sociedade internacional.

Como marco destes tratados internacionais de defesa do homem, deve-se destacar a visão antropocêntrica presente em todos esses documentos, o que apenas corrobora a ideia de que a partir de então os indivíduos passaram a ser sujeitos de direitos humanos internacionalmente tutelado – o princípio da dignidade humana status de universalidade.

Nessa senda, destaca-se que existe um elenco de bens jurídicos internacionalmente reconhecidos e defendidos (tais como a vida, integridade física, incolumidade moral, liberdade, etc.) que erigem a dignidade humana ao mais alto status e fragilizam o conceito arcaico de soberania. Confirmando este entendimento reproduz-se o magistério de Antônio Augusto Cançado Trindade[13]:

> No domínio da proteção dos direitos humanos, na atualidade, faz-se mister expressar no direito interno as conquistas do direito internacional, ao invés de se tentar

13 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**: **Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

> projetar neste a medida do direito interno. Há que se reduzir a distância entre as esferas internacionalista e constitucionalista. Nesse contexto, é necessário buscar uma maior concordância e aproximação entre o direito internacional e o direito interno, conjugando-se a realidade interna com os meios de proteção internacional dos direitos humanos.

Já no tocante ao processo de internacionalização dos direitos humanos no Brasil, em paralelo com a evolução histórica no panorama internacional, revela-se importante ressaltar o momento vivido após a redemocratização (e fim da ditadura militar), com a Constituição Cidadã de 1988, com as valiosas informações trazidas por Flávia Piovesan[14], *in verbis:*

> O marco inicial do processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro foi a ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. A partir dessa ratificação, inúmeros outros relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo direito brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988, que, como já visto, situa-se como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País. Assim, a partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil.

14 PIOVESAN, Flávia. *Op cit.*, 2006. p. 260

Seguindo a tendência internacional de universalização da proteção dos direitos humanos, o Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, além de fazer constar expressamente de seu texto inúmeros direitos fundamentais do ser humano, inseriu o § 2º no art. 5º da CF, pelo qual se permite à República Federativa do Brasil, por meio da celebração de tratados internacionais, promover a proteção de direitos humanos não previstos na Constituição, de forma que o rol desses direitos não seria estanque, estendendo-se sempre com o momento histórico internacional.

Atualmente, é possível afirmar que, ao menos em tese, o Brasil tem promovido a proteção dos direitos humanos internacionalmente, vez que tem aderido a maior parte dos tratados internacionais com este tema. Resta, entretanto, aplicar efetivamente a proteção dos direitos humanos a toda a sua população para que a garantia prevista no documento público internacional não exista apenas em palavras.

## 1.4 ESTADOS COOPERATIVOS E A SOBERANIA MITIGADA EM PROL DOS DIREITOS HUMANOS

Diante da evolução histórica dos direitos humanos, conclui-se que o grau de desenvolvimento de um Estado pode ser aferido em relação ao nível de proteção dos direitos humanos, pois, nos diversos momentos da história, diferentes também foram os tratamentos dispensados aos direitos do homem. A "Teoria das Gerações dos Direitos", proposta inicialmente por Karel Vasak, parte da premissa de que o desenvolvimento ao

longo do tempo dos direitos humanos resultou em gerações de direitos fundamentais.[15]

O citado jurista iniciou a divisão dos direitos fundamentais em três etapas: os direitos de liberdade, os de igualdade e os de fraternidade, todos voltados para figura do homem, frise-se. Ainda hoje, a doutrina constitucional, seguindo o modelo inicial Vasak, propõe uma série de classificações de "gerações" (ou, para alguns, "dimensões") dos direitos fundamentais, considerando, para tanto, o momento histórico vivido pela sociedade internacional. Para Paulo Bonavides, por exemplo, a sociedade internacional vivencia a quinta (5ª) gerações dos direitos fundamentais, caracterizado pelo direito do homem à paz internacional.

Como se observa, houve e ainda há um processo ininterrupto de conflitos em prol dos direitos humanos entre a sociedade e os entes políticos, e, nessa dialética, na medida em que se conquistam direitos, busca-se o reconhecimento de outros mais – evolução das gerações dos direitos fundamentais.

Contudo, as inquietações políticas, reviravoltas no jogo do poder e golpes de estado podem reduzir tudo quanto conquistado a nada, como ocorreu no Brasil com o golpe militar. É exatamente neste sentido que se insere o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, mitigando a soberania em prol da defesa da dignidade da pessoa humana. Deste modo, distribui-se o ônus da defesa dos direitos humanos entre o Estado e a comunidade internacional, englobando não só todos os Estados como também as organizações não governamentais, grupos sociais e etc.

---

15 Em 1979, inspirado no lema da Revolução Burguesa de 1789 "*liberté, igualité et fraternité", Karel Vasak ministrou uma aula, no Curso do Instituto Internacional de Direitos do Homem, buscando demonstrar o reconhecimento do processo evolutivo dos Direitos Fundamentais.*

Forçoso, portanto, afirmar que tal entendimento acerca da soberania compartilhada é decorrência do fenômeno da globalização, que acaba por resultar em diversas consequências para os Estados, tais como a maior cooperação intergovernamental e nações cada vez menos auto-suficientes e isoladas.

Isto somente ajuda quando se trata de proteção aos direitos humanos, pois deve-se primar agora pelo Estado cooperativo em que não existem dois sistemas jurídicos apartados que não se comunicam (direito internacional e doméstico), mas sim uma dialética relação jurídica e política de tutela aos direitos internacionalmente reconhecidos, como são os direitos humanos. Com esse enfoque, também é o entendimento de Valério de Oliveira Mazzuoli[16]: "não existem direitos humanos globais, internacionais e universais, sem uma soberania flexibilizada, o que impediria a projeção desses direitos na agenda internacional".

Não há que se falar em fragmentação da soberania ou mesmo a perda de uma parcela quando tratamos de soberania compartilhada, o que existe é o seu exercício de maneira partilhada de modo que os Estados busquem maior integração acerca de determinada matéria. Enfatizando este aspecto e trazendo novos argumentos, Mazzuoli[17] ainda ensina que:

> Assim é que muitos autores chegam mesmo a negar a soberania do Estado, posto não passar de uma competência delegada pela

16 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: dois fundamentos irreconciliáveis**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.52, 2002. p. 173.

17 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op cit. 2002. p. 173.

> comunidade internacional, no interesse geral da humanidade, o que resulta no entendimento de que existe não só um direito internacional, mas também um direito supranacional ou humano, estando a liberdade do Estado circunscrita tanto por um quanto pelo outro. Há, pois, neste cenário de proteção dos direitos humanos, um enfraquecimento da noção da não-interferência internacional em assuntos internos, flexibilizando, senão abolindo, a própria noção de soberania absoluta.

Deste modo, constata-se definitivamente que o Estado não se encontra completamente limitado pela questão da soberania compartilhada, pois ele próprio escolhe quais serão as áreas em que deseja ser parte por meio de acordo voluntário quando decide se vai ser parte em um tratado internacional que implique nesse compartilhamento. Até porque, não se pode fracionar a soberania ou dizer que determinado Estado detém apenas uma parcela sua, exatamente porquanto a prerrogativa de poder transferir parcela de sua soberania somente confirma a ideia de que é soberano, e detém poder para proceder desta forma. Não existe mais ou menos soberano.

Do exposto, facilmente chega-se a conclusão de que os direitos humanos devem ser uma das matérias em que os Estados devem aplicar a soberania compartilhada de modo que inegavelmente é um valor supremo para qualquer ser humano. Não se admite que atrás do princípio da não-intervenção os Estados que não primam pela dignidade do homem se protejam, pois o conceito ilimitado de soberania nacional muitas vezes obsta a ação de organismos internacionais de defesa dos direitos humanos.

Foi seguindo essa tendência internacional de soberania compartilhada, que o Estado brasileiro, com a reforma trazida pela EC n.º 45/2004, que inseriu o § 4º no art. 5º da Constituição de 1988, passou a se submeter a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, cuja criação tenha manifestado adesão.

## 1.5 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: GÊNESE E PRINCIPIOLOGIA

Flávia Piovesan[18] assevera que:

> "Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado 'Direito Internacional dos Direitos Humanos', que é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo."

Após a Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, que, mitigando a soberania absoluta em favor de uma soberania compartilhada, passaram a adora o recente Direito Internacional dos Direitos Humanos, como consequência do fenômeno da universalização dos direitos humanos.

18 PIOVESAN, Flávia . *op cit.*, 2011, v. 01, p. 420.

O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica – direito interno), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional.

Por sua vez, esta concepção inovadora do Direito Internacional dos Direitos Humanos aponta para duas importantes consequências já percebidas nos itens anteriores:

> 1) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;6
> 2) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Inspirada nesses ideais, surge, a partir do pós-guerra, em 1945, a Organização das Nações Unidas. Em 1948 é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados.

A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Os instrumentos internacionais de proteção refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos.

Neste plano, pode-se destacar que, até 2007, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 161 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 157 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 145 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 173 Estados-partes; a Convenção sobre

a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 185 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 193 Estados-partes.

Em face desse complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos.

Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes instrumentos se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vale dizer, a lógica do Direito dos Direitos Humanos é, sobretudo, uma lógica material, inspirada no princípio da dignidade humana.

## 1.6 A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Feita a contextualização histórica e jurídica dos Direitos Humanos Fundamentais, bem como do Direito Internacional dos Direitos Humanos, neste último ponto do nosso estudo, nos ateremos ao tema central, qual seja: a

hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos à luz da Constituição Brasileira e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.

Inicialmente, impende destacar que a Constituição Brasileira de 1988 constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. A Carta de 1988, ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário da ditadura militar, empresta aos direitos e garantias fundamentais ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país.

O princípio da dignidade humana — ineditamente elevado a valor fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III — impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico nacional, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.

A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na Constituição de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força normativa, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

É nesse contexto que há de se interpretar o disposto no art. 5º, § 2º do texto, que tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim do extenso rol de Direitos Fundamentais anunciados pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes

do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Segundo Flávia Piovesan[19], ao efetuar tal incorporação, a Carta Fundamental de 1988 está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional e arremata que:

> Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.11 A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais,12 o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Essa conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura

19 PIOVESAN, Flávia . *op cit*, 2011, v. 01, p. 427.

> da Constituição à normação internacional — abertura que resulta na ampliação do "bloco de constitucionalidade", que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. Adicione-se ainda o fato das Constituições latino-americanas recentes conferirem aos tratados de direitos humanos um status jurídico especial e diferenciado, destacando-se, neste sentido, a Constituição da Argentina que, em seu art. 75, § 22, eleva os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional.

Com esses fundamentos e considerando a força interpretativa dos §§ 1º e 2º do art. 5º da CF/88, a citada jurista afirma que a hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos é de norma constitucional, uma vez que os direitos humanos constitucionalmente garantidos tem aplicabilidade imediata e, por essa razão, não fazia sentido negar aplicabilidade imediata daqueles decorrentes de tratados internacionais, haja vista a interpretação teleológica dos referidos dispositivos constitucionais.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, não fazendo distinção entre tratados internacionais de direitos humanos e de outros assuntos, tinha entendimento no sentido de que o tratado internacional, uma vez regularmente incorporado ao Direito Interno brasileiro, situa-se no mesmo plano de validade e eficácia em que se posicionam as leis ordinárias, estando, assim, hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República.

Desde 1977 vigora na jurisprudência do STF esse entendimento, tendo sido firmado por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE, em que ficou assentado

que, ante o conflito entre tratado internacional e a lei interna, deveria prevalecer a mais recente das normas, aplicando-se a regra *lex posterior derogat priori.*[20]

A discussão, em sede recursal, versava sobre o conflito entre o Decreto-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória na repartição fiscal, sob pena de nulidade, e a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, aprovada pela Convenção de Genebra, anteriormente ratificada pelo Estado brasileiro e com vigência reconhecida pelo próprio STF.

O Recurso Extraordinário 80.004-SE foi distribuído, inicialmente, ao Ministro Xavier de Albuquerque, que restou vencido. O Ministro, em seu voto datado de 03.09.1975, optou pelo primado do compromisso internacional, mesmo na falta de norma constitucional garantidora desse primado [Constituição de 1969]. O Ministro Xavier de Albuquerque lembrou ainda que a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido de conferir primazia ao Direito Internacional em face do Direito Interno brasileiro:

> A partir do julgamento, em Plenário, do RE 71.154, de que foi Relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 58/70), o Supremo Tribunal Federal vem decidindo reiteradamente que as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporaram-se ao nosso direito interno e entraram em vigor, no Brasil, a contar dos decretos que as promulgaram. Tais decisões reforçaram e atualizaram, em nossos dias, antiga orientação de nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno, como depõe o Professor Haroldo Valladão (Dir. Internacional Privado, 3ª ed., 1971, pág. 96): [...]

20 Cf. o acórdão do STF, no RE nº 80.004-SE, *in* RTJ 83/809 e ss.

Deixando de lado os antigos precedentes[21], o STF preferiu ater-se à noção de que não há prevalência hierárquica entre tratados internacionais e leis internas, e, sendo assim, um compromisso internacional pode ver-se revogado, sem maiores consequências no plano do Direito Interno por legislação posterior. Os ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin, Thompson Flores e Cunha Peixoto, este último escolhido para ser o relator do acórdão do recurso extraordinário acima referido, votaram todos no sentido de que o tratado concluído revoga a lei interna anterior da mesma forma que a lei posterior revoga o tratado concluído primeiro, segundo a citada fórmula *lex posterior derogat priori.*

Já na égide da atual Constituição, o STF voltou a se manifestar no mesmo sentido acima, e, na Extradição n. 662-2, de 28.11.1996 (RJ-IOB 1/11192), o Ministro Celso de Mello consignou na ementa:

> Paridade normativa entre leis ordinárias brasileiras e tratados internacionais. Tratados e convenções internacionais – tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RE 80.004 – RTJ 83/809) – guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as

21 Cite-se o caso da União Federal c. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradição n. 07 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que estabelece: 'Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha'".

> normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*Lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

Mais recentemente, o Pretório Excelso, relativamente ao tema do conflito entre tratados e leis internas, nos termos do voto do Min. Sepúlveda Pertence, em 29.03.2000, no RHC 79.785/RJ, alterou em parte seu entendimento, passando a considerar os tratados de direitos humanos (e não outros) como documentos de caráter supralegal, ou seja, superior hierarquicamente às normas infraconstitucionais, porém inferior às normas constitucionais. Contudo, a tese da supralegalidade dos tratados de *direitos humanos* ficou ainda mais clara no STF com o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, na sessão plenária do dia 22 de novembro de 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.

O Min. Gilmar Ferreira Mendes[22] – escrevendo texto de sua exclusiva autoria em Mendes, Coelho e Branco –, comentando a iminente mudança de entendimento da Suprema Corte brasileira acerca do tema, previu acertadamente o resultado do Recurso Extraordinário nº 466.343, que, em julgamento de 03 de dezembro de 2008, foi decidido nos termos da ementa a seguir transcrita:

22 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo, 2009. p. 743-755.

> PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.
> (STF. RE 466.343/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento em 03/12/2008).

O citado autor, ao tentar justificar a alteração de posicionamento do R. Tribunal, atribui elevada importância ao que chama de "abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos". Chega a argumentar que a Constituição Federal, nos artigos 4º, parágrafo único, e 5º, §§2º a 4º, traz "disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional" (MENDES, 2009, p. 745-747).

Por isso, entende o referido Ministro – em pensamento que reflete o da própria Corte – que "é mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos" (MENDES, 2009, p. 749).

Conclui-se, à luz da atual jurisprudência do STF, que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados internacionais, sistema que se

caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados comuns. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos — por força do art. 5º, §§ 2º e 3º — apresentam hierarquia supralegal, os demais tratados internacionais comuns apresentam hierarquia infraconstitucional.

Inobstante o avanço do STF em se tratando de Direito Internacional de Direitos Humanos, entoada pelos abalizados ensinamentos do Min. Gilmar Mendes acima comentados, a doutrina especializada vem criticando severamente o posicionamento ainda adotado pela Suprema Corte, por entender que o Estado brasileiro está na contramão da tendência mundial, notadamente em razão do fenômeno da globalização, marcado pelo aprofundamento das relações internacionais nos mais variados campos do conhecimento humano, vez que não prima pela supremacia do Direito Internacional em detrimento no direito interno. Nesse sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli[23] comenta que:

> No nosso entender os ***tratados internacionais comuns*** ratificado pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos ***tratados de direitos humanos***, [...] entendemos que os mesmos ostentam o status de norma constitucional, independentemente do seu eventual quorum qualificado de aprovação. A um resultado similar se pode

23 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op cit.*, 2008. p. 339-341.

> chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrada em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do Direito Internacional e da prevalência de suas normas em relação à toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior.

No mesmo passo, Ingo Wolfgang Sarlet [24] assevera que:

> De resto, há de enfatizar sempre que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário. Entendimento diverso, mesmo que seja em favor de uma hierarquia supralegal dos tratados (posição hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria!), ainda que tenha representado um considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, em favor da paridade entre lei ordinária e tratado, segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da Constituição, sendo, de tal sorte, no mínimo questionável.

Com pensamento semelhante dos renomados juristas, Flávia Piovesan[25], defendendo a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e divergindo

24 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* 2011.p. 338.
25 PIOVESAN, Flávia . O*p cit*, 2011, v. 01, p. 432.

da posição adotada pelo STF, acredita que:

> (...) conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade humana — que é valor fundante do sistema constitucional.
> Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Como esclarece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva n. 2, de setembro de 1982: "Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição". O caráter especial vem a justificar o status constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Acrescente-se que, além da concepção doutrinária que confere aos tratados de direitos humanos natureza constitucional e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados de direitos humanos status de supralegalidade em face da lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se mais duas correntes, ambas minoritárias: a primeira, sustentando que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional; enquanto a outra defende a hierarquia dos tratados de direitos humanos com paridade às leis ordinárias.

Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Por fim, salienta-se que, no sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, o legislador constituinte derivado fez promulgar a Emenda Constitucional n. 45, de 8 dezembro de 2004, introduzindo o § 3º no art. 5º da Carta 1988, dispondo: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição".

Comentando o aludido dispositivo, Ingo Wolfgang Sarlet[26] pontua que:

> (...) é possível afirmar que o novo § 3° representou um significativo avanço

26 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* 2011.p. 336.

> ao assegurar, desde que observado o procedimento nele estabelecido, uma hierarquia constitucional equivalente a das emendas constitucionais, distinta da hierarquia supralegal atualmente consagrada pelo STF (que refutou, por maioria, a hierarquia constitucional), visto que neste caso os tratados prevalecem sobre qualquer lei interna, mas seguem cedendo em face da CF. De outra parte, também é correto afirmar que com isso ainda não foi resolvida (pelo menos não como tem anunciado alguns entusiasmados defensores da reforma) a questão da hierarquia constitucional, em se considerando as relações entre o tratado incorporado (equivalente às emendas) e o texto constitucional originário.

Com efeito, o dispositivo inserido através da EC n.º 45/2004 (§ 3º do art. 5º da CF), veio para complementar o já referido § 2º do mesmo artigo, que, consoante farta doutrina, consagrou expressamente "a abertura material dos direitos fundamentais no sistema constitucional"[27]. Contudo, com bem anota o citado jurista, o dispositivo em tablado não conseguiu por fim a problemática envolvendo a hierarquia dos tratados internacionais de direito humanos, uma vez que duas questões situações restaram sem solução: a) a dos tratados de direitos humanos anteriores a EC/2004 e b) daqueles (tratados) incorporados com procedimento diverso ao previsto no § 3º do art. 5º.

Diante desta incongruência, Ingo Wolfgang Sarlet[28] assenta que:

27 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit,* 2009, p. 78.
28 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* 2011.p. 3341.

> Assim, se é certo que comungamos da posição bastante difundida de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3º no art. 5º ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) – em entendendo de modo diverso – tivesse se limitado a expressamente chancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos, com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (proposta legislativa esta formulada, nestes termos ou em termos similares, por autores, como Antonio Augusto Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan, entre outros ilustres e engajados defensores da hierarquia constitucional), e por mais que seja controverso, em cada caso, qual o direito de qual (ou quais) pessoa(s) a ser assegurado, também é correto que vislumbramos no dispositivo ora analisado um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós. Que uma posterior alteração do próprio § 3º, por força de nova emenda constitucional, resta sempre aberta, ainda mais se for para aprimorar e, portanto, reforçar a proteção dos direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, justamente nos parece servir de estímulo para um esforço hermenêutico construtivo também nesta seara.

Assim, diante do exposto, enquanto não sobrevenha uma posição uniformizadora do embate envolvendo a hierarquia dos tratados internacionais, sobressaem-se

três possibilidades atualmente reconhecidas pelo STF: a) hierarquia equivalente a de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo § 3º do artigo 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional (anteriores a EC n.º 45/2004 ou que não respeitou o procedimento do §3º da CF), por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples; c) hierarquia de lei ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos demais tratados, que não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo central observar a hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos à luz da Constituição Federal de 1988, com destaque à formação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. Sem querer esgotar o assunto, observou-se que, com a promulgação da Constituição de 1988, o tema em foco ganhou novo enredo, especialmente em razão da previsão, no § 2º do art. 5º, de que os direitos expressos na Constituição também abrangem os constantes dos tratados internacionais, registrando-se ainda uma nova fase da celeuma quando da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004.

Em que pese a divergência doutrinária acerca da conceituação dos termos “direitos fundamentais” e “direitos

humanos", optou-se, neste estudo, pela utilização da expressão "direitos humanos fundamentais" em razão da conjugação aditiva dos dois termos, tomando as referidas expressões como sinônimos e empregando-as indistintamente, uma vez que sempre serão pessoas os titulares dos direitos fundamentais e que todos os direitos humanos são necessariamente fundamentais.

A partir da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e a conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos humanos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias (Direito Internacional dos Direitos Humanos), fundadas no princípio da dignidade da pessoa humana. O primado da universalização dos direitos humanos insere-se definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro com o §2º do art. 5º da CF/88, redundando em um processo de constitucionalização dos direitos humanos.

A inovação introduzida pelo § 3º do art. 5º da CF veio a ampliar e a fortalecer ainda mais o debate a respeito da hierarquia e do impacto da normatividade internacional de direitos humanos no âmbito interno. Diante desse novo dispositivo constitucional e das críticas doutrinárias cada vez mais devotadas, percebeu-se uma força catalizadora apta a demandar do Supremo Tribunal Federal a revisão da jurisprudência desenvolvida sobre o tema, que, sem distinguir os tratados de direitos humanos e os tratados tradicionais, equiparava-os às leis ordinárias.

A necessidade em transformar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode ser percebida nas vozes de seus próprios Ministros. O Min. Gilmar Ferreira Mendes[29], por

29 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Op cit*, 2009. p. 743-755.

exemplo, comentando a iminente mudança de entendimento da Suprema Corte brasileira acerca do tema, previu acertadamente o resultado do Recurso Extraordinário nº 466.343, no qual foi adotada a tese da supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos, de modo que esses estariam acima das leis ordinárias, porém abaixo da Constituição.

Consolida-se, gradativamente, o reconhecimento do regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos e os tratados tradicionais, conferindo àqueles um status privilegiado no sistema jurídico, de forma a expandir o próprio bloco de constitucionalidade.

Não obstante o avanço no entendimento jurisprudencial impõe-se na agenda do STF a urgência de reconstruir uma interpretação mais adequada e em sintonia com o crescente processo de internacionalização dos direitos humanos, na pavimentação de um constitucionalismo democrático aberto à realização de direitos.

Cabe, portanto, ao Supremo Tribunal Federal o desafio de reafirmar sua vocação de guardião da Constituição, e, a partir de uma interpretação evolutiva, avançar na defesa da força normativa constitucional dos tratados de direitos humanos, conferindo máxima efetividade à dimensão material mais preciosa da Constituição – a dos direitos fundamentais. Para isso, defende-se que deve ser conferido aos tratados internacionais de direitos humanos o mesmo patamar das normas constitucionais, apenas com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, deve prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, alçado a fundamento basilar da República Federativa do Brasil, consoante inciso III do art. 1º da CF.

Contudo, reconhece-se que, enquanto não sobrevenha a esperada reforma no posicionamento da Suprema Corte, sobressaem-se três possibilidades atualmente reconhecidas pelo STF no que tange a hierarquia dos tratados internacionais à luz da Constituição de 1988: a) hierarquia equivalente a de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo § 3º do artigo 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional (anteriores a EC n.º 45/2004 ou que não respeitou o procedimento do §3º do art. 5º da CF), por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples; c) hierarquia de lei ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos tratados tradicionais, ou seja, que não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BONAVIDES. Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In Direitos Humanos como Educação para a Justiça. Reinaldo Pereira e Silva org. São Paulo: LTr, 1998.

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

_____. Decreto nº 7.030 (2009). Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (com ressalvas para os artigos 25 e 66), Brasília, DF, Senado, 2009.

_____. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 438.449. Min. Rel. Sydney Franciulli Netto, DJ 07. abr. 2003. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.600-8. Min. Rel. Sydney Sanches, Relator para acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 26. nov. 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 09 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004. Ministro Relator Xavier de Albuquerque, Relator para o acórdão Ministra Cunha Peixoto, in RTJ 83/809. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 09 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 229.096. Ministro Relator Ilmar Galvão, Relatora para acórdão Ministra Cármen Lúcia, DJ 16 ago. 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 09 jan. 2013.

_____.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343. Ministro Relator Cezar Peluso, DJ 03 ago. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 09 jan. 2013.

CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Soberania e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.52, 2002.

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

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo, Atlas, 1997.

PIOVESAN, Flávia . Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da Constituição Brasileira. In: Leonardo Nemer Caldeira Brant; Délber Andrade Lage; Suzana Santi Cremasco. (Org.). Direito Internacional Contemporâneo. 1ed. Curitiba,: Juruá, 2011, v. 01.

_____. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____.Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. Revista Espaço Jurídico | Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], [S.l.], v. 12, n. 2, p. 325-344, Dez. 2011. ISSN 2179-7943. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1328/671>. Acesso em: 09 Jan. 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

5

Luís Rafael Marques de Lima
Maria Lídia Soares de Assis

# O Protesto da Certidão da Divida Ativa e sua Ultilidade na Recuperação do Crédito Estatal

# O PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA E SUA UTILIDADE NA RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO ESTATAL

**Luís Rafael Marques de Lima**[1]
**Maria Lídia Soares de Assis**[2]

**RESUMO:** A adição do parágrafo único ao artigo 1º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1994, pela Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, autorizou a Fazenda Pública a realizar o protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), consolidando a possiblidade de uso do meio extrajudicial na recuperação de créditos de natureza estatal. Tal disposição pôs termo as divergências doutrinária e jurisprudencial, conferindo segurança jurídica aos entes federados. A utilização do protesto, ademais, tem revelado grande potencialidade na recuperação de créditos estatais, alinhando-se com o princípio da eficiência previsto na Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVES:** Certidão de Dívida ativa – Protesto – Princípio da eficiência

---

1 Procurador do Estado, Coordenador da Dívida Ativa Especialista em Direito Tributário – UNAMA/AM e Direito Público – Uniderp/MS.
2 Procuradora do Estado, Chefe da Procuradoria Fiscal Especialista em Direito Constitucional – UFAC, Direito Tributário – Cândido Mendes/RJ e Direito Público – Facipe/PE.

**ABSTRACT:** The addition of the single paragraph to article 1 of law number 9.492, of September 10, 1994, by law number 12.767, of December 27, 2012, authorized tax authorities to do the protest of overdue liabilities certificate (CDA), consolidating the possibility of using this extrajudicial method to recover public credits. That order put an end to a situation of uncertainty that permeated specialists' opinions and jurisprudence, granting juridical security to the federated entities. Furthermore, the utilization of the protest has shown great potentiality on recovering public credits, lining up with the efficiency principle established in Brazilian Federal Constitution.

**KEY WORDS:** Overdue Liabilities Certificate – Extrajudicial Protest – Efficiency principle

## INTRODUÇÃO

O escopo do presente artigo consiste no estudo do protesto de valores inscritos em dívida ativa considerando o novel parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1994, introduzido pela Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, que incluiu entre os títulos sujeitos a protesto, agora de maneira literal, as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

A consciência de que a cobrança da dívida ativa é atividade onerosa ao Estado por parte da Administração executiva e pelo próprio Poder Judiciário[3], demandando alto custo de material e tempo, inaugurou nos últimos anos, no âmbito dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a adoção de medidas visando à racionalização daquele procedimento.

Dentre estes expedientes destacam-se as leis que dispensam a cobrança judicial de débitos de pequeno valor[4], bem como as instituidoras de parcelamentos especiais, visando estimular a conciliação extrajudicial das dívidas ajuizadas e não ajuizadas da Fazenda Pública.

O alto índice de litigiosidade que assola o Poder Judiciário com milhares de processos sem uma resolução rápida e, sobretudo, efetiva, impõe ao Poder Público, na realização de seus haveres, a busca constante de soluções capazes de conferir maior eficiência a atividade administrativa.

---

3 *Cf. Dívidas Ativas e Execuções Fiscais Municipais*, 2º ed. Corregedoria geral de Justiça. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acedido em 25.02.2013. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/GeraisIntranet/SPI/CartilhaParaExecucoesFiscaisMunicipais.pdf>

4 O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos processos TC- 007667/026/08, TC-008668/026/08, TC-010733/026/08 e TC-000356/013/08, DOE de18.12.2008, admitiu a fixação, por lei municipal, de valor limite ou mínimo para a cobrança de créditos tributários. Segunda aquela Corte de Contas, baseando-se em lição da Doutrina especializada, edição de lei pelos Governantes cancelando a cobrança de valores abaixo de certo patamar está de acordo "com o espírito da Lei de Responsabilidade Fiscal, por deixarem de promover, de maneira irresponsável, cobranças cujo valor se mostra antieconômico, de tal forma que fica plenamente atendido o disposto no inciso II do parágrafo 3º do artigo 14 da LC 101/2000, **não importando tal ato, consequentemente, em renúncia de receita**, por observância aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e economicidade".

A sobrevivência de um Estado democrático de direito, alicerçado em liberdades individuais e direitos sociais, previstos em nossa carta fundamental, depende, nesse sentido, não só do controle dos gastos públicos, mas de sua arrecadação e execução orçamentária[5].

Sob essa perspectiva, de maior eficiência e racionalização dos meios de cobrança da dívida ativa, destaca-se o instituto do protesto de títulos executivos extrajudiciais, que se mostra não só como meio alternativo, mas também de reforço à efetividade das execuções fiscais. Boas experiências dos fiscos federal e estaduais tem demonstrado, como se verá, a frutuosidade da medida.

Não se pode insistir mais na ideia de que a execução fiscal confere privilégios ao Estado e, por esta razão, não seria legítima a utilização por parte do Poder Público de meios extrajudiciais capazes de atingir a mesma finalidade ou, ainda, capazes de reforçar a contundência das execuções fiscais. Não há, no ordenamento jurídico, norma que desautorize os entes federados a se utilizarem, de forma concomitante ou separada,

5 Para Stephen Holmes e Cass Sustein, os direitos são serviços públicos que o Estado presta em troca de tributos. Para os autores é impossível proteger direitos sociais ou liberdades individuais sem financiamento público. Esse papel financiador do Estado, possibilitado através do pagamento de impostos, é que faz face ao custo dos direitos. Nesse diapasão, "um interesse é qualificado como um direito quando um sistema jurídico o reconhece como tal, mediante o uso de recursos coletivos para defendê-lo" (tradução livre). No original: "*Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just as true of old rights as of new rights, of the rights of Americans before as well as after Franklin Delano Rosevelt's New Deal. Both the right to welfare and right to private property have public costs. (...)Within this framework, an interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it*." (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999, p.111; 134)

dos meios extrajudiciais e judiciais previstos em lei, estando em consonância com o interesse público a utilização pelas Fazendas Públicas dos instrumentos de cobrança extrajudicial disponíveis na recuperação dos créditos estatais.

Fato é que a execução fiscal, como concebida originariamente, já não encerra um rito diferenciado em torno do interesse público que ronda a Fazenda Pública, sofrendo das mesmas agruras que a execução por quantia certa versada no Código de Processo Civil.

O instituto do protesto, assim, há muito utilizado por credores particulares, se mostra legalmente acessível ao Poder Público, cuja utilização coaduna-se com a necessidade da garantia de receitas públicas necessárias para o desenvolvimento de serviços essenciais e de interesse de toda coletividade.

## 1 A CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DO PROTESTO DA CDA

O protesto foi concebido originariamente como instituto ligado ao direito cambial utilizado para comprovar a impontualidade no pagamento de título de crédito por parte do devedor.

A Lei Federal nº 9.492, de 1997, entretanto, reconhecendo a importância do procedimento na composição e prevenção de litígios, ampliou o rol de títulos protestáveis, passando a prever em seu artigo 1º a utilização do instituto também para "outros documentos de dívida", além, portanto, dos tradicionais títulos cambiais.

Nessa senda, quaisquer "documentos de dívida", judicial ou extrajudicial, que alicerçassem obrigações líquidas, certas e exigíveis, também estariam sujeitos ao protesto, não se restringindo o instituto aos tradicionais títulos cambiais.

Tal ampliação inaugurou o debate acerca da possibilidade de protesto da certidão de dívida ativa (CDA), título executivo extrajudicial dotado, como sabido, de liquidez, certeza e exigibilidade, a teor do artigo 3º, da Lei nº 6.830, 1980 – Lei de Execução Fiscal.

Para uns o protesto da certidão da dívida ativa seria abusivo por parte da Fazenda pública, posto que desnecessário para o fim de registrar a exigibilidade da dívida, servindo apenas para aparelhar o processo de execução fiscal.

Nesse diapasão, registre-se a opinião de Hugo de Brito Machado, para o qual o referido protesto se consubstanciaria em um "evidente abuso por ser absolutamente desnecessário para propositura da execução fiscal" [6].

Vozes autorizadas, nada obstante, amparadas pelo novo cenário legislativo, passaram a ver no protesto mais que um meio de se documentar publicamente a mora das obrigações cambiais, passando a reconhecer nele importante instrumento para recuperação de créditos públicos e privados. Em suma, reconheceu-se no instituto do protesto importância social, servindo não só para conferência de atributos jurídicos a certos títulos, mas como meio eficaz de cobrança do devedor sem necessidade de intervenção judicial. Nesse sentido, destaca-se a lição de Silvio de Salvo Venosa[7]:

6 MACHADO, Hugo de Brito. *Protesto de Certidão de Dívida Ativa*. RDDT nº 130, Ano 2006, p. 34.

7 *Direito Civil: Contratos em Espécie*. 5ª ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 496.

> De há muito o sentido social e jurídico do protesto, mormente aquele denominado facultativo, deixou de ter o sentido unicamente histórico para o qual foi criado. Sabemos nós, juristas ou não, que o protesto funciona como fator psicológico para que a obrigação seja cumprida. Desse modo, a estratégia do protesto se insere no iter do credor para receber seu crédito, independentemente do sentido original consuetudinário do instituto. Trata-se, no mais das vezes, de mais uma tentativa extrajudicial em prol do recebimento do crédito. (...) **Não pode, porém, o cultor do direito e o magistrado ignorar a realidade social. Esse aspecto não passa despercebido na atualidade.** Para o magistrado Ermínio Amarildo Darold (2001:17) o protesto 'guarda, também, **a relevante função de constranger legalmente o devedor do pagamento** (...), evitando, assim, que todo e qualquer inadimplemento vislumbre na ação judicial a única providência formal possível'. (grifou-se)

Também nesse diapasão os comentários de Walter Ceneviva[8]:

> O protesto sempre e só tem origem em instrumento escrito no qual a dívida seja expressa e cuja existência se comprove com seu exame extrínseco (...). O instrumento será título (referindo-se ao previsto nas leis comerciais ou processuais vigentes) ou outro documento, no qual a dívida não apenas esteja caracterizada, mas de cuja verificação resulte a clara informação de seu descumprimento. **A tutela de interesses públicos e privados corresponde ao reconhecimento legal da**

8 CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pg. 92.

> **eficácia do protesto, tanto no campo do direito privado como no do direito público, admitindo como credores e devedores os entes privados e os órgãos da Administração Pública direta e indireta, fundações e autarquias públicas**. Reconhece, outrossim, que, embora o serviço seja cumprido em caráter privado, envolve o interesse da Administração (...). (grifou-se)

O artigo 1º da Lei nº 9.492, de 1997, assim, ampliou a possibilidade de utilização do instituto do protesto, originariamente restrito aos títulos cambiais, estendendo-a a "outros documentos de dívida". Restou autorizado, dessa forma, que os credores, públicos e privados, usufruíssem do instituto beneficiando-se de seus efeitos indiretos capazes de ilidir o inadimplemento de dívida protestada.

A partir dessa compreensão, e considerando o modo como tratado o instituto na Lei Federal, inúmeros entes federativos albergaram o protesto da dívida ativa[9], buscando dar maior efetividade à cobrança de créditos fiscais, alguns buscando dar resposta, aliás, a reação refratária por parte do próprio Poder Judiciário quanto ao ajuizamento de execuções

9 Alguns Estados como o de São Paulo (Lei n° 13.160, de 21 de julho de 2008), o do Rio de Janeiro (Lei n° 5.351, de 15 de dezembro de 2008), o do Rio Grande do Norte (Lei n° 8.612/2004), o da Paraíba (Lei n° 9.170, de 29 de junho de 2010), o de Minas Gerais (Lei n° 19.971, de 27 de dezembro de 2011) e municípios como Porto Alegre/RS (Lei Complementar n° 556, de 08 de dezembro de 2006), Cuiabá/MT (Lei n° 4.044, de 19 de junho de 2001) e Campos do Jordão/SP (Lei nº 3.468/2011) passaram a admitir não apenas o protesto da Certidão de Dívida Ativa, mas também a inscrição de devedores em entidades que prestem serviços de proteção ao crédito e/ou promovam cadastros de devedores inadimplentes, como tentativa de recebimento dos créditos não honrados, obtendo resultados extremamente satisfatórios.

fiscais de pequeno valor[10].

A implementação, ainda que comedida, do protesto pelos entes federados, gerou inúmeras manifestações em contrário, vindo o Superior Tribunal de Justiça a reconhecer a desnecessidade do protesto da CDA[11].

A par disso, o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2010, no Pedido de Providências nº 2009.10000045376 encaminhado pelo E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que solicitava a análise de regulamentação expedida por sua Corregedoria, sufragou a possibilidade de protesto da CDA, consagrando o entendimento segundo o qual a lei federal ampliou o instituto para abranger qualquer título executivo extrajudicial.

Nesse sentido, a Ementa do Pedido de Providências, de Relatoria da Conselheira Morgana de Almeida Richa, *verbis*:

---

10 Nesse sentido o teor da Súmula nº 22, do E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina: "A desproporção entre a despesa pública realizada para a propositura e tramitação da execução fiscal, quando o crédito tributário for inferior a um salário mínimo, acarreta a sua extinção por ausência de interesse de agir, **sem prejuízo do protesto da certidão de dívida ativa** (Prov. CGJ/SC n. 67/99) e da renovação do pleito se a reunião com outros débitos contemporâneos ou posteriores justificar a demanda". (grifou-se)

11 Cite-se, por todos, o seguinte precedente: "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a ausência de interesse em levar a protesto a Certidão da Dívida Ativa, título que já goza de presunção de certeza e liquidez e confere publicidade à inscrição do débito na divida ativa. 2. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no Ag 1316190/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 25/05/2011)

> Ementa: Pedido de Providências. Certidão de dívida ativa. Protesto extrajudicial. Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Legalidade do ato expedido. Inexiste qualquer dispositivo legal ou regra que vede ou desautorize o protesto dos créditos inscritos em dívida ativa em momento prévio à propositura da ação judicial de execução, desde que observados os requisitos previstos na legislação correlata. Reconhecimento da legalidade do Ato Normativo expedido pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (CNJ - PP 200910000045376 – Rel. Cons. Morgana de Almeida Richa – 102ª Sessão – j. 06/04/2010 – DJ - e nº 62/2010 em 08/04/2010 p.08/09).

Na ocasião, ressaltou a Relatora a função inibidora do inadimplemento da dívida provocado pelo protesto, destacando-o como meio alternativo para redução do número de execuções fiscais ajuizadas, com influência na melhoria da prestação jurisdicional e na preservação do acesso à justiça.

Observou, ainda, tratar-se de meio menos oneroso ao devedor já que os custos decorrentes do protesto são inferiores aos apurados no processo judicial, além de inexistir penhora de bens a exemplo do que ocorre nas execuções fiscais.

O aludido Pedido de Providências redundou na **Recomendação nº 26/2009** do Conselho Nacional de Justiça, publicada no DJ-e nº 13/2010, em 21.01.2010, p. 2, **orientando as Corregedorias dos Tribunais pátrios a edição de ato normativo regulamentando a possibilidade de protesto da CDA**.

A recomendação do CNJ contou com a adesão de inúmeras Corregedorias dos Tribunais, face à competência

destas para fiscalização da atividade cartorária nos Estados[12], com inclusão da CDA entre os títulos protestáveis, respaldados na interpretação do artigo 1º da Lei nº 9.492, de 1997[13].

A par dessa realidade, colocando um ponto final nas divergências de interpretação quanto à possibilidade de protesto da dívida ativa, o parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 9.492, de 1997, introduzido pela Lei nº 12.767, de dezembro de 2012, passou a prever, expressamente, entre os documentos de dívida protestáveis, as Certidões de Dívida Ativa, da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

A propósito, a redação do dispositivo acrescentado, *verbis*:

> Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.
> Parágrafo único. **Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas**. (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012) Grifou-se.

A adição do parágrafo único ao artigo 1º, da Lei n. 9.492, de 1997, com efeito, consignou de maneira literal a possibilidade de protesto da certidão de dívida ativa, consolidando, vez por todas, aquilo que já dispunha o seu

12 Lei nº 8.935/1994, artigos 37 e 38.

13 *Vg.* Provimento CGJ n. 230, de 27.08.2012, do TJPR; Provimento CGJ n. 15, 09.12.2011, TJPI; Provimento CGJ n. 17, de 04.07.2012 TJES, Provimento CGJ n. 21, de 1º de agosto de 2012, Provimento CGJ n. 67, de 22.12.1999, dentre outros.

*caput*, ao prever a possibilidade de utilização do instituto para "outros documentos de dívida", a exemplo da CDA.

Em síntese, o refratário entendimento jurídico sobre o tema, muitas vezes obliquamente defendido por Doutrina envolta com interesses privados, demandou a evolução legislativa da matéria, pondo termo à divergência desfavorável ao protesto da CDA, com oferta da segurança jurídica necessária aos entes federados, inclusive para aqueles que optaram por sua efetivação antes mesmo de sua expressa inclusão pela Lei Federal nº 12.767, de 2012.

Tal diretriz, ademais, encontra suporte no artigo 236 da Constituição Federal, cuja redação estabelece que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado e por delegação do Poder Público, deixando a cargo da lei ordinária a regulação de suas atividades. A União, ademais, possui competência legislativa sobre a matéria, a teor dos artigos 22, incisos I e XXV, e 24, I, da Constituição Federal.

## 2 O PROTESTO DA CDA E SUA CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Verificada a expressa possibilidade de protesto da CDA, cabe examinar a questão sob a ótica do princípio da eficiência, diretriz constitucional orientadora das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de1998.

Como defendido por Lucas Rocha Furtado[14],

14 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo

a observância do princípio da eficiência não é mera opção discricionária, vinculando, como todos os demais princípios regedores da Administração Pública, a atuação do gestor público, cujo dever se traduz na adoção de "soluções eficientes, morais e impessoais".

Nas lições de José Afonso da Silva[15], o princípio da eficiência "orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do **maior benefício** com o **menor custo possível**". (destacou-se).

Em síntese, o princípio da eficiência demanda que toda atuação administrativa não ocorra inspirada pela simples e irrefletida observância de formalidades legais, sendo necessário que se alcance a finalidade do ato, a fim de que se atinjam os resultados esperados pelo Estado e pela coletividade[16]. Sua lógica importa, assim, que aquilo que se entenda por *eficiência* esteja inteiramente comprometida com a *eficácia*, o que supõe o emprego de métodos de gestão e ferramentas que visem o atingimento de objetivos e metas esperadas do Poder Público.

Nessa perspectiva, sabe-se que a consecução das atividades de controle, inscrição em dívida ativa, ajuizamento e tramitação de execuções fiscais, assim considerados os atos praticados pelas Fazendas Públicas, no exercício de sua

---

Horizonte: Fórum, 2010, p. 267.

15 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 337.

16 Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que "não se compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual o seu objetivo. Donde, também não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado. Implementar uma regra de direito não é homenagear exteriormente a sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p.69.

competência administrativa, e pelo Poder Judiciário, envolvem custos elevados decorrentes do emprego significativo de recursos públicos materiais e humanos necessários para o desenvolvimento de suas atribuições[17].

Com efeito, o exercício da atividade administrativa impõe a busca da eficiência dos meios empregados com o menor custo possível, a fim de que a Administração e a própria Comunidade alcancem o fim esperado decorrente da atividade de inscrição em dívida ativa, qual seja, sua efetiva arrecadação a favor do erário.

Nesse diapasão, o protesto da CDA tem demonstrado grande potencialidade na recuperação de dívidas da União e de suas autarquias federais (*v.g.* Inmetro, ANTT, ANP). Conforme dados divulgados pela Advocacia Geral da União, em 2012 foram enviadas a protesto 7.170 CDA's. Destas, 5.026 foram protestadas e 2.245 foram pagas, atingindo-se o percentual superior a 31% dos títulos enviados, **representativo de 52% do valor total dos créditos protestados[18].**

O índice de recuperação resultante do protesto da CDA no âmbito da União demonstrou ser superior àquele

17 De acordo com recente pesquisa do IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de **04 de janeiro de 2012,** o custo a partir do qual é economicamente justificável a propositura pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) do executivo fiscal é de R$ 21.731,45 (vinte e um mil setecentos e trinta e um reais e quarenta e cinco centavos). Conforme conclusão da pesquisa IPEA, com algumas ressalvas, "seria razoável reajustar, a partir de 1º de janeiro de 2012, o piso mínimo para o ajuizamento de ações de execução fiscal da PGFN dos atuais R$ 10.000,00 para **R$ 20.000,00**." Acedido em 10.07.2013. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/estudo-ipea-execucoes-fiscais.pdf>.

18 *Vide* Projeto de Protesto de Certidões de Dívida Ativa. Acedido em 27.02.2013. Disponível em:< http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=167799&id_site=1106>

decorrente da arrecadação nas execuções fiscais, comprovando a eficácia da medida. Conforme dados da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o total arrecadado em relação ao seu estoque de dívida não ultrapassou, no ano de 2010, o percentual de 0,62%, marca bastante inferior ao índice obtido com o protesto da CDA.

A conclusão aqui apontada também é corroborada pela grande maioria dos entes federativos que agasalharam a medida, a exemplo de São Paulo (Lei n° 13.160, de 21 de julho de 2008), do Rio de Janeiro (Lei n° 5.351, de 15 de dezembro de 2008), do Rio Grande do Norte (Lei n° 8.612/2004), da Paraíba (Lei n° 9.170, de 29 de junho de 2010), de Minas Gerais (Lei n° 19.971, de 27 de dezembro de 2011), da Bahia (Lei nº 9.159, de 09 de julho de 2004), do Espírito Santo (Lei nº 9.876, de 12 de julho de 2013) e Municípios como São Paulo/SP (Lei nº 14.800, de 25.06.2008), Porto Alegre/RS (Lei Complementar n° 556, de 08 de dezembro de 2006) e Cuiabá/MT (Lei n° 4.044, de 19 de junho de 2001), os quais passaram a admitir não apenas o protesto da Certidão de Dívida Ativa mas também a inscrição de devedores em entidades que prestem serviços de proteção ao crédito e/ou promovam cadastros de devedores inadimplentes como tentativa de recebimento de créditos não honrados, obtendo resultados satisfatórios.

Como destacado pelo Conselho Nacional de Justiça no Pedido de Providências nº 200910000045376, a autorização para o protesto da dívida não atende só o interesse da Fazenda Pública, "mas também o interesse coletivo, considerando que é instrumento apto a inibir a inadimplência do devedor, além de contribuir para a redução do número de execuções fiscais ajuizadas, com vista à melhoria da prestação jurisdicional e à

preservação da garantia constitucional do acesso a justiça"[19].

Sob o ponto de vista dos custos necessários para realização do protesto, estes não oneram, a princípio, a Fazenda Pública, já que ficam por conta do devedor os emolumentos decorrentes do protesto, a teor do que dispõe o artigo 19 da Lei nº 9.492, de 1997. Ainda a respeito deste aspecto, também ressalta o CNJ que o ato notarial é medida menos onerosa para o devedor, já que seus custos são inferiores aos da execução fiscal[20].

Sérgio Luiz Bueno, nesse sentido, explica que a necessidade de protesto da CDA, se não é indispensável juridicamente para conferir-lhe os atributos de que já é dotada (certeza, liquidez e exigibilidade), certamente o é sob o enfoque da efetividade na arrecadação dos créditos fiscais, **por meio dos quais os entes federados auferem recursos que são aplicados nos programas e políticas públicas que atendem a toda comunidade**[21].

Lembre-se, aliás, que o arcabouço jurídico pátrio, inclusive constitucional[22], vê com grande preocupação a

19 CNJ - PP 200910000045376 – Rel. Cons. Morgana de Almeida Richa – 102ª Sessão – j. 06/04/2010 – DJ - e nº 62/2010 em 08/04/2010 p.08/09.

20 Para além disso, no âmbito do Estado do Acre, a Lei nº 1.805, de 26 de dezembro de 2006, que fixa emolumentos e dá outras providências, isenta a União, os Estados e os Municípios e suas respectivas autarquias do pagamento de emolumentos devidos pelos atos praticados pelos serviços notariais e de registros.

21 BUENO, Sérgio Luiz. *O protesto de títulos e outros documentos de dívida*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2011, p. 235.

22 A obrigação jurídica do Estado de buscar meios eficazes para melhorar o perfil da arrecadação de seus tributos recebeu o endosso da Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, que elegeu a área da administração tributária como atividade essencial, garantindo-lhe recurso prioritário para o alcance de sua finalidade, conforme infere-se da leitura do art. 37, XXII: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá

arrecadação das receitas estatais ao tratá-la não só como um dos requisitos essenciais à gestão fiscal, a teor do que dispõe o artigo 11, da Lei Complementar nº 101, de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, mas também ao definir como ato de improbidade administrativa o agir negligente do gestor na arrecadação de tributo ou renda do erário.

A obrigação jurídica do Estado de buscar meios eficazes para melhorar o perfil da arrecadação de seus tributos recebeu, inclusive, o endosso da Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, que elegeu a área da administração tributária como atividade essencial, garantindo-lhe recurso prioritário para o alcance de sua finalidade, conforme infere-se da leitura do artigo 37, inciso XXII, da Constituição Federal:

> 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:
>
> .....
>
> XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de

---

aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio."

> cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Assim, não basta aos órgãos fazendários apenas constituir o crédito público. A nova ótica constitucional, em nome do equilíbrio fiscal tutelado, impõe aos entes federados verdadeiro dever de agir de forma eficiente na concretização da arrecadação para garantir as promessas de justiça, segurança, saúde, educação, lazer e trabalho, objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição da República.

O protesto da CDA, portanto, **é medida recomendada aos entes federados**, estando em plena consonância com o princípio da eficiência – princípio constitucional vinculante e de observação necessária. Ir contra a medida, nessa senda, é comungar em desrespeito aos postulados constitucionais, **em claro descompasso com a responsabilidade na gestão fiscal**.

## 3 DESCARACTERIZAÇÃO DO PROTESTO COMO MEIO INDIRETO DE COBRANÇA DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS

Como dito, o protesto da CDA, embora decorresse da interpretação coerente do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.492, de 1997, era rechaçado por parte da Doutrina, já que a Fazenda Pública disporia de rito especial para as execuções fiscais, hipótese de verdadeiro privilégio face aos credores privados. Para essa corrente de pensamento, a possibilidade

de constituição unilateral de um título (CDA) já dotado de liquidez, certeza e exigibilidade, suficiente para o imediato acionamento da via judicial, tornaria o protesto, no mínimo, dispensável, senão abusivo por parte da Fazenda Pública, caracterizando-se a medida como *sanção política* ou meio indireto de cobrança, especialmente quanto a créditos de natureza tributária[23].

Nada obstante, parece um despropósito – envolto em fortes interesses privados – tolher a Fazenda Pública do protesto da CDA.

Como já observado, o fato de a Fazenda ter um procedimento especial à sua disposição não torna a execução da dívida mais eficaz ou severa para o executado. Não são poucas, aliás, a lacunas verificadas na Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830, de 1980) que autorizam a aplicação do rito geral das execuções judiciais por quantia certa. Assim, por exemplo, o caso da ausência de efeito suspensivo dos embargos e a utilização dos meios eletrônicos para o bloqueio de ativos financeiros, medidas mais atuais e condizentes com o processo

23 Não se desconhece os precedentes do STF que rechaçam a possibilidade de utilização de meios indiretos de cobrança de tributos que venham a tolher a livre iniciativa, a liberdade e a prática empresarial. Essa Excelsa Corte tem assentado, entretanto, que a liberdade da atividade empresarial não é absoluta, admitindo sua restrição sempre que colida com outros valores constitucionais, como o princípio da livre concorrência e do franco desrespeito pelo contribuinte da legislação tributária. Nesse sentido, destacou o Ministro Joaquim Barbosa, na ADI 173, DJU 20.003.2009: *É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária.* ***Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresarias que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não razoável*** (grifou-se).

executivo previstas apenas no Código de Processo Civil[24].

Não há óbice, assim, ao uso pela Fazenda Pública do meio extrajudicial, especialmente porque sustentada sua conduta no princípio da legalidade, agora atendido a demasia com a introdução do parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 9.492, de 1997.

De outra banda, a formação de um título unilateral, já dotado de liquidez, certeza e exigibilidade, também não é impedimento para o protesto da CDA. Vale lembrar, nessa senda, que toda inscrição em dívida ativa pressupõe um procedimento administrativo prévio, no qual, em regra[25], é

24 É o que se verifica nos seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: a) *Esta Corte firmou o entendimento de que o bloqueio de dinheiro ou aplicações financeiras por meio do sistema Bacen-Jud, na vigência da Lei 11.382/2006, que alterou os arts. 655, inciso I e 655-A, prescinde de comprovação, por parte do exequente, de esgotamento de todas as diligências possíveis para constrição on line. Recurso representativo de controvérsia - REsp. 1.112.943/MA, Corte Especial, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 23.11.2010.*; b) *PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. ART. 739-A, § 1º, DO CPC. APLICABILIDADE. 1. Nos termos do disposto no art. 1º da Lei 6.830/80, o preceito do Estatuto Processual Civil é aplicável em execução fiscal de forma subsidiária. No caso, inexistente norma específica na legislação especial sobre os efeitos suspensivos aos embargos, cabível a aplicação do disposto no art. 739-A do CPC, incluído pela Lei 11.382/2006. Precedentes. 2. Esse entendimento foi referendado no REsp n. 1.272.827/PE, da relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31.5.2013, julgado em 22.5.2013, sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1306422/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013).*

25 A ressalva fica por conta das hipóteses em que o crédito vem constituído em razão de confissão do próprio administrado, a exemplo dos casos de parcelamento ou, na esfera tributária, nas hipóteses em que o crédito resulta de ato do próprio contribuinte. Nesse sentido: "(...) É pacífico na jurisprudência desta Corte que a declaração do tributo por meio de DCTF, ou documento equivalente, dispensa o Fisco de proceder à constituição formal do crédito tributário. Precedente: Recurso Especial representativo

garantido ao administrado o contraditório e a ampla defesa. O ato de inscrição em dívida ativa, ademais, conquanto não seja controle hierárquico ou de julgamento, constitui-se em controle de legalidade[26], e, sob essa ótica, inúmeras vezes ignorada pela Doutrina pátria, uma garantia para o próprio administrado.

Demais disso, visto pelo viés da eficiência, o protesto da CDA confere à inscrição em dívida ativa maior publicidade, agregando, na mesma proporção, mais eficácia

de controvérsia n.º 962.379/RS. (...)" (AgRg no REsp 1228660/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 27/09/2011)

26 **Lídia Maria R. Ribas esclarece em sua renomada obra** *Processo Administrativo Tributário* a verdadeira dimensão do controle de legalidade exercido pelo órgão responsável pela inscrição do débito em dívida ativa, *verbis*: *A inscrição é ato de controle administrativo da legalidade do crédito e será feita por órgão que a lei tiver estabelecido como competente para tal, com o objetivo de examinar o processo relativo ao crédito da Fazenda Pública e verificar a inexistência de falhas ou irregularidades que possam invalidar a execução judicial, implicando nulidade. O órgão de controle é titular de poderes de cognição limitados. Como ato de controle de legalidade, a inscrição é ato final do iter que possibilitará a cobrança, nada podendo acrescer ao ato anterior, apenas atribuindo-lhe eficácia. Quando a inscrição é recusada o órgão está negando eficácia ao criador do crédito. No exercício do controle administrativo da legalidade, o órgão competente para inscrição não o é para o controle hierárquico ou de julgamento, mas para o que a lei estabelece – ou seja, apurar o aspecto formal do processo, dando lugar ao seu eventual retorno à repartição de origem para sanear as irregularidades de natureza extrínseca. Esse controle de legalidade não é controle de mérito, mas controle dos requisitos de liquidez e certeza do crédito, cujo objetivo consiste em verificar se ocorreram os requisitos formais. Portanto, como ensina Alberto Xavier, "o verdadeiro título é o lançamento, uma vez objeto de controle pelo ato de inscrição da dívida, em relação ao qual o lançamento predetermina o seu conteúdo, revestindo a inscrição natureza meramente reprodutiva". Se assim não fosse se estaria criando uma instância para reexame de processos findos e julgados administrativamente. A inscrição é uma fase integrativa da eficácia do lançamento (exeqüibilidade), com caráter meramente confirmativo, na versão de Sandulli. Situa-se ela entre o procedimento administrativo de lançamento e o processo judicial de execução."* (RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Processo administrativo tributário***.** 3ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 150 e 151)

quanto ao conhecimento do ato. O protesto, portanto, amplia a publicidade do débito (art. 198, §3º, inciso II, do Código Tributário Nacional) sem que isso resulte em constrangimento ilegal para o administrado. Afina-se, assim, com a matriz de responsabilidade na gestão fiscal, atendendo o interesse público na arrecadação de recursos para o desempenho dos misteres a que está obrigado o estado.

Seja como for, o protesto da CDA não inaugura para o administrado uma nova realidade. Bastar lembrar que, como ato administrativo, a inscrição em dívida carrega consigo os atributos da presunção de legitimidade, imperatividade e exigibilidade, os quais autorizam o Poder Público a cobrar a obrigação inscrita sem o necessário acionamento da via judicial[27]. Não é por outra razão que anota Candido Rangel Dinamarco que "a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar o valor de outros meios de pacificar, constitui um desvio de perspectiva a ser evitado"[28].

Tanto é assim que antes mesmo da introdução do parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 9.492, de 1997, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que o protesto da CDA, conquanto fosse "desnecessário" – no sentido de conferir ao título sua exequibilidade – , não acarreta para o contribuinte dano moral *in re ipsa*, ancorando-se o julgado da Corte na publicidade intrínseca do próprio ato de inscrição em dívida ativa[29].

27 Nesse sentido o Parecer PGFN/CDA nº 537/2013, Procuradora Adriana Macedo Marques, 28.03.2013. Acedido em 13.08.2013. Disponível em: <http://dados.pgfn.gov.br/dataset/pareceres/resource/5372013>.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil- Vol. 1*. 6º Ed. São Paulo, Malheiros, p. 121. *Apud* Op. Cit. Parecer PGFN/CDA nº 537/2013.

29TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - PROTESTO PRÉVIO - DESNECESSIDADE - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ - AUSÊNCIA DE DANO MORAL -

Nesse contexto, de se ressaltar que o artigo 58 da Lei de Responsabilidade Fiscal possibilita ao gestor público a utilização de outras medidas na arrecadação dos créditos estatais, para além das desenvolvidas no âmbito administrativo e judicial:

> Art. 58. A prestação de contas evidenciará o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, **bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições**. (grifou-se)

O protesto da CDA, por fim, não configura sanção política ou meio indireto de cobrança de créditos estatais. É certo que o Supremo Tribunal Federal tem rechaçado meios desproporcionais de cobrança de créditos fiscais que impliquem grave restrição à liberdade e à prática empresarial. Entretanto, aquela Excelsa Corte tem assentado que os direitos individuais não têm caráter absoluto, admitindo medidas que respeitem o

---

DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - SÚMULA 284/STF. 1. Não demonstrada objetiva, clara e especificamente pelo recorrente a violação a dispositivo de lei federal, não há como se conhecer do recurso especial interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional, a teor do disposto na Súmula 284/STF. 2. A Certidão de Dívida Ativa além da presunção de certeza e liquidez é também ato que torna público o conteúdo do título, não havendo interesse de ser protestado, medida cujo efeito é a só publicidade. 3. É desnecessário e inócuo o protesto prévio da Certidão de Dívida Ativa. Eventual protesto não gera dano moral *in re ipsa*. 4. Recurso especial do BANCO DO BRASIL S/A conhecido parcialmente e, nessa parte, provido. 5. Prejudicado recurso especial do MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS. (STJ, REsp 1093601/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 15/12/2008 RDDT vol. 162, p. 109)

princípio da legalidade e do devido processo legal[30].

Como visto, o protesto da CDA não atenta contra tais postulados constitucionais. Como observa Marilei Fortuna Godoi, "nada há no protesto que impeça a atividade do contribuinte", de sorte que "a maior publicidade que daí advém é levada a efeito no interesse público, pela eficácia na arrecadação e publicidade nos dados da dívida ativa"[31].

Nesse sentido, de se observar que o protesto extrajudicial não impõe um maior constrangimento para o administrado do que o causado por uma execução fiscal. Se o protesto extrajudicial implica em maior publicidade da dívida do que sua simples inscrição na repartição fazendária, o ajuizamento de uma execução gera o mesmo efeito, dada a publicidade imanente dos registros judiciais[32]. A execução

30A *contrario sensu*, dando os contornos do que não se caracteriza como sanção política, já assentou o Ministro Joaquim Barbosa, na ADI nº 173/DF: "*Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, parágrafo único, da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição*". (STF, Plenário, ADI nº 173/DF. Rel. Ministro Joaquim Barbosa. Decisão unânime. DJU 10.03.2009)

31 MELO FILHO, João Aurino, coord. *Execução fiscal aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal*. Salvador: Juspodium, 2013, p. 68.

32 CIVIL E PROCESSUAL. INSCRIÇÃO. SERASA. COMUNICAÇÃO. AUSÊNCIA. DESNECESSIDADE. INFORMAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA "PUBLICIDADE IMANENTE". AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Constatado que a execução fiscal contra a autora apontada nos registros do SERASA era fato verdadeiro, não se configura o dever de indenizar pela simples omissão na comunicação à empresa, notadamente porque em se tratando de execução fiscal, tem o

fiscal, entretanto, mostra-se muito mais invasiva já que se predispõe a atingir diretamente o patrimônio do executado, podendo chegar à expropriação forçada.

A efetivação da medida, ademais, não restringe o acesso do administrado ao Poder Judiciário, podendo questioná-la sempre que a entenda indevida, tal como ocorre entre os particulares, não havendo qualquer imposição, inclusive, quanto ao prévio pagamento do débito para o acionamento do aparato jurisdicional[33].

## CONCLUSÃO

É impossível conceber a existência de um Estado Democrático de Direito sem que haja efetividade na cobrança e arrecadação dos créditos de titularidade dos entes federados. O protesto da dívida ativa, sob essa ótica, destaca-se como meio possível e de reforço às execuções fiscais.

A Lei nº 12.767, de 2012, que introduziu o parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 9.492, de 1997, nessa senda, explicitou, agora de maneira literal, a possibilidade de protesto da CDA, ofertando aos entes federados não só a segurança jurídica necessária para sustentação da medida, como também sepultando as diferentes opiniões em contrário.

---

devedor prévia ciência da cobrança, pela preexistência da fase administrativa. II. **Ademais, aplica-se à espécie o princípio da "publicidade imanente", segundo o qual os dados extraídos dos cartórios distribuidores de ações são de conhecimento geral.** III. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1036057/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 23/03/2009)

33 Op. Cit., p. 69.

A experiência dos demais entes federados demonstra que o protesto da CDA atende o princípio da eficiência de que trata a Constituição Federal, constituindo-se em meio menos oneroso, inclusive para o devedor, na recuperação de créditos estatais.

A medida mostra-se proporcional e encontra-se alinhada com a matriz de gestão fiscal responsável, não havendo óbice à utilização por parte da Fazenda Pública de meio extrajudicial, como forma alternativa ou de reforço à cobrança judicial.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BUENO, Sérgio Luiz. *O protesto de títulos e outros documentos de dívida*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2011.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights-Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Protesto de Certidão de Dívida Ativa*. RDDT nº 130, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO FILHO, João Aurino, coord. *Execução fiscal aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal*. Salvador: Juspodium, 2013.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Processo administrativo tributário***.** 3ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

# 6

José Rodrigues Teles

## Crédito de ICMS na Aquisição de Insumo e o Estorno Proporcional ao Percentual da Perda ou Extravio

# CRÉDITO DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE INSUMOS E O ESTORNO PROPORCIONAL AO PERCENTUAL DA PERDA OU EXTRAVIO

**José Rodrigues Teles**[1]

**RESUMO:**Este trabalho apresenta elementos para responder à seguinte indagação: deve ou não, ser estornado o crédito relativo ao ICMS incidente na aquisição de insumos destinados à industrialização, na mesma proporção da perda ou extravio ocorrido no processo, já que não há incidência do ICMS sobre o percentual perdido ou extraviado? A resposta a ser obtida para tal questionamento é relevante, na medida em que aponta a existência ou não, do direito ao crédito do valor total ou proporcional do ICMS pago na aquisição de insumos destinados ao processo industrial de geração de outros produtos.

**Palavras-chave:** ICMS. Crédito. Insumos. Industrialização. Perda ou extravio. Estorno proporcional.

1 Procurador do Estado do Acre, Lotado na Procuradoria Fiscal, Pos-Graduado Lato Sensu em Direito Público pela FACIPE – Faculdade Integrada de Pernambuco, Pós-Graduado em Direito Tributário pela UNAMA – Universidade da Amazônia e UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina e, Pós-Graduado em Gestão-Pública com Ênfase em Controle Externo pelo INFOCO – Instituto Superior de Formação Continuada.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema, a abordagem e discussão da questão do crédito de ICMS relativo à entrada de *insumo*, para fins de estorno de crédito do imposto, proporcional ao percentual de perda ou extravio desses insumos ocorrido no processo de industrialização.

Isto porque, apesar de previsto na legislação de regência, tem ocorrido dificuldade para se delimitar os critérios normativos que caracteriza o *insumo*, com reflexo sobre a apropriação do crédito pelo contribuinte, bem como no tratamento jurídico dado por parte da autoridade fiscal.

Propõe-se neste estudo, levantar os elementos relacionados à integração de um produto na fabricação de outro, com a perda de suas características ou qualidades, para responder à indagação: Deve ou não, ser estornado o crédito relativo ao ICMS incidente na aquisição de *insumo* destinado à industrialização, na mesma proporção da perda ou extravio, já que não ocorre operação de saída tributada pelo ICMS relativamente a esse percentual de perda?

A resposta a ser obtida para o questionamento acima é relevante, na medida em que apontará a existência ou não, do direito ao crédito do valor total ou proporcional, do ICMS pago na aquisição de *insumo* destinado à fabricação de outro produto.

À primeira vista parece muito simples e até intuitiva, mas na verdade é de uma enorme complexidade, a questão do crédito do ICMS incidente na entrada de insumo, que se perde ou se extravia parcialmente durante o processo de industrialização de outro produto.

O tema se apresenta ainda muito pouco debatido e teorizado e, escassa é a jurisprudência sobre a obrigatoriedade ou não da efetivação do estorno do crédito do ICMS na mesma proporção das perdas ou extravio verificado no processo industrial.

A própria existência dessa questão, aparentemente, não é conhecida de todos, na medida em que os doutrinadores pesquisados, não se dispõem a examiná-la em sua totalidade. Faltam estudos sistemáticos sobre a problemática, embora alguns doutrinadores se ocupem em seus tratados gerais, sobre os aspectos do direito ao crédito do ICMS pelas entradas de insumos.

Buscamos subsídio na legislação infralegal do Estado de São Paulo, especificamente na Decisão Normativa CAT nº 1, de 2001, como ponto de partida, já que no Estado de São Paulo, a Secretaria de Fazenda tratou do termo *insumo* da seguinte maneira:

> (...)
> 3 – Diante das normas legais e regulamentares atrás citadas, dão direito ao crédito do valor do imposto as seguintes mercadorias entradas ou adquiridas ou os serviços tomados pelo contribuinte:
> 3.1 – insumos
> A expressão "insumo" consoante o insigne doutrinador Aliomar Baleeiro "é uma algavaria de origem espanhola, inexistente em português, empregada por alguns economistas para traduzir a expressão inglesa 'input', isto é, o conjunto dos fatores produtivos, como matérias-primas, energia, trabalho, amortização do capital, etc., empregados pelo empresário para produzir o 'output' ou produto final. (...). "Insumos são os ingredientes da

produção, mas há quem limite a palavra aos 'produtos intermediários' que, não sendo matérias-primas, são empregados ou se consomem no processo de produção" (Direito Tributário Brasileiro, Forense Rio de Janeiro, 1980, 9ª edição, pág. 214).

Nessa linha, como tais têm-se a matéria-prima, o material secundário ou intermediário, o material de embalagem, o combustível e a energia elétrica, consumido no processo industrial ou empregados para integrar o produto objeto da atividade de industrialização, própria do contribuinte ou para terceiros, ou empregados na atividade de prestação de serviço, observadas as normas insertas no subitem 3.4 deste trabalho.

Entre outros, têm-se ainda, a título de exemplo, os seguintes insumos que se desintegram totalmente no processo produtivo de uma mercadoria ou são utilizados nesse mesmo processo produtivo para limpeza, identificação, desbaste, solda etc.: lixas; discos de corte; discos de lixa; eletrodos; oxigênio e acetileno; escovas de aço; estopa; materiais para uso em embalagens em geral – tais como etiquetas, fitas adesivas, fitas crepe, papéis de embrulho, sacolas, materiais de amarrar ou colar (barbantes, fitas, fitilhos, cordões e congêneres), lacres, isopor utilizado no isolamento e proteção de produtos no interior das embalagens, tinta, giz, pincel atômico e lápis para marcação de embalagens -; óleos de corte; rebolos; modelos/matrizes de isopor utilizados pela indústria; produtos químicos utilizados no tratamento de água afluente e efluente e no controle de qualidade e de teste de insumos e de produtos.

Extrai-se do pronunciamento da Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo acima transcrito, que há a

equiparação dos conceitos de produto intermediário e de produto secundário, assim como admissão expressa de que produtos consumidos no respectivo processo industrial também devem gerar o crédito do ICMS, porque pertencem àquela categoria de fatores produtivos necessários para a fabricação do output, ou seja, do produto final.

Nesse estudo o exame da questão de dever-se ou não efetivar o estorno do crédito do ICMS nas entradas, proporcional ao percentual de perda ou extravio ocorrido durante o processo industrial é feito mesclando-se as bases jurídicas apontadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Para além disso, faremos análise da legislação de regência, qual seja: Lei Complementar Federal nº 87/96 e, particularmente, a normatização legal em vigor no Estado do Acre: Lei Complementar Estadual nº 55/97 e Decreto Estadual nº 008/98 (RICMS/AC).

## 1 CRÉDITO DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE INSUMOS E O ESTORNO PROPORCIONAL AO PERCENTUAL DA PERDA OU EXTRAVIO

Imaginemos a seguinte hipótese: uma empresa adquire insumos para emprego no processo de produção de outros bens, perdendo-se ou extraviando-se, naturalmente, uma parte desses insumos durante a industrialização. Então, haverá de se indagar: pode aludida empresa se apropriar do ICMS incidente sobre esses insumos, na totalidade do crédito das respectivas entradas? É certo dizer que deve ser

estornada a parcela (diferença) de tal crédito, no caso de haver perda, extravio ou deterioração relativamente à quantidade de insumos adquiridos e à quantidade de bens produzidos/ vendidos (operação de saída)?

Para responder as indagações acima, analisaremos, inicialmente, o comando legal disposto no art. 21, inciso IV, da Lei Complementar Federal nº 87/96 e, do art. 35, incisos IV e V da Lei Complementar Estadual nº 55/97, senão veja-se:

> Art. 21 O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:
> (…)
> IV – vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se." (LCF 87/96)
> "Art. 35 O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço recebido ou o bem ou mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser:
> (…)
> IV - objeto de perecimento, deterioração ou extravio;
> V - objeto de operação ou prestação subsequente, beneficiada com redução de base de cálculo, ou com valor ou alíquota aplicáveis à saída inferiores à da respectiva entrada, hipóteses em que o estorno será proporcional à redução ou a diferença." (art. 35 da LCE 55/97 e art. 48 do Decreto nº 8/98 – RICMS/AC)

Vê-se, pois, que a legislação determina o estorno do crédito fiscal apropriado por ocasião da entrada no estabelecimento, quando o bem ou a mercadoria for objeto

de perecimento, deterioração ou extravio, vale dizer, quando não ocorrer operação posterior de saída, ou ainda, quando não configurar o fato gerador presumido.

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento do eminente tributarista **Ricardo José Ferreira** que assevera:

> O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:
> 1 – for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;
> 2 – for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;
> 3 – vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;
> 4 – vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se**;**
> 5 – gozar de redução da base de cálculo na operação ou prestação subseqüente, hipótese em que o estorno será proporcional à redução. (Manual do ICMS do Estado do Rio de Janeiro. Ricardo José Ferreira. 2ª ed. – Rio de Janeiro : Ed. Ferreira, 2007, pág. 207).

No mesmo compasso, é o ensinamento **Walter Gaspar** que preconiza, *in verbis*:

> se a entrada gera crédito, a saída deve gerar débito. A mercadoria entrada deixa de existir (perece), deteriora-se, tornando-se inservível, ou se extravia a conseqüência lógica é o

> estorno do crédito que gerou. Um exemplo: a mercadoria entra em um estabelecimento comercial com ICMS destacado na nota fiscal. Gera o crédito correspondente. Depois, é roubada. O crédito ficou acumulado, pois a saída (via roubo) não gerou débito. O Comerciante deve, então, estornar o valor do crédito destacado das notas fiscais relativo às mercadorias roubadas. O mesmo se aplica às mercadorias vítimas de incêndio, nas doações, nas utilizadas no próprio consumo da empresa. (GASPAR, Walter. ICMS COMENTADO. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, pág. 426).

Na mesma direção são as decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, cujas ementas se transcrevem abaixo:

> ICMS – CRÉDITO DE ICMS – INDEVIDO – ESTORNO.
> O estorno de crédito, pelo perecimento, deterioração ou extravio de mercadoria entrada em estabelecimento do contribuinte, é obrigação amparada em Lei Complementar, e na legislação ordinária, constituindo, o não-estorno, infração com tipo legal perfeito, sendo exigível o ICMS mais a penalidade correspondente. (Acórdão nº 3735, do Pleno do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Cons. Sylvio de Siqueira Cunha, julgado: 18/04/2001).
> IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – CRÉDITOS INDEVIDOS – ESTORNO
> É obrigatório o estorno do imposto creditado pelas entradas no estabelecimento quando a mercadoria, por qualquer motivo, for

> posteriormente inutilizada ou vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se. (Acórdão nº 3893, da 3ª Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Cons. Carlos Guimarães de Almeida Filho, julgado: 27/05/1999).
> ICMS – ESTORNO DE CRÉDITO DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS – PERECIMENTO.
> Restando demonstrado o perecimento das mercadorias adquiridas pelo Contribuinte, impõe-se o estorno dos créditos apropriados por ocasião da entrada das mesmas. (Acórdão nº 4.581, da 4ª Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Cons. Ricardo Garcia de Araújo, julgado: 10/12/2003, publicado DOE: 24/02/2004).

O Conselho de Contribuintes do Estado do Rio Grande do Sul não foge à mesma orientação legal, vejam-se as ementas dos julgados estampados a seguir:

> RECURSO Nº 834/03 ACÓRDÃO Nº 050/04
> (Proc nº 33185-14.00/03.4)
> EMENTA:
> ICMS. CREDITAMENTO FISCAL. SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. ESTORNO PROPORCIONAL.
> A legislação tributária estadual não deixa dúvidas que, nas saídas de mercadorias com redução da base de cálculo, é obrigatório o estorno do crédito fiscal relativo às respectivas entradas, na mesma proporção (art. 34, I, Lv. I, RICMS).
> RECURSO Nº 240/04 ACÓRDÃO Nº 447/04
> (Proc nº 13328-14.00/04.3)
> EMENTA:

> ICMS. AUDITORIA. BENEFÍCIO DA CESTA BÁSICA E CRÉDITO FISCAL.
> É obrigatório, nas saídas de mercadorias tributadas com redução de sua base de cálculo (cesta básica), o estorno, na mesma proporção da redução, do crédito fiscal relativo à respectiva entrada (Súmula nº 17 do TARF).

No âmbito jurisdicional, as ementas dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Cível nº 2007.001.11120 e no Mandado de Segurança nº 2004.004.00606, respectivamente, corroboram o entendimento expendido nos tópicos supracitados, é ver:

> AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. ESTORNO DE CRÉDITO REFERENTE A MERCADORIAS EXTRAVIADAS, DETERIORADAS OU PERECIDAS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 2.657/96. Alegação de violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade e de nulidade do Auto de Infração. Sentença de improcedência. Apelação da Autora. Preliminar de nulidade da sentença por condenação superior ao valor supostamente devido que se confunde com o mérito. Matéria tributária reservada **à** lei complementar de competência da União, que editou a Lei Complementar nº 87/96, a qual, em seu art. 21, IV, prevê o estorno do imposto de que se tiver creditado o sujeito passivo sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se. Inexistência de amparo legal à pretensão de que todo pagamento de ICMS deve ser compensado sob pena de violação ao princípio

da não-cumulatividade, diante do dispositivo legal que expressamente dispõe acerca das exceções à referida compensação. Auto de Infração lavrado em respeito aos requisitos exigidos pelo Decreto nº 2.473/79, o qual regula o Processo Administrativo-Tributário no Estado do Rio de Janeiro. Alegação não comprovada de que os valores lançados no Auto de Infração encontram-se em dissonância com a realidade dos fatos. Aplicação do art. 333, I, do CPC. Não se pode falar em condenação superior ao valor supostamente devido, porque condenação não houve, apenas improcedência do pedido, mantendo-se a Apelante no status quo ante. Recurso ao qual se nega provimento." (Apelação Cível nº 2007.001.11120 – Relator: Desembargador Orlando Secco, Décima Sexta Câmara Cível – RJ, data do julgamento: 01/07/2008).

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. PRINCÍPIOSDANÃO-CUMULATIVIDADE E DA COMPENSAÇÃO. Mandado de segurança preventivo impetrado com o objetivo de afastar a aplicação da Lei nº 2.657/96, que prevê o estorno do crédito do ICMS em percentual proporcional à redução da base de cálculo na operação ou prestação subseqüente da mercadoria entrada no [1]estabelecimento da Impetrante. Alegação de ofensa ao princípio da não-cumulatividade. Pretensão de recuperação integral dos créditos do ICMS. Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada, eis que o objetivo da Impetrante é afastar receio de vir a sofrer efeito concreto, que lhe causará prejuízo financeiro e que supostamente lhe viola direito líquido e certo, daí o caráter preventivo da impetração, cabível quando o ente normativo se afigura capaz de produzir lesão individual e concreta sobre a esfera jurídica daquele que o alega, tornando evidentes os possíveis efeitos da

> norma tida por ilegal sobre o ativo financeiro da Impetrante. No mérito, inexiste a alegada violação ao princípio da não-cumulatividade, eis que o estorno proporcional estabelecido na Lei nº 2.657/96 visa justamente evitar o enriquecimento ilícito do contribuinte, afastando o duplo benefício que a recuperação integral do crédito lhe daria, o primeiro com o recolhimento da alíquota inferior quando da saída das mercadorias e o segundo com a manutenção do crédito pelo tributo pago a maior, o que, data vênia, não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio. Precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a redução da base de cálculo afigura-se como isenção fiscal parcial, subtraindo-se a espécie, por via de conseqüência, ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, pois configurada como uma das duas exceções previstas na Constituição Federal. Ordem denegada. (Mandado de Segurança nº 2004.004.00606 - Relator: Desembargador Orlando Secco, Oitava Câmara Cível – RJ, data do julgamento: 04/03/2008).

Em reforço de que o entendimento esposado nos articulados acima se apresenta como o correto, colacionamos a ementa do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja transcrição segue abaixo:

> ICM. Produtos adquiridos pela executada e ulteriormente destruídos por incêndio.
> A obrigatoriedade do estorno correspondente **à** entrada não infringe o princípio constitucional da não-cumulatividade (art. 23, II), uma vez que o perecimento das mercadorias, no próprio estabelecimento do comerciante, importa a ruptura das etapas de circulação que

> compõe o ciclo de tributação. (RE 105.666/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado:08/11/85, publicado: 06/12/1985).

A questão torna-se um pouco mais complexa, quando se leva em consideração o fato da ocorrência natural de perda ou extravio durante o processo de industrializado, de percentual dos insumos adquiridos e sobre os quais incidiu o ICMS na entrada no Estabelecimento.

A controvérsia que surge, então, é: se pode ou não haver o aproveitamento integral do ICMS incidente na aquisição dos insumos destinados à industrialização?

Para melhor entendimento da problemática, vejamos a seguinte hipótese: se, por exemplo, com 100 (cem) unidades de insumos são obtidas somente 90 unidades de produto final, tem-se que ocorreu uma perda de insumos na ordem de 10% (dez por cento).

Logo, a operação de saída estará reduzida em 10% e, conseqüentemente, sobre esse percentual de 10% (dez por cento) de insumos extraviados durante o processo produtivo não haver*á tributação, de modo que não* haverá, de igual modo, direito ao crédito do ICMS relativamente a esse percentual de insumos perdidos.

*Mutatis mutandis*, bastante elucidativa é a ementa do julgado do Supremo Tribunal Federal, *in verbis:*

> ICMS: não ofende o princípio da não-cumulatividade a exigência de estorno proporcional de crédito do ICMS relativo à entrada de mercadorias que, posteriormente, têm a saída tributada com base de cálculo ou alíquota inferior: precedente (RE 174.478.

> Pl. 17.03.05, red. p/acórdão Cezar Peluso, DJ 30.9.05) - (Ag. Reg. No Agravo de Instrumento: AI – AgR 439784/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado: 04/09/2006, publicado: 29/09/2006).

No caso em estudo, vê-se que deve ser feito o estorno proporcional do crédito fiscal apropriado por ocasião da entrada no estabelecimento, quando o bem ou a mercadoria vier ser objeto de perecimento, deterioração ou extravio, já que não ocorre a operação posterior de saída relativamente a um determinado percentual de insumos perdidos ou extraviados durante a industrialização.

Esse entendimento é encontrado na obra do tributarista **Ricardo José Ferreira**[2] quando assevera que:

> O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:
> 1 – for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;
> 2 – for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;
> 3 – vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;
> 4 – **vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se;**
> 5 – gozar de redução da base de cálculo na operação ou prestação subseqüente, hipótese

2FERREIRA, Ricardo José. **Manual do ICMS do Estado do Rio de Janeiro.** 2ª ed. – Rio de Janeiro : Ed. Ferreira, 2007, pág. 207.

> em que o estorno será proporcional à redução. destacou-se.

É oportuno, ainda, trazer a lume o entendimento do Professor Roque Antonio Carrazza (ICMS. 12ª edição. Ed. Malheiros. São Paulo: 2007), que afirma *"*ser a base de cálculo da exação o valor de que decorre a saída da mercadoria, já que o ICMS incide apenas sobre a mercadoria vendida. Por outro ângulo, não podem figurar na base de cálculo do ICMS as perdas (sejam as técnicas, sejam as comerciais)."

Assim, a operação de saída em base inferior à de entrada em razão da perda de parte dos insumos na industrialização, não dá direito ao crédito do imposto incidente sobre o percentual dos insumos perdidos. Em tais circunstâncias, caso tenha havido o creditamento do ICMS, deve haver o estorno do aludido crédito, proporcionalmente ao percentual dos insumos extraviados.

Esse é o entendimento extraído também da doutrina de Deonísio Koch (Manual do ICMS – Comentários à Lei Complementar 87/96 atualizada. Deonísio Koch – Florianóplis: OAB/SC Editora, 2006, p. 229), veja-se:

> O estorno do crédito está ligado ao conhecimento posterior da circunstância impeditiva da apropriação do crédito. Originariamente a mercadoria é adquirida para comercialização, como matéria-prima na industrialização ou então como material intermediário, prevendo a tributação normal na etapa seguinte da circulação, sendo legítima a apropriação do crédito. Em dado momento, outro destino é dado à mercadoria que não mais legitima o crédito, devendo então o

contribuinte proceder ao estorno do mesmo (deu-se destaque)

Com supedâneo nos articulados acima, pode-se afirmar que a redução da base de cálculo do ICMS na operação de saída do produto final, em razão de perdas ocorridas no processo de industrialização, acarreta o estorno do crédito do imposto cobrado sobre os insumos, na mesma proporção das perdas verificadas.

É certo, também, que pelo princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS inscrito no art. 155, § 2º, da CF, o comerciante, o industrial, o produtor e o prestador de serviços de transporte e de comunicação têm o direito-dever de se creditar do montante do imposto incidente sobre as aquisições de produtos, para abatê-lo (compensá-lo) do imposto incidente sobre as operações subsequentes. Esta é a regra.

Entretanto as alíneas "a" e "b", do inciso II, o § 2º, ao art. 155, do Texto Maior[3] estabelecem que as operações isentas ou não tributadas pelo ICMS desautorizam o creditamento do imposto estadual, para compensação com o montante que for devido nas operações seguintes. Da mesma

3 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)
§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;
II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:
a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;
b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

forma, o imposto que tenha sido creditado deverá ser estornado caso as operações subsequentes sejam realizadas com isenção ou não-incidência.

Desse modo, se por qualquer motivo a operação ou prestação anterior (entenda-se o percentual de insumo perdido no processo de industrialização) não foi onerada pelo ICMS na saída do produto final, não há direito ao crédito fiscal, devendo ser estornado o crédito proporcionalmente ao percentual de insumos perdidos.

É o que sobressai do texto da primeira parte do inciso I, do art. 21, da LC 87/96, que repete o teor do § 2º, II, alínea "b", do art. 155 da CF/88, segundo o qual a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação "acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores". Em outras palavras, o direito ao crédito escritural do ICMS pela entrada, além de real, é condicionado: apenas se legitimando se a posterior saída das mercadorias também sujeitar-se à incidência do imposto, porquanto, só se concede um crédito fiscal, na presunção de vir a ocorrer um débito correspondente, já que aquele tem a função precípua de reduzir o montante deste.

Com efeito, é em função dos débitos que se concedem os créditos fiscais, só se admitindo a utilização destes quando, em contrapartida, houver um débito correspondente, o que inexiste quando se verifica que a etapa subsequente da circulação não é tributada, no caso em estudo, correspondente à parte dos insumos que são perdidos ou extraviados durante a industrialização.

Entendimento semelhante ao defendido até agora, adota o mestre Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Revista de Direito Tributário, nº. 48, p. 14 e segs., sob o título ICMS:

não-cumulatividade e suas exceções constitucionais), quando verbaliza com toda clareza que:

> [...] as exceções contidas nas alíneas a e b, do inciso II, do art. 155, só cabem para aquelas situações em que o crédito de um imposto que não incidiu em operação anterior conduzisse a um efeito oposto ao da acumulação, pois levaria a uma incidência final inferior à que resultaria da aplicação da alíquota nominal do tributo ao preço do varejo. Isto criaria para o órgão arrecadador uma situação desigual em que, por causa da não-cumulatividade, ele seria prejudicado. Regra geral, estas situações aparecem quando a isenção ou não-incidência ocorrem no começo ou no fim do ciclo de circulação de mercadorias. Nestes casos e apenas neles, da aplicação do princípio da não-cumulatividade haveria um prejuízo para o órgão arrecadador configurando-se destarte uma situação excepcional que exige a aplicação da regra da especialidade e da qual decorre o estrito entendimento nas referidas alíneas a e b. Este entendimento restrito, que preserva o sentido próprio e genérico da não cumulatividade, exige por outro lado, que quando a isenção ou não-incidência ocorra no meio do ciclo, o crédito só deixará de ser compensado, devendo ser anulado, apenas no que diz respeito à operação imediatamente anterior e posterior, não, porém, em relação às subsequentes sob pena de se provocarem extensos e perversos efeitos cumulativos".
>
> "[...] devem ser interpretadas estritamente em função daquelas situações que, se não excepcionadas, criariam uma desigualdade não desejada em face da generalidade do princípio. Tais situações são aquelas que ocorrem no início de um ciclo ou no fim e, caso ocorra uma isenção ou não incidência no

> meio do ciclo, o disposto nas citadas alíneas "a" e "b" só vale para aquela operação do ciclo, portanto para créditos imediatamente anteriores e posteriores, não, porém, para subsequentes, sob pena de produzirem-se insuportáveis cumulatividades em cascata. Esta conclusão decorre da imperiosa lógica que preside o Estado de Direito, que faz da Constituição um complexo harmônico de normas, um sistema dotado de unidade de sentido, sob pena de quebrarem-se os valores da segurança e da certeza dele estruturalmente constitutivos. (grifou-se)

Nota-se que Tércio Sampaio Ferraz Jr. conclui considerando que as hipóteses das alíneas a e b, do inciso II do § 2º do art. 155, da Constituição Federal, devem ser interpretadas estritamente em função daquelas situações que, se não excepcionadas, criariam uma desigualdade não desejada em face da generalidade do princípio.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº. 328107/SP, considerou harmônica com a Carta da República a exigência de estorno proporcional do crédito de ICMS relativo à entrada de insumos usados na fabricação de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. (DJe-113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19-06-2009 EMENT VOL-02365-03 PP-00526)

Outros precedentes do Supremo Tribunal Federal:

> ICMS. Imunidade. Estorno de créditos anteriores. Salvo determinação em contrário da legislação, a não incidência do ICMS acarretará a anulação do crédito relativo às

> operações anteriores. Art. 155, § 2º, II, b, CF/1988 (AI 468.900-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30-9-2008, Segunda Turma, DJe de 21-11-2008.)
> ICMS. Crédito relativo à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Caso de isenção fiscal parcial. Previsão de estorno proporcional. Art. 41, da Lei estadual 6.374/1989, e art. 32, II, do Convênio ICMS 66/1988. Constitucionalidade reconhecida. Segurança denegada. Improvimento ao recurso. Aplicação do art. 155, § 2º, II, b, da CF.(AI 669.557-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6-4-2010, Segunda Turma, DJe de 7-5-2010) (deu-se destaque)

Vê-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal considera harmônica com a Constituição Federal a exigência de estorno proporcional do crédito do ICMS relativo à entrada de insumos usados na fabricação de produtos cujas saídas são realizadas com redução da base de cálculo, quer por motivo de concessão de isenção parcial do ICMS, quer por extravio parcial dos insumos empregados no processo industrial.

## CONCLUSÃO

Com fundamento nos articulados acima, podemos responder à indagação inicial sobre a questão posta, afirmando que as empresas industriais só poderão utilizar, para fins de compensação com o imposto devido nas

operações subsequentes, créditos escriturais relativamente a ICMS incidente sobre os insumos utilizados no processo de industrialização, cuja saída do produto final seja integralmente tributada pelo ICMS, na medida em que existe vedação ao aproveitamento de crédito relativamente ao percentual dos insumos perdidos ou extraviados no processo industrial, ex vi da ressalva ao princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, II, "a" e "b", da Constituição Federal, fato que impõe o estorno de crédito na mesma proporção dos insumos perdidos durante a industrialização.

As exceções contidas nas alíneas a e b, do inciso II, do art. 155, aplicam-se para aquelas situações em que o crédito do ICMS que não incidiu em operação anterior conduza a um efeito oposto ao da acumulação, pois levaria a uma incidência final inferior à que resultaria da aplicação da alíquota nominal do tributo ao preço do varejo. Isto criaria para o Fisco uma situação desigual em que, por causa da não-cumulatividade, ele seria prejudicado porque a conta corrente do contribuinte ficaria sempre credora da Fazenda Pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

MELLO, José Eduardo. ICMS. Teoria e Prática. 9ª edição. São Paulo Ed. Dialética: 2006.

MELLO, José Eduardo; LIPPO, Luiz Francisco. A não-cumulatividade tributária. 1ª edição, São Paulo: Dialética, 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 12ª edição, Ed. Malheiros. São Paulo: 2007.

KOCH, Deonísio. Manual do ICMS – Comentários à Lei Complementar 87/96 atualizada. Florianóplis. OAB/SC Editora, 2006.

FERRAZ, Tércio Sampaio – Revista de Direito Tributário, n.º 48, pp. 14 e segs., sob o título ICMS: não-cumulatividade e suas exceções constitucionais.

7

Francisca Rosileide de Oliveira Araújo

# A Regulação do Setor Farmacêutico e de Compras Públicas e os Consequentes Desafios para a Promoção do Acesso da População aos Medicamentos

# A REGULAÇÃO DO SETOR FARMACÊUTICO E DE COMPRAS PÚBLICAS E OS CONSEQUENTES DESAFIOS PARA A PROMOÇÃO DO ACESSO DA POPULAÇÃO AOS MEDICAMENTOS

Francisca Rosileide de Oliveira Araújo[1]

**RESUMO:** A aquisição de medicamentos pela Administração Pública em tempo hábil e de forma sustentável, em face das especificidades do setor e de mecanismos de gestão deficitários, tem sido um dos grandes gargalos na efetiva dispensação de medicamentos à população. O presente artigo tem por objetivo fazer uma reflexão acerca da atual conjuntura do sistema de compras de medicamentos pelo Poder Público, tendo por substrato as experiências enfrentadas no âmbito do Estado do Acre e da revisão da legislação que regulamenta a matéria, fomentando discussões no sentido de melhor entender o setor, e consequentemente, colaborar para uma efetiva atuação da Administração no cumprimento do dever constitucional à saúde.

1 Procuradora do Estado. Graduada pela Universidade Federal do Acre - UFAC. Pós Graduada *Latu Sensu em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre– UFAC. Pós Graduada Latu Sensu em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE. Pós Graduada Latu Sensu em Gestão Pública com ênfase em Controle Externo pelo Instituto Superior de Formação Continuada – INFOCO.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração Pública. Aquisição de medicamentos. Gestão. Licitação.

**ABSTRACT:**The drug procurement by the Public Administration in a timely and sustainable manner, given the specificities of the sector and management mechanisms deficit, has been one of the major bottlenecks in the effective dispensing of medicines to the population. This article aims to reflect on the current situation of the procurement system of medicines by the Government, with the substrate experiences faced in the State of Acre and revision of laws governing matter, encouraging discussions towards better understand the industry, and hence contribute to the effective performance of Directors in fulfilling the constitutional obligation to health.

**KEY WORDS:** Public Administration. Drug Procurement. Management. Bidding.

## INTRODUÇÃO

A escolha do tema foi motivada pelo constante contato com a Secretaria de Estado de Saúde e Fundação Hospital Estadual do Acre, diante da constatação do quanto é desafiante para aquele Órgão e Entidade pública atenderem os diversos programas da área de saúde pública e rede hospitalar, notadamente na assistência farmacêutica para a dispensação de medicamentos à parcela da população usuária do Sistema Único de Saúde - SUS.

É que, além de toda a conjuntura da Política de Assistência a Saúde, dois importantes e complexos processos estão intimamente relacionados e interferem diretamente no acesso aos medicamentos pelos beneficiários dependentes do SUS: o processo administrativo de compras públicas e a regulação do setor farmacêutico.

Os desafios repousam justamente em encontrar meios e formas de circular com equilíbrio entre a realidade mercadológica e concorrencial do mercado farmacêutico que muitas vezes não acodem ao chamamento da Administração Pública em seus procedimentos de compras numa velada resistência a essa regulação que limita seus ganhos, sem desatender a legislação e ao mesmo tempo ter efetividade nas ações de suprimento e dispensação de medicamentos que são fornecidos pela rede de saúde pública, conforme preconiza o Sistema Único de Saúde em atenção ao pressuposto constitucional do direito à vida, que preleciona que o cidadão brasileiro venha a ser assistido em sua integralidade pelo sistema público de saúde.

A metodologia utilizada para a identificação dos desafios teve por base os pareceres da Procuradoria-Geral do

Estado do Acre, Acórdãos do Tribunal de Contas da União e documentos oficiais do Ministério da Saúde que prescrevem orientações aos gestores estaduais, municipais e do Distrito Federal quanto à Política Nacional de Medicamentos (PNM) e sua aquisição, com o viés da importância à assistência farmacêutica e permitem constatar a dimensão da complexidade de aporte da política pública à sociedade e artigos voltados ao tema fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS.

## 1 DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Nos termos do art. 196, da Constituição Federal de 1988 a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, devendo este garantir à população, por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, o pleno acesso universal e equitativo às ações e serviços de saúde. Vejamos:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação[2].

Em complemento à declaração do direito universal à saúde, a Carta Magna em seu art. 197 dispõe acerca

2 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Acesso em 8 jul 2013. Disponível em <** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

da relevância do Poder Público na prestação desse direito, assim como também, dá competências para que esse regulamente, fiscalize e controle a execução dos serviços por ele prestados. Nesse sentido leciona Pedro Lenza,

> Nos termos do art. 197, são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado[3].

Note-se que o direito fundamental à saúde elencado na Constituição não se constitui em ato meramente declaratório, há também a previsão de um poder-dever do Estado em provê-lo a todos, tendo em vista que a atenção à saúde transmuta-se na preservação e manutenção de um bem maior que é a vida.

Uma vez consolidado o reconhecimento a tais direitos, o Estado passa a fase de cumprimento de tais preceitos, em especial, quanto ao fornecimento de serviços de saúde, que na leitura do Ministério da Saúde,

3 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado. 14 ed. ver. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 838.**

> (...) constituem, ao lado de uma série de outros, fator de extrema importância para a qualidade de vida da população. Esses serviços representam, hoje, preocupação de todos os gestores do setor, seja pela natureza das práticas de assistência neles desenvolvidas, seja pela totalidade dos recursos por eles absorvidos[4].

No mesmo sentido, Polyana Santana Moraes, assevera que

> Toda sociedade é, em certa medida, afetada pelas decisões que buscam a efetividade da saúde. O direito à saúde demanda atuação complexa e conjugada por parte dos poderes constituídos e, por isso mesmo, não tem seu problema de concretização encerrado por esta ou aquela atividade do legislador. "As discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios a eficácia jurídica dos direitos fundamentais". [5]

---

4 MINISTÉRIO DA SAÚDE**. Política Nacional de Medicamentos: Série C. Projetos, Programas e Relatórios, nº 25. Brasília, 2001, p. 10. Acesso em 14 ago 2013. Disponível em: <**http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>

5MORAES, Polyana Santana. **O problema da eficácia das normas constitucionais e da exigibilidade judicial dos direitos sociais**. *In:* Caderno Virtual Nº 24, v. 1 – jul-dez/2011. Acesso em 13 ago 2013, p.8. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/ 620 /418>

## 2 DA POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS – PNM

Em sede de regulamentação infraconstitucional a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 – que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e que institui o Sistema Único de Saúde (SUS) – reitera os preceitos constitucionais ao estabelecer que:

> Art. 2. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Segundo o art. 200 da Constituição da República de 1988, compete ao SUS, dentre outras atribuições:

> I – **controlar e fiscalizar** procedimentos, **produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos**, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
> (...)

O art. 198, do mesmo Diploma dispõe, quanto às diretrizes do Sistema Único, que:

> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
> **I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;**
> (...)

No que tange à **responsabilidade do gestor estadual,** tendo em vista que nossa análise perpassa pela experiência do Estado do Acre, dentre as atribuições específicas que lhe são conferidas, destacam-se: a) promover a formulação da política estadual de medicamentos; b) apoiar a organização de consórcios intermunicipais de saúde destinados à prestação de assistência farmacêutica ou estimular a inclusão desse tipo de assistência como objeto de consórcios de saúde; **c) definir a relação estadual de medicamentos**, com base na RENAME (Relação Nacional de Medicamentos), e em conformidade com o perfil epidemiológico do Estado; d) definir elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, inclusive os de dispensação em caráter excepcional, tendo por base critérios técnicos e administrativos referidos nas "diretrizes" deste documento e destinando orçamento adequado à sua aquisição; e) utilizar, prioritariamente, a capacidade instalada dos laboratórios oficiais para suprimento das necessidades de medicamentos do Estado; f) investir em infra-estrutura das centrais farmacêuticas, visando garantir a qualidade dos produtos até a sua distribuição, e g) orientar e assessorar os municípios em seus processos de aquisição de medicamentos essenciais, contribuindo para que esta aquisição esteja consoante à realidade epidemiológica e para que seja

assegurado o estabelecimento de forma oportuna, regular e com menor custo.

Com base nos princípios e diretrizes do SUS, e, integrando esforços para a consolidação do novo sistema de saúde brasileiro e norteando as ações das três esferas de gestão surge a Política Nacional de Medicamentos – PNM, instituída em 1998, por meio da Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, do Ministério da Saúde.

Sua criação se deu com o objetivo de garantir o acesso de medicamento para a população, com "a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais".

A Política Nacional de Medicamentos tem como diretrizes a adoção da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME; a regulação sanitária de medicamentos; a reorientação da assistência farmacêutica com descentralização da gestão; a promoção do uso racional de medicamentos; o desenvolvimento científico e tecnológico; a promoção da produção de medicamentos; a garantia de segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos; e o desenvolvimento e capacitação de recursos humanos envolvidos com a assistência farmacêutica[6].

A PNM surgiu no intuito de melhor articular a prestação de serviços de saúde, e sua premissa básica é:

> a descentralização da aquisição e distribuição de medicamentos essenciais, respeitando as necessidades das populações locais através de critérios epidemiológicos – preocupação pertinente, diante de fracassos anteriores com a

6 Idem.

> experiência centralizadora da extinta Ceme. O gestor federal, a partir desse momento, passa a participar do processo de aquisição, mediante o repasse fundo a fundo de recursos financeiros e a cooperação técnica. A partir de então se dá início ao processo de descentralização da AF no SUS[7].

Dentre as diretrizes apontadas, a Assistência Farmacêutica tomou relevância e interface com as demais ações de saúde promovidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pois é esse grupo de atividade que apoia as ações de saúde demandadas pela sociedade. É, assim, um:

> Grupo de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos[8].

---

7OLIVEIRA, Luciane Cristina Feltrin de. Et All. **Assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde: da Política Nacional de Medicamentos à Atenção Básica à Saúde.** Acesso em 12 ago 2013. Disponível em < http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s3/v15s3a31.pdf>

8 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Glossário. Acesso em 9 jul 2013. Disponível em <** http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/glossario/glossario_a.htm>

Passa-se, assim, à busca de um modelo de gestão com foco na eficiência e eficácia da prestação da assistência farmacêutica. A partir de então:

> A produção e a venda de medicamentos devem enquadrar-se em um conjunto de leis, regulamentos e outros instrumentos legais direcionados para garantir a eficácia, a segurança e a qualidade dos produtos, além dos aspectos atinentes a custos e preços de venda, em defesa do consumidor e dos programas de subsídios institucionais, tais como de compras de medicamentos, reembolsos especiais e planos de saúde[9].

Assim sendo, os gestores devem observar todas as diretrizes do Sistema Único de Saúde, em especial as determinações constantes da Política Nacional de Medicamentos – PNM (Portaria nº 3.916/98) no que tange à aquisição de medicamentos, de modo a que o setor de compras de sua esfera de governo esteja instruído e organizado, principalmente no que se refere às funções exercidas pela Divisão de Assistência Farmacêutica, de modo a zelar pela promoção, proteção e recuperação da saúde da população, bem como do melhor uso do dinheiro público.

9 BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1988. Acesso em 9jul 2013. Disponível em <:**http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> p. 11.

## 3 SISTEMA DE COMPRAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diante do dever constitucional estabelecido de proporcionar os meios e as condições necessários à saúde da população, um elemento se faz importante na cadeia de assistência ao paciente, incluído no Ciclo de Assistência Farmacêutica, que é o fornecimento de medicamentos.

No âmbito da repartição de competências quanto ao financiamento da assistência farmacêutica as Secretarias de Saúde (Estados, Distrito Federal e Municípios) são responsáveis, junto com o Ministério da Saúde, pela programação e a aquisição de medicamentos da assistência farmacêutica básica e de dispensação excepcional, sendo que aos últimos órgãos recai a responsabilidade pela dispensação aos usuários.

Para esse atendimento, no entanto, normas de observância obrigatória devem ser respeitadas e seguidas sob pena do influxo de sanções ao gestor público.

Nesse sentido, está-se falando do procedimento legal adotado no país para dotar os órgãos públicos de bens e serviços necessários ao desempenho de suas atribuições constitucionais – a licitação pública-, entendida como o processo formal consistente de uma série de procedimentos para ao seu final ser identificado o fornecedor do objeto pretendido pela Administração, conduzindo a assinatura de um contrato administrativo.

Regulando esse processo formal, exigido pela Carta Constitucional em seu art. 37, inc. XXI, foi editada a

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993[10], que vem sofrendo atualizações, sendo que as "obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" subordinam-se às suas regras.

De igual forma se subordinam "os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios" (art. 1º).

Em complemento às normas sobre licitações também foi editada a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002[11], que criou nova modalidade licitatória - o pregão-, para a aquisição de bens e serviços comuns, sendo que em seu art. 11 criou um tipo especial o registro de preços, realizada obrigatoriamente nas modalidades de concorrência e pregão, também para bens e serviços comuns.

O pregão se desenvolve nos tipos presencial e eletrônico, cuja regulamentação é realizada no âmbito de cada ente federativo. No Estado do Acre se encontram regulados, respectivamente, pelos Decretos nºs 5.972 e 5.973, ambos de 30 de dezembro de 2010, publicados no mesmo D.O.E nº 10.452, de 31 de dezembro de 2010, fls. 159/166. O registro de

10 BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Acesso em 05 ago 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>**

11BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Acesso em: 05 ago 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>

preços por sua vez é regulado pelo Decreto nº 5.967, de 30 de dezembro de 2010, também publicado no mesmo dia e diário oficial retro referenciado.

A própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos vem justificando a adoção do procedimento formal em seu art. 3º, *verbis:*

> Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos12.

As modalidades de licitação estão previstas no art. 23 desse Diploma Legal e se diferenciam pelos valores e seus limites estabelecidos no referido dispositivo (exceção para o pregão que não tem limite de valores), além de exigências específicas a cada uma delas, da formação do processo e os prazos.

Entre as exigências estão os requisitos de habilitação cuja imposição tem a finalidade de propiciar a avaliação se o fornecedor dispõe de condições para executar satisfatoriamente o objeto da licitação. Esse rol de requisitos está previsto em termos gerais nos artigos 27 a 32 da Lei nº 8.666/93, devendo o ato convocatório se ater a esses limites,

12 Idem.

sendo-lhe vedado exigir novos requisitos que não estejam legalmente previstos.

A depender do objeto da licitação outros requisitos devem ser observados, como no caso de medicamentos, em que são de exigência obrigatória os definidos pelo Ministério da Saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, a exemplo a Portaria GM/MS nº 2.814, de 29 de maio de 1998, alterada pela Portaria GM/MS nº 1.165, de 05 de julho de 2012[13], Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998[14] e Resoluções da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CEMED, como as Resoluções nº 2, de 03 de abril de 2013[15] e nº 3 de 02 de março de 2011[16], além das Orientações Interpretativas.

---

13 BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria GM/MS nº 2.814, de 29 de maio de 1998, publicada no DOU de 1º.06.1998, republicada em 18.11.1998. Estabelece procedimentos a serem observados pelas empresas produtoras, importadoras, distribuidoras e do comércio farmacêutico, objetivando a comprovação, em caráter de urgência, de identidade e qualidade de medicamento, objeto de denúncia sobre falsificação, adulteração e fraude. Acesso em 14 ago 2013. Disponível em < http://www.crfms. org.br/ egislacao? categoria=portarias-do-ministerio-da-saude>**

14 Idem.

15 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Câmara de Regulação de Medicamento. **Resolução CEMED nº 2, de 03 de abril de 2013, publicada no DOU de 04.04.2012, Seção 1, pág. 2.** Dispõe sobre a forma de definição do Preço Fabricante - PF e do Preço Máximo ao Consumidor – PMC dos medicamentos, estabelece a forma de apresentação do Relatório de Comercialização à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, disciplina a publicidade dos preços dos produtos farmacêuticos e define as margens de comercialização para esses produtos. Acesso em 14 ago 2013. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/5e0026004f39f551b2f2fad785749fbd/Resolu%C3%A7%C3%A3o+2++ajuste+2013+e+relatorio+comercializa%C3%A7%C3%A3o+-+%C3%BAltima+vers%C3%A3o.pdf?MOD=AJPERES>

16 Idem.

Os tipos de licitação são as formas obrigatórias de julgamento de uma licitação e estão previstos no art. 45 da Lei nº 8.666/93, cuja escolha de qual servirá ao julgamento da licitação levará em consideração as especificidades do objeto a ser licitado, devendo vir expresso no edital.

Todas as modalidades licitatórias apresentam duas fases distintas denominadas de fases interna e externa da licitação.

A fase interna se inicia com a decisão da autoridade competente de abertura do certame licitatório e reúne todos os atos que obrigatoriamente devem anteceder o momento em que se dá publicidade ao Edital. A Administração tem liberdade para estabelecer sua sequência, uma vez que a Lei de Licitações nada estabeleceu sobre o sequenciamento a ser seguido. Nessa fase desenvolvem-se os atos preparatórios para a fase seguinte como a identificação do objeto a ser contratado, a pesquisa de mercado para a estimativa do preço, a verificação do orçamento, a elaboração da minuta do edital, a sua submissão à análise jurídica do órgão responsável.

A fase externa é a fase do procedimento licitatório que tem início com a publicidade do edital e em que deve ser processada a competição entre os licitantes e escolhido o vencedor da disputa. A própria Lei de Licitações em seu art. 43 dá os passos a serem seguidos, com exceções para a dispensa e inexigibilidade. Ressalva também para o pregão em que as propostas de preços são analisadas antes da habilitação.

As exceções específicas são a inexigibilidade e a dispensa do procedimento licitatório, previstas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93 em atenção à ressalva consagrada no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, mas igualmente devem obedecer a certos regramentos previstos no art. 26 do mesmo Diploma Legal em um processo administrativo próprio.

Então, de um modo geral o fornecimento de bens e serviços à Administração Pública pode ocorrer por licitação, dispensa ou inexigibilidade, mas sempre obedecendo a critérios técnicos e legais.

## 4 OS DESAFIOS PARA A PROMOÇÃO DO ACESSO DA POPULAÇÃO AOS MEDICAMENTOS

O medicamento é classificado como insumo estratégico de suporte às ações de saúde, portanto, no sistema brasileiro, sua compra pela Administração Pública pode ser feita por licitação, dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Para a compra do insumo prevalece a orientação de seja feita, sempre que possível, com os laboratórios oficiais (art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93) ou por meio do Sistema de Registro de Preços (observando o regulamento de cada ente), tendo em vista que os laboratórios oficiais integram o componente público do complexo industrial da saúde no país, com política de preço a baixo custo e o Registro de Preços permite uma atuação mais eficiente quanto à logística de fornecimento para a Administração, entre outras vantagens, como enumera a Consultoria Zênite[17]:

17 LIMA, Solange Afonso. **A eficiência como vantagem do registro de preços. Blog Zênite. Acesso em 14 ago 2013. Disponível em < http://www.zenite.blog.br/a-eficiencia-como-vantagem-do-registro-de-precos/>**

A utilização do chamado "SRP" (sistema de registro de preços) no processo de contratação pública pode refletir em uma série de vantagens para o órgão ou entidade que dele se utilizar. Uma das vantagens é o aumento da eficiência administrativa. A eficiência, além de ser um princípio norteador de toda a atividade administrativa (*caput* do art. 37 da CF), quando inserida no contexto do "SRP", passa a ter traços peculiares que merecem ser ressaltados: a) redução do número de licitações durante o exercício financeiro; b) redução dos custos operacionais e de estoques; c) agilidade e otimização nas contratações públicas.

Com a vigência da ata de registro de preços, a realização freqüente de licitações é reduzida sobremaneira durante o exercício financeiro, não se fazendo necessária a cada nova demanda, o que faz com que haja redução dos custos operacionais e de publicidade. Ademais, a Administração não terá que estocar os bens, ocupando espaço desnecessário em suas sedes, pois somente haverá a contratação e entrega quando surgir a necessidade efetiva (momento no qual se delimita a quantidade exata).

Há que se falar também na agilidade e otimização que o "SRP" possibilita, já que a licitação já estará realizada, as condições de fornecimento ajustadas, os preços e os fornecedores definidos.

Como o registro de preços é utilizado, em síntese, para contratar objetos cuja necessidade e quantitativo não é possível de ser definido de antemão, ele é tido como excelente mecanismo para aumentar a eficiência administrativa, na medida em que permite à Administração se precaver em relação à imprevisibilidade.

Uma fase importante nesse procedimento é o planejamento da compra e está inserida na fase interna da licitação. Reveste-se de relevância porque as demais fases se constituem em seu desdobramento, de modo que se bem planejada elimina a probabilidade de problemas durante o certame. Contando com a participação multidisciplinar de profissionais das áreas afetas em seu planejamento, execução e avaliação a probabilidade de sucesso do procedimento licitatório é maior. É nessa fase que são procedidas a seleção dos medicamentos – o que comprar, a programação da compra - quanto e quando comprar e a modalidade de compras – como comprar.

A seleção de medicamentos é a fase que exige alta capacitação dos profissionais de saúde, uma vez que a escolha deve atender a critérios de essencialidade, qualidade e eficácia comprovada. Do mesmo modo que exige o conhecimento estratégico da política de atendimento de saúde do ente e da unidade de saúde a que estejam inseridos os profissionais. São eles que, tendo por base o perfil epidemiológico da população local, daí a importância de uma rede hierarquizada de informações, irão definir com base na Relação Estadual de Medicamentos – Resme e na Relação Municipal de Medicamentos – Remune (conforme o ente), os medicamentos que deverão ser adquiridos [selecionados os princípios-ativos, as formas farmacêuticas (comprimidos, cápsulas, xarope, creme, solução oral, etc) e as dosagens]. Uma seleção de medicamentos, deficiente em qualidade e quantidade, que não retrate as necessidades terapêuticas da população é o primeiro obstáculo a uma prestação eficiente de serviços de saúde.

A importância desses profissionais é sentida quando se tem a exata noção da existência no mercado de uma

numerosa quantidade de princípios-ativos com perfil de efeitos adversos diferentes, bem como uma variedade de marcas de medicamentos para tratar o mesmo problema de saúde, cabendo-lhes a seleção daqueles considerados mais seguros e eficazes.

É nessa fase que devem ser observadas todas as diretrizes do Sistema Único de Saúde, em especial as determinações constantes da Portaria GM/MS nº 3.916/98[18] para a aquisição de medicamentos e as Resoluções CEMED quanto ao desconto mínimo obrigatório – CAP, para os medicamentos listados no art. 2º da Resolução CMED nº 03, de 02 de março de 2011[19]: medicamentos de dispensação excepcional, DST/AIDS, sangue e hemoderivados, antineoplásicos/adjuvantes tratamento de câncer, ação judicial, Categorias I, II e V da Resolução nº 2, de 2004.

Não se pode perder de vista essas observâncias, que são continuamente atualizadas, primeiro porque, dado o volume da necessidade e do gasto envolvido, a aplicação do CAP é favorável pela economicidade advinda, abrindo a possibilidade de ampliação da quantidade a ser adquirida. Em segundo lugar, os recursos em sua maioria são repassados pelo

---

18 BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria GM/MS nº 3916, de 30 de outro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Acesso em 05 ago 2013. Disponível em <http://www.mpba.mp.br/atuacao/cidadania/gesau/legislacao/temas/medicamentos/portaria_federal_3916_GM_98.pdf>**

19 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução CEMED nº 3, de 02 de março de 2011**. Dispõe sobre o Coeficiente de Adequação de Preços – CAP, a sua aplicação, a nova forma de cálculo devido à mudança de metodologia adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU, e sobre o Preço Máximo de Venda ao Governo - PMVG. Acesso em 05 ago 2013. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/7c115100474592f69b1cdf3fbc4c6735/resolucao_03-2011.pdf?MOD=AJPERES>

SUS dentro da repartição de competência do Sistema Único, estando, portanto, submetidos ao controle do Tribunal de Contas da União – TCU, que já firmou o entendimento de que a não observância das resoluções da CMED quanto à aplicação do CAP geram aquisições antieconômicas, sujeitando o gestor à responsabilização para a devolução do valor excedente na compra em solidariedade com a empresa vendedora, que de igual forma está sujeita à observância obrigatória da norma. Esta decisão da Corte de Contas foi exposta no Acórdão nº 1146 – TCU, rel. Ministro Aroldo Cedraz, consonte *verbis:*

> 9.2.1. o estabelecimento, como parâmetro de controle de preços de medicamentos adquiridos com recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, das referências de preços adotadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/ Anvisa, obtidas pela aplicação do coeficiente de adequação de preço – CAP sobre o preço-fábrica dos medicamentos previsto na Resolução CMED 2/2004;
> 9.2.2. o estabelecimento do preço-fábrica como teto das demais aquisições públicas de medicamentos;
> 9.2.3. a possibilidade de instauração de tomada de contas especial, para responsabilização do gestor e quantificação do dano ao erário, nas hipóteses em que as aquisições não estiverem dentro dos limites acima sugeridos e em que não constem do correspondente processo licitatório justificativas dos preços praticados;
> 9.3 recomendar ao Ministério da Saúde o estabelecimento de normativos que orientem os gestores do Sistema Único de Saúde - SUS acerca da utilização dos parâmetros adotados pela CMED para fixação de preços máximos

> nas aquisições de medicamentos, com alerta para sanções que poderão ser aplicadas por aquela Câmara no exercício de seu papel regulador; [20]

A programação da compra diz respeito com a quantidade a ser adquirida tendo em vista a situação de saúde do local, o acesso dos usuários aos medicamentos, o perfil de doenças da população, a programação das metas de cobertura e oferta de serviços e a disponibilidade orçamentária e financeira para a demanda. A Lei de Licitações e Contratos reforça esta premissa quando estabelece "a definição das unidades e das quantidades a serem adquirida em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação" (art. 15, § 7º, inc. II).

De igual importância para o serviço é a programação da periodicidade das compras, que exige rígido controle dos estoques, que podem sofrer baixas diante de situações excepcionais. Para a definição dessa periodicidade faz-se necessário o conhecimento do mercado local quanto a sua disponibilidade e capacidade de fornecimento, a própria capacidade de armazenamento das Unidades Públicas e novamente a conformação da disponibilidade orçamentária e financeira.

A forma de aquisição como já delimitado ocorrerá quando identificadas todas as especificidades do objeto, do mercado fornecedor e dos recursos disponíveis.

---

20TCU. **Acórdão 1146/2011 - Plenário. Rel. Ministro Aroldo Cedraz. Acesso em 05 ago 2013. Disponível <http://www.camara.gov.br/internet/Comissao/index/mista/orca/tcu/..%5Ctcu%5CPDFs%5CAcordao11462011-TCU-Plen%C3%A1rio.pdf>**

Os desafios, então, podemos dizer que são muitos, mas neste estudo nos ateremos a três, que se tratados com a importância e relevo que merecem, já resolveria em muitos aspectos as deficiências na dispensação dos medicamentos.

## 4.1 SISTEMA DE GESTÃO INEFICIENTE

Com a descentralização implementada pelo SUS, os estados e municípios receberam atribuições que, dada a abrangência e complexidade, ultrapassam a capacidade técnica e administrativa de muitos desses entes.

A concepção de saúde proposta pela Constituição como uma condição de cidadania que assegure maior longevidade ao cidadão e de que ele seja visto na sua integralidade é uma exigência que está além de ser atendida com os recursos que lhe são repassados.

O processo de reorganização exigido nem sempre é possível de ser estabelecido e não por falta de vontade e necessidades, mas por uma conjuntura de fatores, sobressaindo-se como um de seus principais, os recursos humanos, especialmente os necessários a uma gestão eficiente e à implementação da atenção básica em saúde.

Dos profissionais exige-se o domínio de técnicas de planejamento e de organização do trabalho, de modo a articular suas atividades com a de outros profissionais, gerando uma rede de informações interdisciplinares que deem substrato às decisões, de maneira a evitar desperdícios e desatendimento à população por falhas de procedimentos.

A principal dificuldade reside em se obter esses profissionais, cuja atestação pode ser vista com o lançamento do Programa Mais Médicos do Governo Federal[21] recentemente lançado para a contratação de médicos para os municípios carentes dessa mão de obra, que também são sentidas em outras áreas como a farmacêutica.

A falta de habilidades gerenciais dos profissionais tem implicação direta na produção, processamento e análise da informação, o que fragiliza a qualidade e confiabilidade dos dados, e consequentemente, perdas relacionadas à qualidade da prestação de serviços aos usuários e à capacidade de auto-avaliação desses serviços, além de dificultar as funções de planejamento, programação, acompanhamento e avaliação das atividades desenvolvidas pelas unidades, e no caso em comento, da própria assistência farmacêutica.

Interessante prestar atenção no cenário descrito abaixo porque reflete a necessidade acima abordada e se constitui em um desafio no contexto da assistência farmacêutica.

> O cenário dessa discussão contempla aspectos relativos ao sistema de abastecimento de organizações prestadoras de cuidados à saúde, com pontuação no mercado de medicamentos, sendo permeada pela relação entre dois segmentos eminentemente distintos. De um lado estão organizações voltadas para vender, constituídas por profissionais treinados, usualmente bem pagos por volume de vendas – os fornecedores. Já as organizações compradoras, nesse caso, organizações públicas de saúde, são empresas

21 MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Programa Mais Médico. Acesso em 6 ago 2013. Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/area/417/mais-medicos.html>**

> onde, via de regra, a missão institucional não está bem definida, as atividades meio são pouco profissionalizadas e os funcionários, conseqüentemente, mal treinados.
> Os fornecedores são os detentores de um bem que se deseja adquirir, mas devem também ser percebidos como aqueles que, na realidade, precisam vender. A importância está em que não deve existir relação de submissão ao fornecedor.
> O quadro é deveras desfavorável ao serviço público: de um lado fornecedores bem equipados; de outro, uma organização constituída de servidores mal treinados e freqüentemente desmotivados, atendendo não aos interesses de seus clientes/usuários, mas sim exclusivamente a interpretações da legislação. Muito possivelmente, um dos motivos que têm levado ao surgimento de alternativas administrativas, como fundações de apoio, organizações sociais, cooperativas de gestão, entre outras, é a baixa resolutividade das atividades meio. Nas organizações de saúde, pela natureza do objeto de trabalho, as contradições e o distanciamento entre o desejo do gestor e a realidade institucional são capazes de produzir malefícios incalculáveis à saúde dos clientes/usuários do sistema. Quantos pacientes deixam de ser adequadamente tratados ou diagnosticados por falta de produtos indicados para tal finalidade?[22]

Nesse cenário, em geral as decisões são tomadas sem um planejamento da situação desejada, dos meios e dos

22 LUIZA, Vera Lúcia, CASTRO, Cláudia Garcia Serpa Osório de, NUNES, Joaquim Moreira. **Aquisição de medicamentos no setor público: o binômio qualidade - custo**. Acesso em 14 ago 2013. <Disponível em http://www.scielosp.org/pdf/csp/v15n4/1017.pdf>

recursos disponíveis para alcançá-la. A avaliação e o controle se tornam inadequados porque não foram estabelecidos previamente os indicadores dos resultados a serem atingidos.

A função gerencial se transforma em um sistema de ordens em contextos dispersos, que não vêm o sistema de forma integrado, do qual a assistência farmacêutica é um componente importante, afastando o gestor da compreensão da sua realidade atual, da desejada e das consequências das alternativas possíveis de intervenções, o que limita as ações de planejamento e de tomada de decisão.

A alta rotatividade de pessoal nos órgãos e setores é outra agravante que prejudica o desenvolvimento, a implantação e o aperfeiçoamento de rotinas para os serviços, uma vez que há a necessidade de tempo de adaptação no trabalho e às suas especificidades.

Estão entre as principais consequências dessa gestão deficiente a piora na qualidade da atenção à saúde dos usuários do SUS, insatisfação destes, dispensação incompleta dos medicamentos prescrito e um retardamento na recuperação da saúde dos pacientes.

Diante desse quadro, importante dar relevo às recomendações daqueles que lidam com a temática e asseveram que um dos meios de se lidar com as dificuldades que envolvem o fornecimento de medicamentos é

> antecipar-se a ela, participando ativamente das discussões sobre os rumos da unidade, a evolução do seu perfil de atendimento e o planejamento das ações de saúde desenvolvidas, de modo a permitir a proposição de alternativas mais racionais de abordagem dos problemas.

> Por exemplo, citam-se as tentativas de construção de novas relações contratuais entre fornecedores e compradores: contratos de adesão com registros de preços, terceirização, etc.[23]

## 4.2 FALHAS DE PROCEDIMENTO

No quadro de uma gestão ineficiente são comuns em apuração os órgãos de controle como os Tribunais de Contas da União e Estadual apontarem falhas na condução dos procedimentos de aquisição de medicamentos como ausência de planejamento das aquisições, ausência ou precariedade do registro e controle de estoques, falta de mecanismo externo para fiscalizar a atuação do setor responsável, insuficiência de justificativa ou fundamentação legal para a dispensa ou inexigibilidade de licitação, realização de compras sem licitação, pesquisa de preços deficitária, sobrepreço nas aquisições de medicamentos, perda de medicamentos associados a causas como expiração do prazo de validade e inobservância das condições de armazenamento, falta de medicamentos nas unidades de saúde, trazendo como consequências prejuízos no tratamento do paciente e aumento de demandas judiciais para a aquisição, nulidade de licitação por desconhecimento de requisitos essenciais[24], procedimentos licitatórios iniciados

23 Idem.

24 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE. **PARECER PGE/GAB Nº 021/2012, de 11 de junho de 2012.** Contratação Direta, por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93. Processos PGE.Net nº 2012.02.000033, 2012.02.000032 e 2012.02.000035. Procuradora: Francisca Rosileide de Oliveira Araújo.

com o estoque já em seu quantitativo mínimo, acarretando no curso da licitação a falta do medicamento, levando a compras emergenciais, existindo outras.

Muitas das vezes os órgãos de controle formulam orientações corretivas às falhas detectadas, como a contida no Acórdão nº 3016/2012-Plenário, TC – 034.197/2011-7, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, 8.11.2012, que orienta a Administração que faça ampla pesquisa de mercado na compra de medicamentos não sendo bastante apenas os limites de preços contidos na Tabela CMED, pois que

> (...) com fundamento no art. 15 da Lei 8.666/1993, que, no prazo de 60 (sessenta) dias, alerte estados e municípios quanto à possibilidade de superdimensionamento de preços-fábrica registrados na Tabela Cmed, tornando-se imprescindível a realização de pesquisa de preços prévia à licitação, e que a aquisição de medicamentos por preços abaixo do preço-fábrica registrado não exime o gestor de possíveis sanções[25];

Outras vezes impõe responsabilização ao gestor público e a quem com ele contrata fixando responsabilidade solidária pela prática considerada irregular, consubstanciado na previsão do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica), e em se tratando de hipóteses de dispensa e inexigibilidade, no § 2º do art. 5º do art. 25 da Lei nº 8.666/93 que determina que, se comprovada a ocorrência

25 TCU. **Acórdão nº 3.016/2012 – Plenário**. TC – 034.197/2011-7, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, p.127. Acesso em 8 jul 2013. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/034197.pdf>

de superfaturamento, "respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis" (Acórdão nº 3.155/2010-1ª Câmara, TC – 013.853/2001-3, rel. Min. Substituto Marcos Bemquerer Costa, 01.06.2010).

## 4.3 LICITAR EM TEMPO HÁBIL

A falta de informações, a insuficiência e muitas vezes a imprecisão da informação dificulta a programação para a aquisição de medicamentos em tempo hábil.

O desenvolvimento de sistemas de gerenciamento que permita controlar os estoques, acompanhar o esquema terapêutico dos pacientes, estabelecer a demanda por medicamentos e monitorar os indicadores de desempenho, nem sempre estão customizados para absorver o registro das ações de forma integralizadas, o que aliado ao alto custo do desenvolvimento e manutenção desses sistemas faz com que não sejam implantados, em especial em municípios pequenos, como a maioria dos municípios do Estado do Acre.

Em consequência à ausência desses instrumentos gerenciais são geradas lacunas no fornecimento desses insumos à população usuária do SUS.

Sobreleva ainda para a demora a resistência dos fornecedores a submeterem suas vendas aos controles de preço da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CEMED, resistência essa sentida quando de licitações desertas e fracassadas, recusas em participar de cotação de preços e a

até mesmo à venda do medicamento, quando incidente o CAP.

Essas reações motivaram determinação do Tribunal de Contas da União proferida no Acórdão nº 1437/2007, do Plenário da Corte, quanto à obrigatoriedade de se seguir as orientações da CMED, bem como de se comunicar tanto àquela Câmara de Regulação como aos Ministérios Públicos Federal e Estadual acerca de eventual descumprimento pelos fornecedores. A manifestação da E. Corte de Contas é no sentido de:

> (...) determinar ao Ministério da Saúde que dê ampla divulgação junto aos órgãos e entidades federais que fazem aquisições de medicamentos para atendimento da população, bem como junto às secretarias estaduais e municipais de saúde, acerca do teor das Resoluções da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED nºs 2/2004 e 4/2006, bem como da Orientação Interpretativa nº 02/2006, da mesma Câmara, com vistas a alertar os gestores estaduais e municipais que, em caso de não observância das resoluções pelos fornecedores de medicamentos quando de compras efetuadas pelo setor público, deverá o gestor comunicar o fato à CMED e ao Ministério Público Federal e Estadual, sob pena de responsabilização por aquisição antieconômica e pela devolução dos recursos pagos acima do teto estabelecido pelos normativos da CMED, mediante instauração de tomada da contas especial;"[26]

26TCU. **Acórdão 1437/2007 – Plenário.** Acesso em 05 ago 2013. Disponível em http://www.camara.gov.br/internet/Comissao/index/mista/orca/tcu/PDFs/Acordao14372010-TCU-Plen%C3%A1rio.pdf

O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia em curso realizado em abril de 2012 para a Administração Pública daquele Estado acerca da CMED e CAP orientou aos órgãos, para fins de apuração de responsabilidade pela negativa de atendimento à regulação pelos fornecedores de medicamentos, que encaminhassem os documentos abaixo à CMED e ao Ministério Público:

> Cópia da Ata de Registro de Preços, ou documento equivalente, onde conste o produto adquirido, o número de registro na ANVISA, apresentação, fornecedor, preço previsto para a aquisição e preço obtido no certame;
> Copia da Nota Fiscal de venda;
> Havendo recusa em cotar preços PMVG, deverão ser encaminhadas, além dos documentos acima citados, a solicitação de cotação do órgão responsável pela aquisição pretendida e a recusa do fornecedor em cotar preços tendo como base o PMVG (É RECOMENDÁVEL QUE, AO SOLICITAR COTAÇÃO DE PREÇOS, QUE SE ESTABELEÇA PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA);
> Cópia de documento que comprove a existência de contrato que verse sobre a concessão de direitos exclusivos sobre a venda firmado entre empresa produtora de medicamentos e distribuidora, se houver. [27]

27 TCE/RO. **Compras Públicas de Medicamentos**, abril de 2012. Acesso em 05 ago 2013. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tce.ro.gov.br%2Farquivos%2F%2FDownloads%2FIEP-Curso-27-04-12-11-28-06.ppt&ei=HtcPUpnfI4Pm2QX8wYG4Dg&usg=AFQjCNErU8n_j1Qwyd2KXlIktgBJp1FNQw&sig2=jLXFdmE0BGvTbxLvL9EfBA&bvm=bv.50768961,d.aWc>

Os Estados, por suas Procuradoria-Gerais, já começam a se movimentar para evitar a prática de sobrepreço pelas empresas, com ajuizamento de ação civil pública, a exemplo da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo:

> A liminar foi provocada por uma Ação Civil Pública impetrada pela Procuradoria Geral do Estado (PGE) a pedido da Secretaria Estadual da Saúde (Sesa), para evitar que a Novartis continuasse a cobrar do Estado valores acima dos praticados no mercado, quando da venda do único medicamento aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para o tratamento da degeneração macular relacionada à idade (DMRI).[28]

## CONCLUSÃO

Da reflexão desenvolvida ao longo do estudo conclui-se que o caminho para a efetiva implantação da assistência farmacêutica nas unidades de saúde dos entes públicos perpassa, em um primeiro momento, pela disseminação da Política de Atenção à Saúde de cada ente e o papel finalístico de cada uma de suas Unidades. Cada profissional tem que ter a dimensão de seu papel para a atenção à saúde e internalizar os princípios da Política Nacional de Medicamentos.

---

28**Liminar obriga laboratório a vender medicamento com desconto ao Estado.** Acesso em 13 ago 2013. Disponível em <http://pge.es.gov.br/website/site/Noticia.aspx?id=59>

As informações produzidas no sistema de saúde a respeito das doenças e dos efeitos dos medicamentos sobre elas devem ser cuidadosamente registradas, só assim será possível uma seleção segura de medicamentos eficazes, permitindo a racionalização dos recursos públicos.

No campo da gestão, a integração e capacitação das equipes de compras com a da assistência farmacêutica, setor financeiro e administrativo proporcionará uma visão sistêmica da atividade e possibilitará a utilização do Ciclo da Assistência Farmacêutica que é um sistema constituído pelas etapas de seleção, programação, aquisição, armazenamento, distribuição e dispensação, com suas interfaces nas ações de atenção à saúde e com as regulações da assistência à saúde e licitação e criação de uma rotina que seja capaz de ultrapassar as dificuldades na aquisição de medicamento, que tem um mercado regulado tanto técnico quanto econômico e um processo de aquisição formal no setor público, que muitas vezes é colocado em xeque frente à excepcionalidade de situações relacionadas ao direito à vida, de modo a evitar a descontinuidade na sua dispensação.

Os entes devem criar instrumentos de aferição de descumprimento/resistência pelo setor farmacêutico à venda de medicamentos aos órgãos públicos, comunicando a CMED todos os casos de recusa ou omissão das empresas fabricantes, distribuidoras e fornecedores de medicamentos, inclusive farmácias e drogarias, em fornecer medicamentos nos preços estabelecidos nos atos normativos e orientações da CMED, conforme orientação firme dos órgãos de controle (subitem 9.2 do Acórdão nº 1.437/2007 – TCU).

Os instrumentos de aferição são imprescindíveis à ação dos Ministérios Públicos e do próprio Estado, que de igual forma, por suas Procuradorias-Gerais podem atuar no

pólo ativo interpondo ação civil pública com base na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), com a finalidade de determinar obrigação de fazer, consistente em efetuar prontamente a venda dos medicamentos, observando-se o CAP e quando não incidente, o preço fábrica.

Com esse agir os desafios realmente se tonarão desafios para a excelência e não para a superação de problemas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, publicada no DOU de 31.12.1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Atualizada pela Resolução – RDC 249, de 05.09.2012, publicada no DOU de 06.09.2012. Acesso em 14 agos 2013. Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Câmara de Regulação de Medicamentos. Resolução CEMED nº 2, de 03 de abril de 2013, publicada no DOU de 04.04.2012, Seção 1, pág. 2. Dispõe sobre a forma de definição do Preço Fabricante - PF e do Preço Máximo ao Consumidor – PMC dos medicamentos, estabelece a forma de apresentação do Relatório de Comercialização à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, disciplina a publicidade dos preços dos produtos farmacêuticos e define as margens de comercialização para esses produtos. Acesso em 14 agos

2013. Disponível em http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/5e0026004f39f551b2f2fad785749fbd/Resolu%C3%A7%C3%A3o+2++ajuste+2013+e+relatorio+comercializa%C3%A7%C3%A3o+-+%C3%BAltima+vers%C3%A3o.pdf?MOD=AJPERES

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Câmara de Regulação de Medicamento. Resolução CEMED nº 3, de 02 de março de 2011, publicada no DOU de 09.03.2011, Seção 1, pág. 3. Dispõe sobre o Coeficiente de Adequação de Preços – CAP, a sua aplicação, a nova forma de cálculo devido à mudança de metodologia adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU, e sobre o Preço Máximo de Venda ao Governo - PMVG. Acesso em 14 ago 2013. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/7c115100474592f69b1cdf3fbc4c6735/resolucao_03-2011.pdf?MOD=AJPERES>

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Glossário. Acesso em 9 jul 2013. Disponível em<http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/glossario/glossario_a.htm>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Acesso em 8 jul 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Acesso em 05 ago 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Acesso em 05 ago 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 2.814, de 29 de maio de 1998, publicada no DOU de 1º.06.1998, republicada em 18.11.1998. Estabelece procedimentos a serem observados pelas empresas produtoras, importadoras, distribuidoras e do comércio farmacêutico, objetivando a comprovação, em caráter de urgência, de identidade e qualidade de medicamento, objeto de denúncia sobre falsificação, adulteração e fraude. Acesso em 14 agos 2013. Disponível em: http://www.crfms.org.br/legislacao?categoria=portarias-do-ministerio-da-saude.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 3916, de 30 de outro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Acesso em 05 ago 2013. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/cidadania/gesau/legislacao/temas/medicamentos/portaria_federal_3916_GM_98.pdf>

COSEMS - Conselho dos Secretários Municipais de Saúde. Esclarecimentos sobre as aquisições de medicamentos recomendadas pelo Tribunal de Contas da União. Acesso em 05 ago 2013. Disponível em <http://www.cosemsrj.org.br/images/aviso_esclarecimento_medicamentos.pdf >

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 838.

LIMA, Solange Afonso. A eficiência como vantagem do registro de preços. Blog Zênite. Acesso em 14 ago 2013. Disponível em < http://www.zenite.blog.br/a-eficiencia-como-vantagem-do-registro-de-precos/>

LUIZA, Vera Lúcia, CASTRO, Cláudia Garcia Serpa Osório de, NUNES, Joaquim Moreira. Aquisição de medicamentos no setor público: o binômio qualidade - custo. Acesso em 14 ago 2013. Disponível em <http://www.scielosp.org/pdf/csp/v15n4/1017.pdf>

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Política Nacional de Medicamentos: Série C. Projetos, Programas e Relatórios, nº 25. Brasília, 2001, p. 10. Acesso em 14 ago 2013. Disponível em:<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>

MORAES, Polyana Santana. O problema da eficácia das normas constitucionais e da exigibilidade judicial dos direitos sociais. In: Caderno Virtual Nº 24, v. 1 – jul-dez/2011. Acesso em 13 ago 2013, p.8. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article /viewFile/620/418>

OLIVEIRA, Luciane Cristina Feltrin de. Et all. Assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde: da Política Nacional de Medicamentos à Atenção Básica à Saúde. Acesso em 12 ago 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s3/v15s3a31.pdf>

TCU. Acórdão 1146/2011 - Plenário. Acesso em 05 ago 2013. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/

Comissao/index/mista/orca/tcu/..%5Ctcu%5CPDFs%5CAcordao11462011-TCU-Plen%C3%A1rio.pdf>

TCU. Acórdão 1437/2007 – Plenário. Acesso em 05 ago 2013. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/Comissao/index/mista/orca/tcu/PDFs/Acordao14372010-TCU-Plen%C3%A1rio.pdf>

TCU. Acórdão nº 3016/2012 – Plenário. TC – 034.197/2011-7, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, p.127. Acesso em 8 jul 2013. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/034197.pdf>

TCU. Avaliação do TCU sobre a Ação Assistência Financeira para Aquisição e Distribuição de Medicamentos Excepcionais. Sumários Executivos – 23. Brasília 2005. Acesso em 13 ago 2013. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2059152.PDF.>

TCE/RO. Compras Públicas de Medicamentos, abril de 2012. Acesso em 05 ago 2013. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tce.ro.gov.br%2Farquivos%2F%2FDownloads%2FIEP-Curso-27-04-12-11-28-06.ppt&ei=HtcPUpnfI4Pm2QX8wYG4Dg&usg=AFQjCNErU8n_j1Qwyd2KXlIktgBJp1FNQw&sig2=jLXFdmE0BGvTbxLvL9EfBA&bvm=bv.50768961,d.aWc>

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE. PARECER PGE/GAB Nº 021/2012, de 11 de junho de 2012. Contratação Direta, por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93. Processos PGE.Net nº 2012.02.000033, 2012.02.000032 e 2012.02.000035. Procuradora: Francisca Rosileide de Oliveira Araújo.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Liminar obriga laboratório a vender medicamento com desconto ao Estado. Acesso em 13 ago 2013. Disponível em <http://pge.es.gov.br/website/site/Noticia.aspx?id=59>

8

Caterine Vasconcelos de Castro

# A Prescrição Disciplinar Aplicável ao Abandono de Cargo e o Princípio da Legalidade

# A PRESCRIÇÃO DISCIPLINAR APLICÁVEL AO ABANDONO DE CARGO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

**CATERINE CASTRO**[1]

**RESUMO:** No direito administrativo vigora o princípio geral da prescritibilidade do direito da Administração Pública apurar os ilícitos disciplinares, consoante disposição expressa do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, com exceção do caso de danos causados ao erário, que é imprescritível. Dessa forma, a apuração e a punição do ilícito administrativo ficam prejudicadas se a Administração não toma providências para sua apuração e responsabilização do agente, de modo que sua inércia gera a perda do seu ius persequendi. Com efeito, a atuação da Administração Pública deve sempre ser em conformidade com a lei e com o direito, consoante prescreve o art. 2º, I, da Lei Federal n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Por essa razão é que o pressuposto da ação administrativa é a previsão legal de sua atuação. A exigência de uma legalidade mínima administrativa confere a submissão do Estado a toda ordem jurídica, razão pela qual encarrega o legislador construir

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós Graduada em Direito Público pela FACIPE. Pós graduada em Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós graduada em gestão de pessoas com coaching pelo Instituto Brasileiro de Coaching em parceria com a Faculdade Monteiro Lobato. Procuradora do Estado do Acre com atuação na Consultoria de Pessoal.

modelos jurídicos a partir da realidade, para estabelecer abstratamente valores que norteiam os fins a serem alcançados, cujas normas devem conter uma razoabilidade jurídica que atenda a realidade. Nesse contexto, interessante destacar que, comumente, as legislações que versam sobre estatutos de servidores públicos regulam o prazo prescricional por meio de regra geral, sem levar em conta as especificidades dos diferentes ilícitos administrativos, dentre os quais é exemplo o abandono do cargo, o qual apresenta peculiaridades próprias. No caso do abandono de cargo, a regra geral adotada como corolário do termo inicial da contagem do prazo prescricional, qual seja, do conhecimento do fato, não se demonstra o mais adequado em virtude da continuidade da conduta ilícita consistente em não comparecer ao trabalho indefinidamente. Mas absurdo, ainda, é adotar como termo inicial de contagem do prazo prescricional do ilícito administrativo de abandono de cargo a premissa objetiva de que este se torna presumidamente conhecido e consumado no trigésimo primeiro dia da ausência ininterrupta do servidor faltoso. Nesta perspectiva, evidencia-se mais razoável, a adoção de regra específica que estipule o termo inicial do prazo prescricional no caso de abandono de cargo não só do conhecimento do fato, mas também, e principalmente, enquanto perdurar a ausência ao serviço. Nesse contexto, observa-se a relevância do papel das procuradorias consultivas no âmbito do servidor público orientar ao Poder Executivo, a quem cabe a iniciativa, em geral, das regulamentações de regime próprio de servidor público, para que estabeleça regra específica sobre o termo inicial da prescrição nos casos de abandono de cargo, a fim de resguardar os interesse público, sem prejuízo do princípio da eficiência, em razão da autonomia político-administrativa dos

entes federados, conferida pela Constituição Federal, artigos 1º, 18, 25 e 30, como medida de adoção de regramento que mais se adeque a própria realidade estatal.

**Palavras-Chaves:** Autonomia político-administrativados Estados- princípio da legalidade – prescrição – matéria de ordem pública – termo inicial da prescrição nos casos de abandono de cargo .

## INTRODUÇÃO

A escolha do tema do presente artigo deve-se a dificuldade em lidar com as recorrentes demandas encaminhadas à Procuradoria-Geral do Estado do Acre, notadamente, à Procuradoria de Pessoal, ao realizar o controle de juridicidade dos processos administrativos instaurados para apuração da prática do ilícito de abandono de cargo por servidor que se ausentou por mais de cinco anos do serviço público, sem justificativa legítima que venha descaracterizar a intencionalidade de abandonar o cargo.

Insta esclarecer que o tema delimita-se apenas a refletir sobre a configuração da prescrição direta, em razão do termo inicial para contagem do prazo de prescrição no caso de abandono de cargo, ocorrida antes da instauração do processo administrativo disciplinar, sem se cogitar, na oportunidade, da ocorrência da prescrição intercorrente.

Tem como propósito contribuir para a atuação das procuradorias encarregadas da consultoria de pessoal, dentro de uma perspectiva de atuação construtiva e generativa,

orientando a administração de forma preventiva, por meio da assessoria jurídica, a adoção da melhor política de gestão de pessoas, cujas condutas puníveis com demissão e respectivo prazo de prescrição estejam claramente previstos em lei, em homenagem aos princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência consagrados no texto constitucional.

Tal medida tem por fim não só evitar a litigiosidade, mas também não dar espaço às interpretações eventualmente conferidas pelo Judiciário, com base nas circunstâncias e em contextos vivenciados pela Administração Pública Federal, que não guardam similitude com as dificuldades, precariedades e antinomias das práticas ainda eventualmente adotadas no âmbito das administrações públicas estaduais.

É perceptível que as legislações estaduais, em geral, não regulam o tema da prescrição de acordo com às peculiaridades e características próprias do ilícito administrativo abandono de cargo, cuja lacuna acarreta, na maioria das vezes, interpretações jurídicas que além de não apesentar uma razoabilidade mínima, causa prejuízo ao interesse público.

É cristalino que num país continental como o Brasil, as peculiaridades e reais características próprias culturais, sociais, econômicas e político-administrativas de cada Estado, também se evidenciam no cotidiano da gestão administrativa. De sorte que, muitas vezes, a interpretação conferida pelos operadores do direito parte de premissas e pressupostos objetivos que não se evidenciam reais às circunstâncias de determinado Estado.

Nesse contexto, é que se insere o cerne da questão trazida à reflexão nesse trabalho, que pertine a questionar se de fato atende ao interesse público e às circunstâncias

político-administrativas vivenciadas por alguns Estados da Federação, a adoção da premissa objetiva de que o abandono de cargo torna-se presumidamente conhecido e consumado no trigésimo primeiro dia da ausência ininterrupta do servidor faltoso, dando início a contagem do prazo prescricional do *ius persequendi.*

De sorte que na ausência de regramento específico nas leis estaduais, que instituem os estatutos dos servidores públicos, sobre a prescrição no caso de abandono de cargo, de forma diferenciada que resguarde as peculiaridades desse ilícito administrativo e a forma de desdobramento, pode, eventualmente causar equívocos interpretativos em prejuízo da Administração Pública, uma vez que acarreta o próprio esvaziamento da norma definidora do ilícito.

Por tal razão, foca-se a abordagem do tema a partir da leitura do princípio da legalidade e a previsão de infrações e respectivos prazos prescricionais nos casos de abandono de cargo, punível com demissão e também capitulado como crime contra a administração pública.

Tendo como corolário da Administração Pública o princípio da legalidade, deverá ser estabelecido em lei específica o prazo prescricional a ser observado em cada ilícito administrativo, como medida de conferir uma segurança jurídica na relação entre o servidor e a Administração Pública.

Nesse eito, trazer segurança jurídica para as relações entre administração e servidor púbico é um imperativo legal, a qual se confere com o estabelecimento de normas claras, específicas e sem lacunas, evitando que a solução das questões aconteçam no campo da interpretação analógica ou sistemática. Principalmente, nas questões atinentes à prescrição, que por serem de ordem pública, não admitem interpretações

analógicas e extensivas ou supletivas normativas.

Nesse contexto, a abordagem trazida nesse trabalho tem como propósito enfatizar a importância das procuradorias estaduais, na função de assessoria jurídica e/ou consultiva, consistente em orientar a necessidade das legislações estaduais regulamentarem de forma específica a questão do termo inicial do prazo prescricional no caso do abandono do cargo, a fim de resguardar a própria Administração Pública de práticas e condutas realizadas em prejuízo da eficiência dos serviços públicos.

## 1 DA NATUREZA E ELEMENTOS DO ABANDONO DE CARGO PÚBLICO

Nos inúmeros estatutos de servidores geralmente a tipificação legal do ilícito administrativo de abandono de cargo está definida da seguinte forma: *"Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos."*

Neste contexto, o abandono de cargo é um ilícito administrativo que necessita de dois elementos para resultar na sua configuração e possível demissão do servidor público.

Um é o elemento objetivo, o transcurso temporal consistente na ausência por tempo superior a 30 dias, ou faltas ininterruptas por mais de 30 dias.

O outro é o elemento subjetivo, o aspecto volitivo consistente na ausência intencional, também denominado de *animus abandonandi.*

Significa que a simples presença do elemento objetivo (ausência do cargo por mais de 30 dias) não é suficiente para caracterizar a infração. É imprescindível a presença da intenção em se ausentar injustificadamente do exercício do cargo.

Para aferição da presença do elemento subjetivo deve-se considerar as circunstâncias que evidenciem o propósito do servidor em não se fazer presente no local de trabalho para prestar o serviço em nome da Administração.

Léo da Silva Alves, in "Prática de Processo Disciplinar", leciona:[2]

> "*É sabido que o elemento animus abandonandi é fundamental para caracterizar o abandono de cargo. A prova da mera ausência prolongada do serviço (no prazo que a lei determina) não é suficiente.*"

A jurisprudência, por seu turno, também é firme:

> "*Administrativo demissionário. – Não caracteriza justa causa para a dispensa de servidor por abandono do cargo, o não comparecimento ao serviço por período de tempo superior ao previsto em lei, sem a comprovação evidente da ocorrência do ´animus abandonandi´, condição ´sine qua non´ para legitimar-se a aplicação da pena disciplinar de demissão*" (TFR, Ac. RIP 07198450, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, www.stj.gov.br, p. 21-25).

2 ALVES, Léo da Silva. Prática de Processo Disciplinar. 1º edição, Brasília Juridica, p.237.

Vale dizer, portanto, que para configuração do requisito subjetivo, ou *animus abandonandi,* é necessário comprovação da inequívoca intenção de abandonar o cargo, eis que o abandono de cargo não é automático - aferível simplesmente pelas faltas constantes da folha de ponto do servidor.

Contudo, incumbe ao servidor o ônus de afastar o *animus abandonandi*, mediante qualquer situação que eventualmente caracterize a escusa de vontade ou fatos que venham abonar a conduta faltosa, que porventura ainda não sejam de conhecimento da Administração.

Isto porque a vontade de abandonar não necessita ser manifestada expressamente, podendo se configurar das circunstâncias do caso, quando o servidor injustificadamente adota conduta incompatível com o dever de exercer suas funções. Nesse sentido, pode-se citar como exemplos de ausência intencional do cargo situações como a) fuga para não ser preso; b) quando se dedica a outras atividades durante período de licença para tratamento de saúde; e c) quando se afasta após pedir exoneração, porém sem esperar o respectivo deferimento.

Por outro lado, a intencionalidade da ausência pode ser ilidida por justificativa comprovada de que a falta ao serviço deu-se por justa causa, por força maior ou por situação que tornou insuperável a necessidade de se ausentar do exercício das funções, tais como doença, amnésia, prisão etc.

Dessa forma, o elemento volitivo (ausência intencional) configura-se sempre que o servidor se ausenta, sem motivo justo, de sorte que não se desincumbindo o servidor de apresentar justificativas plausíveis para as faltas verificadas, configura-se o *animus abandonandi*.

A importância desses elementos está em caracterizar a natureza jurídica do ilícito de abandono de cargo, cuja definição é determinante para a fixação de regra específica, razoável e adequada do termo *a quo* do prazo prescricional.

Nesse sentido, equivocadamente tem-se entendido que o abandono de cargo é Ilícito instantâneo de efeitos permanentes, isto é, que se exaure e se aperfeiçoa num só instante, mas seus efeitos se prolongam no tempo.

No âmbito penal o melhor exemplo de crime instantâneo de efeitos permanentes é a bigamia. Nela a consumação se concretiza definitivamente num único momento, não se prolongando. O que se alonga são seus efeitos, suas consequências, que permanecem independentemente da vontade do agente.

Diferentemente, o Ilícito permanente é aquele em que a consumação não ocorre apenas num momento exato, mas que se prolonga no tempo, como por exemplo no sequestro e no cárcere privado. Aqui, ainda que consumação se concretize num momento, ela se projeta no tempo, ficando à mercê da vontade do agente a deliberação sobre prosseguir ou não com a ação delitiva.

Assim, tal como ocorre na base consumativa do sequestro e do cárcere privado, a ausência do exercício do cargo pelo servidor pode ser cessada ou prorrogada ao seu talante. Pode durar 1 dia, 30 dias, 60 dias, 6 meses, 1 ano, 5 anos etc, sempre de acordo com sua vontade, eis que a própria intenção é elemento do tipo, de modo que a cessação da infração fica na sua disponibilidade de forma permanente.

É o servidor que delibera sobre prosseguir ou não com a ausência intencional, tal como o criminoso delibera sobre prosseguir ou não com o cárcere privado e com o sequestro.

O fato da infração de abandono de cargo se consumar com o transcurso de mais de 30 dias de ausência não significa que a permanência dessa sua ausência após 31 dias seja mero efeito ou consequência da infração já consumada. Permanecer ausente após a consumação inicial não é efeito da infração e sim prorrogação da base consumativa. A cada dia de ausência após os 31 dias o servidor escolhe, voluntaria e intencionalmente, permanecer ausente.

Negar a evidente prorrogação da base consumativa do abandono de cargo quando o servidor intencionalmente permanece afastado por meses e até anos implica, indubitavelmente, inadmitir a existência de delitos permanentes.

Ademais, não se diga que desde logo consumado o abandono de cargo, com a ausência por mais de 30 dias, o servidor deixa de ter o dever de comparecer ao local de trabalho e de exercer suas funções. Afirmar isso implica na suposição absurda de que com a mera consumação inicial da infração o vínculo entre o servidor e a Administração já deixa de existir, independentemente do devido processo legal e da necessária formalização da extinção do vínculo.

Muito pelo contrário. Mesmo consumada inicialmente a infração de abandono de cargo com o transcurso de mais de 30 dias, continua existindo o vínculo administrativo, com todas as características, consequências, deveres e obrigações dele decorrentes. O servidor continua submetido à observância de todos os seus deveres, inclusive de assiduidade e de exercício de suas funções no local de trabalho.

Assim, inegável que a cada novo dia que, intencionalmente, escolhe prorrogar sua ausência, o servidor faltoso renova a violação de seus deveres funcionais e permanece consumando a infração de abandono de cargo.

## 2 DA PRESCRIÇÃO DO ABANDONO DE CARGO E A ABORDAGEM TRADICIONAL DO DIREITO

### 2.1 DA DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Preambularmente, apenas como efeito didático, insta mencionar que embora as leis tratem o prazo de extinção do direito de punir como prescricional, tecnicamente se afigura decadencial. Nesse sentido, vale transcrever excerto do Parecer n. 15.219, da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, da lavra da administrativista, autora de diversas obras e procuradora do estado Raquel Melo Urbano, datado de 23/11/2012:

> "É o poder extroverso", que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, constituindo terceiros unilateralmente em obrigações, sem a necessidade de intervenção preliminar autorizativa do Judiciário. Referida prerrogativa abrange claramente a punição do servidor infrator pela Administração. Destarte, cabe ao Estado a aplicação unilateral de penalidades como demissão ou advertência aos servidores, o que se inclui dentre as prerrogativas lhe deferidas pelo ordenamento jurídico.
> Caracteriza-se, assim, como direito potestativo reconhecido pela ordem jurídica à Administração o sancionamento do servidor que inobservar seus deveres ou incorrer em proibições, donde resulta induvidosa a natureza decadencial eventual prazo fixado para, na

hipótese de sua inobservância, ser a pretensão aviada em Juízo.

Com efeito, a decadência "é a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular no período determinado em lei", sendo certo que "Seu objeto são os direitos potestativos, de qualquer espécie, disponíveis e indisponíveis, direitos que conferem ao respectivo titular o poder de influir ou determinar mudanças na esfera jurídica de outrem, por ato unilateral, sem que haja dever correspondente, apenas uma sujeição." (AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução, op. cit., p. 579). Nas palavras de Almiro do Couto e Silva, "É bem sabido que a decadência atinge o direito subjetivo e que a prescrição diz respeito à pretensão", sendo certo, no tocante aos direitos potestativos, sujeitos aos prazos decadenciais, que "Quem esteja no lado passivo fica, porém, sujeito ou exposto a que, pelo exercício do direito pela outra parte, nasça, se modifique ou se extinga direito, conforme o direito formativo seja gerador, modificativo ou extintivo" (RDA, v. 237, p. 291-292). Quando se trata de decadência, ultrapassado o prazo fixado para o exercício do direito potestativo, tem-se que o próprio direito perece, pois atingido na essência. Nessa linha de raciocínio, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald definem que "a decadência é a perda do próprio direito (potestativo) pelo seu não exercício em determinado prazo, quando a lei estabelecer lapso temporal para tanto." (Direito Civil – Teoria Geral, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 522). Infere-se, nessa medida, que é decadencial o prazo para o Estado punir os servidores que, integrando seu quadro de pessoal, cometerem infrações funcionais. Nesse sentido, Luiz Carlos Figueira de Melo e Anderson Rosa Vaz dizem que o prazo para que a Administração exerça seu *ius puniendi* é decadencial, sendo certo que não há

mais de cogitar de prazo prescricional (Boletim de Direito Administrativo, janeiro de 2003, p. 39)

Sendo assim, conclui-se que o Poder Público decairá da prerrogativa de exercer sua competência disciplinar se deixar escoar o prazo fixado na lei dentro do qual lhe é possível atuar, aferindo a infração do servidor e conduzido à aplicação da penalidade cabível. Quanto aos prazos decadenciais relativos ao exercício do poder disciplinar na Administração em face de um servidor, pode-se afirmar que todos os entes da federação têm competência para legislar sobre as penalidades disciplinares que incidirão sobre os infratores integrantes do seu quadro de pessoal. O direito em questão – exercício do poder disciplinar pela Administração – deve ter a sua regulação editada por cada pessoa jurídica de direito público interno em razão da autonomia política e administrativa que lhes reconhece a Constituição da República (artigos 1º, 18, 25, 30). Cabe, portanto, a cada ente político (Município, Estado, DF e União) veicular, em legislação própria, as sanções aplicáveis diante de infrações disciplinares dos seus servidores. Se cada uma das pessoas políticas pode legislar sobre a matéria, todas podem, nas respectivas esferas, ditar os prazos para o exercício unilateral desta atribuição. Vale dizer: é o Estado-Membro quem pode editar regras legais que determinem os prazos de decadência para o exercício do poder disciplinar pela Administração estadual em face dos seus servidores, competência assumida e cumprida pelo Estado de Minas Gerais em seu ordenamento regional.[3]

3http://www.pge.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/pareceres2012/parecer-15.219.pdf, acessado em 15 de julho de 2013.

Elucida também o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello a distinção entre decadência e prescrição, nos seguintes termos:

> "Em face do que se apontou sobre a diferença entre prescrição e decadência, verifica-se facilmente que a perda da possibilidade de a Administração prover sobre dada matéria em decorrência do transcurso do prazo dentro do qual poderia se manifestar, não se assemelha a prescrição..."
> "...logo, o que estará em pauta*, in casu*, é o não-exercício, a bom tempo, do que corresponderia, no Direito Privado, ao próprio exercício do direito. Donde, configura-se situação de decadência, antes que de prescrição..." [4]

Embora não seja o núcleo central desse trabalho, conveniente esclarecer que se utiliza a denominação prescrição do ilícito administrativo de abandono de cargo, por ser esta a nomenclatura utilizada tradicionalmente no direito administrativo e legislações pertinentes, razão pela qual a adotamos, apesar de tratar-se verdadeiramente do instituto da decadência, nos estritos termos dos artigos 189 e 206 do Código Civil de 2002. Com efeito, na nova exegese trazida pelo Código Civil, a prescrição atinge a pretensão, tendo em vista a inatividade do titular em exercer a faculdade de agir e exigir de outrem uma prestação. Enquanto a decadência trata da perda do direito potestativo, no caso, do Estado de processar e punir o servidor faltoso. Nesse sentido, os direitos potestativos, ao contrário dos subjetivos, não estão sujeitos à

4MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15º edição. Ed. Malheiros,2003,p.904.

lesão, razão pela qual não há que se cogitar de pretensão não exercida e por fim prescrita.

## 2.2 DA ABORDAGEM TRADICIONAL DA PRESCRIÇÃO DO ABANDONO DE CARGO

A maioria dos Estatutos Funcionais dos Estados brasileiros acolhe o sistema do *dies scientiae,* ou seja, a contagem do prazo "prescricional" é feita a partir do dia no qual *o fato se tornou conhecido*, sem especificar se tal ciência diz respeito à tomada de conhecimento pela Administração Pública em geral, tendo por parâmetro a Lei Federal n. 8112/90, art. 142, § 1º:

> "*Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:*
> I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;
> II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;
> III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto á advertência.
> § 1o O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido."

No caso do abandono de cargo, transgressão disciplinar que se configura em razão da ausência do cargo público por mais de 30 (trinta) dias, também capitulada como crime contra a Administração Pública, sendo passível de demissão na esfera administrativa, consolidou-se na doutrina

majoritária e na jurisprudência, o estabelecimento do critério objetivo para presunção de que *"a data em que o fato se tornou conhecido"* pela administração, é a partir do trigésimo primeiro dia de ausência, em razão da própria definição do ilícito administrativo.

Tal interpretação origina-se de entendimento sufragado no âmbito da administração pública federal, por meio da Advocacia Geral da União, no que pertine à contagem inicial do prazo decadencial, convencionado de prescricional, do ilícito de abandono de cargo, consoante **PARECER** Nº AGU/MF-2/99 (Anexo ao Parecer nº GQ-207), consiste em considerar o abandono do cargo como ilícito instantâneo de efeitos permanentes, cujo prazo começa a contar do 31º dia de ausência do servidor.

Esta orientação que vem sendo observada até os dias atuais, no âmbito da União, está consubstanciada em dois pareceres da extinta Consultoria-Geral da República: Pareceres nº 575-H, da lavra do Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, e nº I-11, da lavra do Dr. Romeo de Almeida Ramos, e enunciados do extinto DASP, (formulação nº 31). Pode assim ser resumida:

(a) o abandono de cargo é ilícito instantâneo de efeitos permanentes;

(b) o prazo prescricional inicia-se no trigésimo primeiro dia de ausência do servidor;

(c) apesar da prescrição, o fato do abandono persiste, devendo declarar-se a vacância do cargo, mediante exoneração *ex officio*;

(d) os casos de exoneração *ex officio* previstos no art. 75, II, "a" e "b", do antigo Estatuto do Servidor não eram taxativos, eis que o Estatuto, em outros dispositivos (por ex.

art. 19, §§ 5º e 7º) contemplava outros casos de exoneração *ex officio*. (grifo não é do original)

Insta destacar que por reiteradas decisões o Superior Tribunal de Justiça reafirma a ilegalidade da exoneração ex officio, ante a ausência de previsão legal, chegando a considerar a interpretação como forma de acomodar a inércia da administração em ser ágil na abertura do processo administrativo, após constatação da ausência do servidor ao serviço posterior a trinta dias. [5]

5MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROFESSORA UNIVERSITÁRIA - ABANDONO DE CARGO - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO - EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - IMPOSSIBILIDADE DA DEMISSÃO - ILEGALIDADE DA EXONERAÇÃO "EX OFFICIO" - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 34 DA LEI 8.112/90.348.112I- A exoneração "ex officio" (art. 34 da Lei 8.112/90), não se destina a resolver os casos em que não se pode aplicar a demissão.348.112II- Cometida a infração disciplinar, o direito abstrato de punir do ente administrativo convola-se em concreto. Todavia, o jus puniendi só pode ser exercido dentro do prazo prescrito em lei. Na hipótese dos autos, foi apurado que a servidora abandonou o Cargo de Professora Universitária na Universidade Federal do Ceará. Todavia, a Administração somente instaurou o processo administrativo disciplinar quando já havia expirado o prazo prescricional. Desta forma, inviável a declaração de sua exoneração "ex officio", especialmente por se tratar de servidora efetiva e estável, não incidindo nenhuma das hipóteses do art. 34 da Lei 8.112/90.348.112III- O princípio da legalidade preconiza a completa submissão da Administração às leis. In casu, o ato atacado denotou postura ilegal por parte da própria Administração, já que a solução encontrada objetivou, apenas, minorar os efeitos da sua própria inércia ao não exercer um poder-dever. Neste aspecto, a adoção da tese defendida implica em verdadeira violação ao ordenamento jurídico.IV- Reconhecida a prescrição, impõe-se declarar a extinção da punibilidade, tornando-se nula a Portaria exoneratória, a fim que a servidora seja reintegrada ao serviço público.V- Segurança concedida. (7318 DF 2000/0142631-1, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 10/09/2002, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 07.10.2002 p. 168RST vol. 164 p. 101, grifo nosso)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ABANDONO DE CARGO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO.

Quanto ao início da contagem do prazo decadencial, o STJ, consolida o entendimento segundo o qual o abandono de cargo é ilícito instantâneo de efeitos permanentes que se consuma a partir do trigésimo primeiro dia de ausência, ao interpretar o artigo 138 da Lei Federal n. 8112/90, que apenas conceitua o ilícito. [6]

A referida orientação da AGU parece travestir-se de contrariedade lógica, eis que ao sustentar a natureza jurídica do ilícito de abandono como de efeito instantâneo, cujo curso da prescrição inicia-se no trigésimo primeiro dia, defende a possibilidade de exoneração ex officio, sem previsão legal da vacância de cargo por esta modalidade. Tudo porque insiste em desconsiderar o abandono de cargo como ilícito permanente, a despeito das decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Neste ponto, ouso discordar da interpretação jurisprudencial, uma vez que não se pode afirmar que *"a lei é*

---

EXONERAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1 - Afasta-se a alegação de ocorrência da decadência se o mandado de segurança é impetrado dentro do prazo de 120 dias previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51. 2 - "A impetração do mandado de segurança dentro do prazo legal, ainda que perante órgão judiciário absolutamente incompetente, impede a ocorrência da decadência do direito de requerer o mandamus." (MS nº 14.748/DF, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 15/6/2010). 3 - Insubsistente a afirmação de inadequação da via eleita, pois, no caso, as provas documentais juntadas aos autos constituem acervo suficiente para a formação da convicção do julgador. 4 - Não há falar em cerceamento de defesa, se o impetrante participou de toda a fase instrutória do processo disciplinar, tendo apresentado, inclusive, defesa escrita. 5 - Versa a controvérsia sobre a possibilidade de punir servidor estável com a exoneração de ofício, em caso de abandono de cargo, quando a própria Administração reconhece que o prazo prescricional já expirou. 6 - A conduta da autoridade apontada como coatora, exonerando ex officio o impetrante, viola o princípio da legalidade, pois inocorrentes na espécie as hipóteses do art. 34, parágrafo único, I e II, da Lei nº 8.112/90. 7 - Mandado de segurança concedido. (DJUe 24/11/2010) MS 12674 DF 2007/0047645-6.

6

*clara ao estipular a data inicial em que se deve iniciar o cômputo do prazo prescricional, daí porque o intento administrativo é tão somente estabelecer hipótese de prorrogação do prazo prescricional não prevista em lei.*" [7]

A lei apenas conceitua a infração no artigo 138, dispondo que "*Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos*", inexistindo, portanto, regramento específico diferenciado para o tratamento prescricional no caso de configuração do ilícito de abandono de cargo.

Essa construção doutrinária e jurisprudencial se apoia na regra geral adotada pelo sistema do *dies scientiae,* ou seja, a contagem do prazo "prescricional" é feita a partir do dia no qual *o fato se tornou conhecido*, tomando como critério objetivo, no caso do abandono de cargo a própria caracterização da infração, ou seja, o trigésimo primeiro dia após a ausência consecutiva ao serviço, consoante tipificação inserta no artigo 138 da Lei Federal n. 8112/90, art. 142, § 1º.

Segundo esta tese, o abandono de cargo é ilícito instantâneo de efeitos permanentes e baseia-se em premissa interpretativa construída doutrinária e jurisprudencialmente de que nos casos de abandono de cargo, a "data do conhecimento do fato" é sempre o trigésimo primeiro dia de ausência.

O cerne da questão centra-se na discussão em torno da natureza do ilícito administrativo, uma vez que para alguns, o abandono de cargo não seria ilícito instantâneo de efeitos permanentes, mas sim ilícito permanente, cujo *termo a quo*, para efeitos de prescrição, configurar-se-ia apenas quando cessasse o abandono.

7 Idem.

A jurisprudência do STJ, por sua vez, não corrobora com este entendimento, rechaçando, inclusive, a tese que defende que a cada trinta dias se renova o prazo, senão vejamos:

> Ementa: [...] 2. **Transcorrido mais de 5 anos entre a data em que se tomou conhecimento da ausência da impetrante ao serviço público (31º dia após 13/07/98)** e a data de instauração do processo administrativo (07/02/2006), primeiro marco prescricional, é de se entender prescrita a pretensão estatal de aplicar a pena de demissão à impetrante. 3. **A tese de que o abandono do cargo se renova a cada 30 dias, haja vista a sua natureza de infração permanente, é descabida**, porquanto além de não encontrar respaldo na doutrina e na jurisprudência, a lei é clara ao estipular a data inicial em que se deve iniciar o cômputo do prazo prescricional, daí porque o intento administrativo é tão somente estabelecer hipótese de prorrogação do prazo prescricional não prevista em lei. 4. A referida tese denota o intento do ente estatal de criar uma nova hipótese infundada de renovação de prazo prescricional, provavelmente para corrigir o equívoco relativo ao demasiado tempo que se levou para instaurar o processo administrativo, deixando este ser atingido pela prescrição. 5. Mandado de segurança concedido. (grifo nosso) STJ MS 7318 (DJ: 07/10/2002) Relator: Gilson Dipp. Voto: [...] Ainda sobre a incidência da prescrição, verifica-se que a ausência injustificada da servidora teve início em 20 de maio de 1994. **Completados os 30 (trinta) dias faltantes, conforme prevê o art. 138 da Lei 8.112/90, deu-se início à contagem para aferição da prescrição punitiva no 31º dia (21/06/94)**. [...]STJ MS 12884 (DJ:

> 22/04/2008) Relator: Maria Thereza de Assis Moura

Todavia, a Advocacia Geral da União, nos autos do processo nº 23081.008297/91-60, Parecer nº GQ- 214, assim se posicionou:

> "Na hipótese de abandono de cargo, não ocorre o mesmo como entendeu a SAJ: não houve sucessivos abandonos, mas um só abandono, uma só infração. De fato, não pode ser abandonado de novo o que já está abandonado. Para abandonar o cargo, é necessário que o servidor o esteja exercendo. Se o abandona, depois retorna e, novamente o abandona, aí sim, haverá mais de uma infração. Sem o retorno**, o estado de abandono persiste independentemente do tempo transcorrido."**

Da conclusão do julgado destacado, bem como da interpretação da AGU, dessume-se que a construção doutrinária e jurisprudencial toma como premissa norteadora o princípio da legalidade, ou seja, a fiel observância do prazo estabelecido em lei. De sorte que diante da lacuna da lei, ante a ausência de tratamento específico da prescrição aplicável ao ilícito de abandono de cargo, deu-se espaço para construção interpretativa, nem sempre benéfica à administração. Renato Luiz Mello Varoto testifica:[8]

8 VAROTO, Renato Luiz Mello. Prescrição no Processo administrativo Disciplinar. Revista dos Tribunais, 2010.

> [...] em número expressivo, os ilícitos administrativos estão marcados pela continuidade e pela permanência. E, portanto, desconhecer tal realidade *é,* de certa forma, premiar o servidor que venha a revelar maior habilidade e astúcia na prática do ilícito, encobrindo, às vezes por longo tempo, a prática condenável.

Tal interpretação decorre da ausência de regramento específico na Lei Federal 8112/90 para a prescrição no abandono de cargo quanto, como por exemplo, a considerar o ilícito como permanente, cujo prazo prescricional só começaria a contar após cessação da ausência. Mais consentâneo juridicamente do que considerar administrativamente prescrito e ao final opinar pela exoneração *ex officio,* sem que tenha previsão legal para vacância do cargo.

Contudo, há entendimentos minoritários, mas substanciosos que consideram o abandono do cargo como ilícito permanente, cujo *termo a quo*, para efeitos da convencionada denominação de prescrição, configurar-se-ia apenas quando cessasse o abandono:

> A tarefa discriminatória dessas duas classes de delitos constitui empreitada realmente delicada. Labor esse que, à vista do critério da disponibilidade, torna-se mais bem acessível e suavizado. Com o adjutório desse critério, infere-se que a espécie **permanente** se configura quando **a dilatação temporal de sua base consumativa fica à mercê do agente, o qual delibera, ao seu talante, prosseguir, ou não, na ação criminosa**; ao passo que no crime **instantâneo de efeito permanente** a projeção temporal de suas conseqüências **foge**

> **totalmente do controle do infrator**, não mais podendo ser contida por sua deliberação; Em outras palavras, se o prosseguimento delitivo fica na dependência do agente, podendo ser prorrogado ou cessado, diz-se que a infração é permanente; enquanto que, na hipótese reversa, diz-se que é instantânea de efeito permanente. (grifo nosso)[9]

Segundo Antonio Carlos Alencar Carvalho, essa construção do doutrinador foi desenvolvida para contornar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, significaria que a prescrição ficaria suspensa enquanto o servidor faltoso não retornasse às suas funções e convolaria a quase imprescritibilidade, na medida em que a prescrição praticamente nunca seria reconhecida pela Administração.[10]

Quanto a esta consideração, necessário apontar que da lógica defendida pelo destacado autor, ao insurgir-se contra a classificação do ilícito de abandono de cargo como delito instantâneo de efeitos permanentes, para considerá-lo permanente em duplo grau, exsurge a tentativa de coibir que eventual inércia da Administração, consistente em não apurar ou deixar de notificar o servidor, não venha a ter o condão de legitimar a conduta faltosa do servidor por intermédio da consagração objetiva da prescrição direta a contar do trigésimo primeiro dia. Tal posicionamento, em verdade, visa resguardar a própria administração pública e dos princípios constitucionais que as informa, notadamente o da moralidade e eficiência administrativa.

9 COSTA, José Armando da. **Prescrição disciplinar.** Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 140.

10CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à luz da Jurisprudência e da Casuística da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P.1043.

## 2.3 DA PROBLEMÁTICA CAUSADA PELA INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL QUANTO À PRESCRIÇÃO DO ABANDONO DE CARGO.

Imagine-se então, a eventual hipótese de o servidor comparecer ao serviço requerendo o retorno às atividades, após o período de cinco anos ininterruptos de faltas, sendo que sem apresentação de justificativa, e sem que a Administração neste período tenha realizado notificação pessoal ou chamamento por edital. Como enfrentar a questão do prazo prescricional?

No Estado do Acre, muitas das vezes, em localidades longínquas das sedes administrativas da capital, em especial em secretarias com fluxo grande de servidores e ainda um ineficiente acompanhamento de fluxo de documentos administrativos, depara-se com a situação na qual o servidor está há mais de cinco anos sem oferecer a contraprestação do serviço, embora até suspensa a remuneração, sem ter sido declarada a vacância do cargo, em razão da inexistência de instauração do processo administrativo disciplinar, e/ou até mesmo procedimento de notificação ou convocação do servidor, que porventura venha a configurar a negativa intencional de comparecer ao serviço.

Tal fato decorre da prática dos órgãos responsáveis pela gestão de pessoas da respectiva esfera administrativa deixar de adotar o procedimento já orientado pela Procuradoria do Estado, consistente em notificar pessoalmente, ou fazer o chamamento por edital de convocação destes servidores, que já se encontram suspensos da folha de pagamento, para efeito de controle e respectiva instauração do processo disciplinar. De sorte que é comum, na prática administrativa, deparar-se com a situação na qual evidencia a inércia da

administração em efetuar o controle, na medida em que o processo administrativo disciplinar vem a ser instaurado por provocação do próprio servidor, ao requerer retorno à atividade, após longo transcurso de tempo, de modo a configurar a prescrição, perdendo o estado o direito de punir.

Nestas situações a consultoria de pessoal, no Estado do Acre tem se manifestado da seguinte forma:

> PARECER PGE/PP Nº 88/2012 EMENTA PROCESSODISCIPLINAR – ABONDONO DE CARGO — INFRAÇÃO DE NATUREZA PERMANENTE-INOCORRÊNCIADE PRESCRIÇÃO-COMPROVAÇÃO DEANIMUSABANDONANDI-CONFIGURAÇÃO DA INFRAÇÃO–APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO –PRECARIEDADE DO VÍNCULO ESTATUTÁRIO – ESTABILIDADE QUE NÃO SE PRESUME A SERVIDOR FALTOSO AUSENTE DO SERVIÇO POR CINCO ANOS CONSECUTIVOS – ANULAÇÃO DO CONTRATO.

Tal conclusão decorre do entendimento segundo o qual a permanência do servidor ausente do serviço se protrai no tempo, de forma continuada, sendo apenas passível de prescrição, a contar do momento em que a Administração toma efetivamente o conhecimento do fato pela autoridade responsável para instauração do processo administrativo. Não se baliza a questão com a simples adoção de um critério objetivo determinado doutrinária e jurisprudencialmente, por interpretação da lei, que se baseia na permissão de que no trigésimo primeiro dia a administração já tem a obrigação de ter conhecimento do fato.

Nesse caso, portanto, somente é considerado como termo inicial o conhecimento por parte da Administração, seja materializado na convocação ou chamamento ao serviço e ante a negativa de resposta, ou na própria instauração do processo administrativo disciplinar decorrente da formulação de requerimento de retorno às atividades funcionais.

Não é crível imaginar que alguém permaneça anos sem comparecer ao trabalho, ininterruptamente, por mais de cinco anos, e ao provocar a administração para retornar às atividades, se baseie na inércia da administração por ter tomado nenhuma providência de apuração, ou convocado o servidor, para justamente considerar prescrita e inócua a reprimenda. Tal raciocínio seria privilegiar o servidor desidioso, faltoso, em prejuízo da eficiência e continuidade dos serviços públicos, na forma constitucionalmente exigida.

Esta tese, na prática, chega ao absurdo de concorrer para o fato de que quem permanece faltando por mais de cinco anos será privilegiado com o retorno às atividades, e ás vezes com a reintegração ao serviço, por decisão judicial. Enquanto outros, que permaneceram faltosos por menos tempo, como três anos, perderam o cargo com a demissão. É quase ilógico.

Ora, se contados a partir do trigésimo primeiro dia, na hipótese de se verificar a situação de ausência prolongada, por mais de cinco anos, por exemplo, que venha extrapolar o prazo prescricional previsto na lei, a decretação da prescrição punitiva premiará o servidor que prolonga no tempo a consumação do ilícito administrativo, que por natureza tem potencial lesivo à continuidade do serviço público e ao princípio da eficiência.

A propósito, bem resume a questão o administrativista José Armando da Costa:

> Salta aos olhos o equívoco em que se enveredou o ilustre parecerista pertencente aos quadros funcionais do velho e proficiente Departamento de Pessoal (DASP). Isso porque, como delito criminal, o abandono não se consuma apenas no trigésimo primeiro dia, e sim a partir do momento em que a ausência do servidor exponha, com certa probalidade, a risco a regularidade do serviço público. Constatando-se, assim, que a efetivação do prejuízo não constitui elemento do tipo, e sim a circunstância qualificadora prevista no art. 323, 1, do Código Penal.(...) Tal abandono se configura a partir do momento em que fique vulnerado o serviço público, não requerendo, como explicitado acima, a concretização de dano público. Se esta potencialidade ofensiva resulta de ausência de serviço em faixa de fronteira, o delito também se qualifica. [11]

Ademais, a regra geral do sistema, é da contagem do prazo inicial a partir do conhecimento do fato pela autoridade responsável a tomar as providências, resguardado o princípio da legalidade, norteador de todo ato e conduta da Administração Pública. A propósito, a própria AGU, no Parecer nº GQ – 55/1995 argumenta:

> A inércia da Administração somente é suscetível de se configurar em tendo conhecimento da falta disciplinar a autoridade administrativa competente para instaurar o processo. Considerar-se a data da prática da infração como de início do curso do lapso temporal, independentemente do seu conhecimento

11 COSTA, José Armando, PRESCRIÇÃOL DISCIPLINAR, editora Fórum,, 2006, Belo Horizonte, 2006, p. 145

> pela Administração, sob a alegação de que a aplicação dos recursos públicos são objeto de auditagens permanentes, beneficiaria o servidor faltoso, que se cerca de cuidados para manter recôndida sua atuação anti-social, viabilizando a mantença do proveito ilícito e a impunidade, bem assim não guardaria conformidade com a assertiva de que a prescrição viria inibir o Estado no exercício do poder-dever de restabelecer a ordem social, porque omisso no apuratório e apenação.[12]

Nesses casos, convém ressaltar que a conclusão do Parecer da AGU de nº GQ-207 aparenta não guardar uma razoabilidade. Há de se pontuar, inclusive, que o aludido parecer versa sobre caso concreto em que a Administração efetivamente demonstra ter tomado conhecimento quase imediato do fato, uma vez demonstrado que a instauração do processo administrativo para apurar a conduta de servidor faltoso ocorreu praticamente, após um ano de ocorrido logo a primeira falta, após o transcurso de trinta dias. Trata-se, pois, de uma hipótese de administração que funciona dentro de uma "normalidade", ao se dar conhecimento nas esferas de atribuições pertinentes da falta do servidor, instaura-se procedimento para apuração. Situação um pouco diversa da vivenciada, em geral, pelas administrações públicas estaduais, no que pertine a estrutura politico-administrativa dos recursos humanos e a prática de gestão de pessoas, muitas vezes ainda bem deficitária.

Portanto, na esfera da União, no caso ali analisado, utiliza-se a regra geral para cômputo do *dies a quo,* onde se

12 PRADO, Leandro Cadenas – SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS Lei nº 8.112/90, editora Impetus, 7ª edição, Niterói, Rio de Janeiro, 2008, p.210.

inicia o prazo prescricional, fato que realmente denota ter a Administração tomado conhecimento imediato do abandono, a despeito de considerar como cômputo do termo inicial a regra objetiva da consumação do ilícito após os trigésimo primeiro dia de falta.

Aliás, é o que se dessume, inclusive, da ementa de parecer da AGU de 2000, cuja ementa destaco:

> PARECER Nº GQ 214/2000 - DOU DE 13/01/2000
> EMENTA: Ocorrência ou não da prescrição. Divergência. Medida administrativa.
> I - O abandono de cargo é infração de que, regra geral, a Administração tem conhecimento imediato. No caso, houve a prescrição.
> II - Extinta a punibilidade pela prescrição, e na permanência do abandono, deve o servidor ser exonerado ex officio, conforme entendimento já consagrado na Administração e mantido pela Advocacia-Geral da União. Pareceres GQ-207 e GQ-211. [13]

Ou seja, a conclusão lógica do parecer da AGU está assentada na premissa de que, em regra, a Administração tem conhecimento imediato do abandono do cargo, ou deveria ter.

Todavia, nas hipóteses, em geral, experimentadas, pelas administrações estaduais, como assinalado alhures, o comum é se verificar a permanência da ausência do servidor, até mesmo por prazo superior a cinco anos, sem que a autoridade competente para instauração do processo administrativo disciplinar tome conhecimento do fato.

13 http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/93/2000/214.htm

De sorte que, é frequente a verificação de situações fáticas em que após deixar de comparecer ao cargo público por mais de cinco anos, o servidor, ante a ineficiência da Administração, que sequer notifica para comparecimento, ou expede a convocação pública, requer o retorno às atividades. Nessas situações, aplicando-se a tese consolidada na doutrina e jurisprudência, a Administração, em tese, perderia o direito de decretar a vacância do cargo após apurar e punir o servidor com demissão pela prática do abandono de cargo, cuja ausência que se protrai no tempo em período superior ao prazo prescricional é convertido em "prêmio à inassiduidade intencional.'

De certa forma, admitir como marco temporal de comprovação do "conhecimento do fato", o critério objetivo do transcurso de trinta e um dias de falta, pode levar a um desvirtuamento do instituto da prescrição, privilegiando, inclusive, possíveis irregularidades no serviço público por parte de eventuais conluios, desvios de conduta, ou ocultamentos de fatos reais com o propósito de encobrir desídia, conduta faltosa ou inassiduidade de servidores públicos.

Desta forma, o ilícito administrativo configurava-se a cada dia em que o servidor deixar de se apresentar em seu órgão de lotação para o exercício de suas funções públicas, renovando-se, nos mesmos moldes, a data inicial para a contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva.

Cumpre destacar, que nessa linha de raciocínio consta julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe:

> Processo: MS 2009108834 SE
> Relator(a): DESA. MARIA APARECIDA SANTOS GAMA DA SILVA
> Julgamento: 09/09/2009

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO
Parte(s): Impetrante: JOSEFERNANDO CARVALHO SANTOS
Impetrado: GOVERNADOR DO ESTADO DE SERGIPE
Ementa
Mandado de Segurança - Servidor Público que se afasta de suas atividades por mais de vinte anos - Abandono de emprego configurado - Infração de caráter permanente, que somente cessa com o retorno do servidor às suas funções - Prescrição Administrativa afastada - Comprovação do animus abandonandi em processo disciplinar regularmente instaurado- Pena de demissão devidamente aplicada - Ato administrativo que deve ser mantido - Precedentes desta Corte - Segurança denegada. [14]

Nesse contexto, observa-se a relevância de orientar ao Poder Executivo, a quem cabe a iniciativa, em geral, das regulamentações de regime próprio de servidor público, para que estabeleça regra específica sobre o termo inicial da prescrição nos casos de abandono de cargo, a fim de resguardar os interesse público, sem prejuízo do princípio da eficiência, em razão da autonomia político-administrativa dos entes federados, conferida pela Constituição Federal, artigos 1º, 18, 25 e 30, como medida de adoção de regramento que mais se adeque a própria realidade estatal.

14http://jus.com.br/revista/texto/16967/a-disciplina-da-prescricao-no-processo-administrativo-disciplinar-contra-membro-do-ministerio-publico-da-uniao.

## 3 DA REGULAMENTAÇÃO DO INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL NO ABANDONO DE CARGO PELAS LEGISLAÇÕES ESTADUAIS E PERTINÊNCIA COM A REALIDADE DA ADMINSITRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

É bem verdade, já se observa na regulamentação do regime jurídico estatutário de alguns Estados da Federação, a preocupação de estabelecer regra diferenciada e específica de contagem do termo inicial para o abandono de cargo, face às peculiaridades que o circunda.

Quanto aos prazos prescricionais ou decadenciais relativos ao exercício do poder disciplinar na Administração em face de um servidor, pode-se afirmar que todos os entes da federação tem autonomia e competência para legislar sobre as penalidades disciplinares que incidirão sobre os infratores integrantes do seu quadro de pessoal. O direito em questão – exercício do poder disciplinar pela Administração – deve ter a sua regulação editada por cada pessoa jurídica de direito público interno em razão da autonomia política e administrativa que lhes reconhece a Constituição da República (artigos 1º, 18, 25, 30).

Hidemberg Alves da Frota, em artigo jurídico, faz uma ampla análise dos 26 Estatutos de cada estado no que pertine ao tratamento dispensado na lei para regulamentar o sistema do conhecimento do fato no abandono do cargo, no qual menciona que a maioria de fato adota o *dies scientiae*. Ressalta, contudo, o autor, que alguns estados da Federação são menos genéricos quanto à data da ciência. Os Estatutos do Amazonas, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, verbi

gratia, defendem que a data de prescrição começa a fluir quando a autoridade ou o superior hierárquico tem conhecimento do fato.

Em contrapartida, os Estatutos dos Servidores Públicos dos Estados do Ceará, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Rio de Janeiro e Sergipe adotam o sistema de consumação do ato, ao principiarem a contagem da prescrição disciplinar a partir da data do fato punível. [15]

Merece destaque a especificidade de que trata o Estatuto do Ceará. A Lei Estadual nº 9.826/74, em seu art. 182, no parágrafo único, ao tratar do abandono de cargo:

---

15 (*a*) O Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Amazonas* (art. 169, *caput*, da Lei Estadual n. 1.762 de 14 de novembro de 1986) faz alusão à ciência do ilícito pela *autoridade*, sem, contudo, dilucidar se é a autoridade, do ponto de vista hierárquico, *imediatamente superior ao servidor em questão* ou se, em verdade, refere-se o texto legislativo à *autoridade competente para processá-lo* na via disciplinar: "A prescrição começa *a contar da data em que a autoridade tomar conhecimento* da existência da falta." [46]

(*b*) O Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *Santa Catarina* (Lei Estadual n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985) acolhe o sistema do *dies scientiae*, reportando-se, como marco inicial, ao "*dia em que o ilícito se tornou conhecido* de [*sic*] *autoridade competente para agir*" [47] (art. 150, § 1°, alínea *a*), salvo — destaque-se — no caso dos "ilícitos *permanentes* ou *continuados*" [48], circunstância na qual "prescreve" a contagem "do dia *em que cessar a* permanência ou a continuação" (art. 150, § 1°, alínea *b*) [49] — disposição que se assemelha ao art. 111, inciso III, do CP (conforme redação esculpida pelo art. 1º da Lei n. 7.209/1984), a preconizar que a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr, nos crimes permanentes [50], do dia *em que cessou* a permanência.

(*c*) O Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Rio Grande do Sul* (art. 197, § 1°, da Lei Complementar Estadual n. 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, de acordo com a redação alterada pelo art. 1º da Lei Complementar Estadual n. 11.928, de 13 de junho de 2003), ao esposar o sistema do *dies scientiae*, refere-se à ciência fatual pelo *superior hierárquico*: "O prazo de prescrição começa a fluir *a partir da data do conhecimento do fato*, por superior *hierárquico*." [51]

> *Art. 182 – O direito ao exercício do poder disciplinar prescreve passados cinco anos da data em que o ilícito tiver ocorrido.*
> Parágrafo único – São imprescritíveis o ilícito de abandono de cargo e a respectiva sanção. (grifo nosso)

O referido autor, por sua vez, destaca em suas conclusões, que:

> " a formulação acolhida pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *São Paulo* (art. 261, § 1º, n. 1, da Lei Estadual n. 10.261/1968), além da virtude de iniciar, como *regra geral*, o cômputo do prazo da "prescrição" disciplinar da *data em que praticada a infração* (na esteira dos Estatutos dos Servidores Públicos fluminense, capixaba, goiano, sul-mato-grossense, sergipano, pernambucano e cearense), destaca-se pelo *diferencial* (em comparação com os Estatutos Funcionais dos demais Estados-membros e da União) de positivar, de forma explícita, a hipótese de *infração continuada ou permanente*, ao prescrever o *começo* da contagem de tal prazo a partir do dia em que *cessada* a *continuação* ou a *permanência* (art. 261, § 1º, n. 2, da Lei Estadual n. 10.261/1968 — SP), em consonância, nesse *segundo* aspecto (da expressa previsão do *dies a quo* da infração continuada), com a legislação regente do processo administrativo do *País Basco* (art. 22.2, 2ª parte da Lei 2/1998), do *Peru* (art. 233.1 da Lei n. 27444/2001) e do *México* (art. 79, *in fine*, da Lei do Procedimento Federal Administrativo), bem como com a jurisprudência iterativa da Justiça Administrativa de *Portugal* (Acórdãos STA de 16 de abril de 1997, 16 de janeiro de 2003 e 8

> de outubro de 2009, assim como os Acórdãos TCAS de 20 de janeiro de 2005, 16 de julho de 2005 e 11 de dezembro de 2008), além de percorrer, nesse último ponto, a *mesma direção* do supracitado art. 150, § 1°, alínea *b*, do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *Santa Catarina* (Lei Estadual n. 6.745/1985), com a diferença de que o Estatuto catarinense abraça, a título de *regra geral*, o modelo do *dies scientae* (art. 150, § 1°, alínea *a*).

Com efeito, a regulamentação expressa pela lei que venha abranger o maior número de circunstâncias evidenciadas na prática, de modo a assegurar a coibição da prática lesiva à Administração Pública, demonstra-se compatível com o princípio da segurança jurídica, que nada mais é do que permitir que o administrado conheça com grau de certeza a regra aplicável que confira contornos específicos a determinada categoria jurídica.

Como leciona Jean-Louis Bergel:

> A segurança jurídica é vinculada à própria ideia de direito: espera-se do direito que ele garanta a segurança, de modo que se possa prever a solução das situações jurídicas a contar com ela, graças a meio de coerção que garantam a realização dos direitos. Por conseguinte, a segurança jurídica é vinculada À importância das fontes formais do direito, sobretudo da lei, que permite conhecer com certeza a regra aplicável, e àquela das formas destinadas a fixar as situações jurídicas ou informar o público das suas modificações." [16]

16 BERGEL. Jean-Louis. Teoria Geral do Direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Nesse eito, trazer segurança jurídica para as relações entre administração e servidor púbico é um imperativo legal, a qual se confere com o estabelecimento de normas claras, específicas e sem lacunas, evitando que a solução das questões se aconteçam no campo da interpretação analógica ou sistemática. Principalmente, nas questões atinentes a prescrição, que por serem de ordem pública, não admitem interpretações analógicas e extensivas ou supletivas normativas.

## CONCLUSÕES

Em suma, pode-se perceber que o entendimento majoritário da jurisprudência do STJ se consolidou a partir do hiato legislativo, ante a ausência de tratamento específico pela lei federal 8112/90 quanto à prescrição no caso do abandono de cargo, dando-se espaço para construção interpretativa, nem sempre razoável e justa, no sentido de considerar como critério objetivo de aferição do conhecimento pela autoridade hierárquica da ausência do serviço continuada a partir do trigésimo primeiro dia, partindo-se da premissa que esse é o tempo estabelecido para conhecimento do fato pela administração. De sorte que o prazo prescricional é contado a partir da data em que o ilícito de abandono de cargo foi consumado, isto é, o 31º dia, sem levar em consideração o prejuízo que pode ser causado na hipótese de perdurar a ausência do servidor por período bem superior ao prazo quinquenal, sem que a Administração, por razões de ineficiência ou outras que o valha, deixe de instaurar o processo administrativo disciplinar e o transcurso do tempo

premie o servidor faltoso com a impossibilidade de aplicar a punibilidade pelo abandono do cargo ou com a reintegração ao cargo, como se dá nos julgados do STJ, que reiteradamente, reformam as decisões administrativas adotadas pela União de aplicar a demissão *ex officio* ante a configuração da prescrição punitiva.

Esclareça-se que não se está a abordar aqui da prescrição intercorrente. Cinge-se apenas à prescrição direta, ocorrida antes da instauração do processo disciplinar, que por mais estranho que pareça, na realidade de alguns Entes da Federação, só vem a ser instaurado quando o servidor requer o retorno às atividades.

Enfim, nestes casos, a fim de resguardar uma razoabilidade com a finalidade da própria norma punitiva de coibir a conduta lesiva ao princípio da eficiência administrativa, em decorrência da ausência continuada ao serviço público, e em homenagem ao princípio da legalidade que rege os atos da Administração Pública, a melhor solução é de fato a adoção, por parte do legislador estadual, da previsão de tratamento diferenciado para o caso de abandono do cargo, cujos efeitos se prolongam no tempo, a fim de evitar que, todavia, a Administração Pública venha ser lesada pela esperteza, de modo a beneficiar o servidor público inassíduo continuamente por períodos ininterruptos e demasiadamente extensos, que porventura, ultrapassem até mesmo os cinco anos, em regra, delimitados, como o prazo decadencial para punibilidade.

Nesse sentido, afigura-se mais consentâneo com o princípio da legalidade, por dever de expressar na lei o prazo a ser verificado na contagem da decadência (prescrição), ao invés de depender de hermenêutica jurídica, bem como atende aos princípios da publicidade, de modo que reveste de clareza

as regras aplicáveis ao direito administrativo estadual, bem como assegura o princípio da eficiência, na medida que permite a aplicação da punição à conduta reprovável do servidor que se ausenta por prolongados anos do serviço público, sem motivo justificado, e, não pode ser apenado com a pena de demissão.

Por fim, sugere-se às procuradorias de consultoria de pessoal ou servidor público, que se ocupam no âmbito estadual de também assessorar à administração púbica e, principalmente, o Poder Executivo na consecução da política pública de gestão de pessoas, a sugerir a propositura de alteração legislativa que venha melhor expressar a normativa adequada à espécie abandono de cargo e respectiva matéria de ordem pública atinente a prescrição. De forma a expressamente considerar não apenas que a prescrição começa a correr do dia que o fato se tornou conhecido pela autoridade competente para instauração do processo administrativo disciplinar, mas também que corre do dia que tenha cessado a continuação ou a permanência, nas faltas continuadas ou permanentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BERGEL. Jean-Louis. Teoria Geral do Direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

COSTA, José Armando, PRESCRIÇÃOL DISCIPLINAR, editora Fórum,, 2006, Belo Horizonte, 2006.

COSTA, José Armando da. Prescrição disciplinar**.** Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 140.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à luz da Jurisprudência e da Casuística da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P.1043.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de, Salvador, JusPodivim, 2009.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, São Paulo: editora Saraiva, 2012.

PRADO, Leandro Cadenas – SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS Lei nº 8.112/90, editora Impetus, 7ª edição, Niterói, Rio de Janeiro, 2008.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15º edição. Ed. Malheiros,2003,p.904.

VAROTO, Renato Luiz Mello. Prescrição no Processo administrativo Disciplinar. Revista dos Tribunais, 2010.

# 9

Roberto Ferreira da Silva
Edson Américo Manchini

## A Arbitragem na Administração Pública: uma Visitação às Parcerias Público-Privadas

# A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA VISITAÇÃO ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

"Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público".[1]

**Roberto Ferreira da Silva**[2]
**Edson Américo Manchini**[3]

**RESUMO:** O presente trabalho tem o objetivo de estimular os gestores de entes federativos a investigar a utilidade e os benefícios da aplicabilidade da arbitragem na administração

1 Cf. Ministro Luiz Fux em citação no voto do MS 11308 / DF, Mandado de Segurança 2005/0212763-0, in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, , Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, p. 398/399.

2 Procurador Regional do Estado do Acre em Brasília. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre – UFAC, em convênio com a Universidade Federal de Minas Gerais; Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre – APEAC. Mestre em Direito da UniCEUB, concentração em Relações Internacionais.

3 Procurador do Estado do Acre. Controlador-Geral do Estado do Acre. Pós-Graduado em MBA Executivo Team Management - Desenvolvimento de Competências Gerenciais da Fundação Getúlio Vargas – FGV; Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado do Acre – APEAC.

pública, bem como instigá-los a diligenciar no sentido da elaboração de legislação peculiar sobre o tema central.
A pesquisa de suporte identifica as experiências históricas de formulação e emprego da arbitragem, e a jurisprudência em cotejo com a práxis administrativa. Busca esclarecer os motivos principais que possam recomendam o seu uso. Registra a disseminação da legislação arbitral pelo governo federal e pelos estados, municípios e Distrito Federal em face da necessidade do emprego de novos caminhos contratuais que ampliem o resultado social das ações dos governos. A ênfase está na Arbitragem, na Parceria Público-Privada e na pacificação jurídica existente quanto a sua aplicabilidade no setor público. Os parceiros público e privado necessitam de segurança jurídica e processos céleres, eficazes e eficientes. São listados alguns resultados práticos dessas parcerias. A ideia é motivar os gestores e leitores, iniciando o processo de entendimento e convencimento, a aceitar, ou não, o procedimento arbitral na administração pública.

**Palavras-Chave:** Arbitragem, Administração Pública, Parcerias Público-Privadas.

## INTRODUÇÃO

A administração pública moderna sofre os efeitos da globalização. A flexibilização da interpretação das leis e das experiências bem sucedidas em outros países conduz o administrador a uma nova forma de caminhar na gestão pública. O público e o privado às vezes sofrem uma metamorfose e chegam a se confundir um com o outro. As partes que contratam

passam a considerar essa possibilidade e a manejam de modo a permitir concessões mútuas que deságuam no estabelecimento de acordos entre os interesses públicos e os interesses privados – tudo, porém, abrigado por legislação específica.

Esses acordos são frutos dos meios de composição de litígios previstos na legislação em vigor e em especial na arbitragem, que passou a contribuir com cláusulas especiais nos contratos com a administração.

A timidez institucional em frente a nova realidade porém foi vencida com a repercussão da jurisprudência e a necessidade dos governos de atender a crescente demanda por serviços públicos voltados para a implantação de infraestrutura de alavancagem da economia e melhoria da qualidade de vida dos tutelados constitucionais.

Para uma perfeita compreensão do novo perfil administrativo público alguns conceitos e constatações são necessários. Procurar-se-á demonstrar que a arbitragem já estava consolidada no nosso ordenamento jurídico desde o império, tanto na iniciativa privada quanto no setor público. Assim, também, é necessária uma abordagem do conceito de arbitralidade. As afirmações têm como suporte a história, a doutrina e a jurisprudência nacional.

Merecerá destaque o instrumento mais utilizado na atualidade: as Parcerias Público-Privadas, bem como o ambiente que estimulou a sua construção e aplicação pelos diversos entes federativos, acrescentando, inclusive, alguns comentários considerados pertinentes quanto à legislação que lhe dá suporte. A descrição dos resultados dá ênfase à sua utilidade social.

Por fim apresenta-se a pretensão de "universalização" do instituto, ou seja, a sua adoção por todas

as unidades federativas, aparentemente, uma solução de cunho social amplo e justo, em face do destinatário de suas ações: o povo.

## 1 ARBITRAGEM – CONCEITO

Buscando homenagear um dos artífices da moderna e pioneira Lei nº 9.307/96 ou Lei Brasileira de Arbitragem - LBA, o conceito adotado para Arbitragem no presente texto é aquele que assevera o seguinte:

> A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes em uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.[4]

As controvérsias podem ser dirimidas mediante um processo arbitral, cuja decisão de mérito, sustentada por um laudo ou sentença arbitral, de acordo com o art. 31 da LBA, possui os mesmos efeitos de uma sentença judicial,

4 CARMONA**,** Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo*: Um Comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p.31.

constituindo-se em título executivo de coisa julgada entre as partes. Tanto na sentença quanto no laudo judicial há similitude na estrutura processual que as antecede. Isso pode ser constatado pela observância dos seguintes fatores:

> Assim, tanto o laudo como a sentença, para chegar a constituir-se como tais, requerem de um prévio processo que, em ambas as instituições, responde basicamente a um mesmo modelo. De fato, tanto o processo arbitral como o judicial são instrumentos para a solução pacífica de conflitos intersubjetivos de interesses; tanto num como noutro processo tem primazia o interesse público sobre o privado; ambos são métodos heterocompositivos onde a decisão do conflito se obtém mediante uma decisão imposta não pelas partes – senão por um terceiro (o juiz ou o árbitro); em ambos existe um procedimento que deve respeitar o princípio de igualdade das partes, o direito de audiência e contradição e o direito a defesa como elementos do devido processo (legal); em um e outro a resolução da controvérsia se produz através de uma declaração de certeza, positiva ou negativa, que contém um mandato que vincula as partes e que deve cumprir-se obrigatoriamente; em ambos os processos há um momento cognitivo e um momento resolutivo ou decisório; ambos estão regulados em seus respectivos trâmites por uma lei processual cujas disposições são de ordem pública, ainda quando no caso da arbitragem o procedimento tem características *sui generis*, mas procedimento definitivo.[5]

5 VERDUGA, Ernesto Salcedo. *Las Medidas Cautelares em El arbitraje*. Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia. Tomo 3. Revista Jurídica da Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Politicas. Universidade Católica de Santiago de Guayaquil, p. 4. Acesso em: 20 de fevereiro de 2010. (tradução livre). Disponível em: <http://www.revistajuridicaonline.com>.

O mundo dos negócios nacionais e internacionais destaca a arbitragem como uma forma alternativa à jurisdição nacional, capaz de resolver satisfatoriamente os litígios entre os atores contratantes, submetidos a controvérsias que exijam a produção de resultados céleres e práticos, expressos por meio de decisões e ordens.

A celeridade, a confidencialidade, a relativa economia em relação a custos processuais ordinários e a especialização dos árbitros, aliada à autonomia da vontade das partes, conferem-lhe vantagem sobre a pesada e complexa estrutura judicial das instâncias formais dos poderes judiciários nacionais. Estas vantagens são facilmente observáveis quando as partes cumprem a decisão dos árbitros, o que no mais das vezes ocorre, haja vista a própria natureza da instituição arbitral.

A arbitragem, pois, tem se revelado como um expediente mais do que razoável para solução de controvérsias advindas do cumprimento de contratos comerciais e um dos principais instrumentos alternativos à justiça estatal em face das características que a tornam meio mais atraente e seguro.

## 1.1 EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM BRASILEIRA

Cabe o registro, em relação não exaurível, de apontamentos considerados pertinentes para a compreensão dos esforços empreendidos pela comunidade especialista no sentido de restaurar a prática de arbitragem num patamar de responsabilidade e credibilidade.

O tema foi tratado na Constituição do Império de 1924, que inseriu norma permissiva às partes para que

nomeassem juízes-árbitros para solucionar litígios cíveis, e, se pactuado, das decisões não caberia recurso. Somente com a Constituição Federal de 1934, o tema foi restaurado no diploma magno. Já a Constituição Federal de 1988 abordou o instituto da arbitragem no art. 4º, § 9º, VII e art. 114, § 1º.[6]

A prática da arbitragem em solo brasileiro remonta ao ano de 1850, através dos Decretos Imperiais nº 737 (arts. 411 a 475) e nº 738 (arts. 189 a 205). Determinavam "a ordem do juízo no processo comercial" e "o Regulamento para os Tribunais de Comercio, e para o processo de quebras", respectivamente. Estabeleciam que o Juízo Arbitral poderia ser voluntário (instituído por compromisso das partes) ou necessário, conforme o disposto do Código Comercial.[7]

O Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 mantiveram vivo o instituto da arbitragem voluntária, sendo que o CPC estabeleceu a intervenção obrigatória do Poder Judiciário nas decisões de natureza arbitral até a edição da Lei de Arbitragem Brasileira de 1996.

A Lei nº 9.307/96, Lei de Arbitragem Brasileira, destinada regular a atividade da arbitragem nacional veio a lume num ambiente hostil e cercado de desconfiança, inclusive quanto a sua constitucionalidade e legalidade. Tem como ponto focal o seu art. 1º que estabelece que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

---

6 DELGADO, José Augusto. *Arbitragem no Brasil* – Evolução histórica e conceitual in *Arbitragem no Brasil:* aspectos jurídicos relevantes. Coord. JOBIM, Eduardo e MACHADO, Rafael Bicca. São Paulo: Quartier Latin, 2.008, p. 229,230.

7 Coleção das Leis do Império do Brasil, Tomo 13, Parte 2ª, Seção 529,1850. Acesso em 06 de setembro de 2013. Disponível em: <http://arisp.files.wordpress.com/2008/04/decreto-737-de-1850.pdf>.

A Lei nº 10.233/2001 dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre e estipulou em seus arts. 35 XVI e 39, XI, aquilo concernente às regras de concessões e permissões.

A Lei nº 10.848/2004, no campo dos contratos de fornecimento de energia elétrica, admitiu a inserção de cláusula compromissória ou a previsão de compromisso arbitral características da arbitragem nos contratos na solução de litígios em que são partes o Estado, sociedades de economia mista, empresas públicas e o setor privado.

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Parcerias Público-Privadas - PPP), no seu art. 11, III, instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Há previsão do emprego da arbitragem em língua portuguesa para dirimir litígios oriundos do contrato.

A Lei nº 11.196/05 acrescentou o art. 23-A à Lei nº 8.987/95 (concessões públicas). Esse dispositivo esclarece que é possível a previsão de mecanismos privados de solução de controvérsias advindas do próprio contrato, como, por exemplo, a arbitragem. Designa que o local da arbitragem seja o Brasil e que o idioma seja o Português, nos moldes do previsto na Lei nº 9.307/96 - LAB.

Se no setor privado a arbitragem está sendo considerada como um método alternativo de resolução de disputas confiável e efetivo, no setor público as dúvidas envolvem as possíveis partes e parceiros.

## 2 ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em que pese à exacerbada cautela por parte dos agentes públicos a arbitragem tem sido tem sido permitida a sua inscrição no corpo dos contratos com o Estado.

É comum o questionamento a seguir:

> **CONSULEX –** É *possível a arbitragem no âmbito do direito público, segundo o nosso Direito?*
> **RODRIGUES DO AMARAL –** Sim, desde que se trate de direitos disponíveis. No fundo, esta é a pedra de toque da arbitragem relativamente aos contratos regidos pelo direito público. Vale destacar que mesmo os Estados soberanos, que detêm personalidade jurídica de direito público internacional, podem valer-se da arbitragem, como se dá, por exemplo, no caso do Mercosul, com o Protocolo de Olivos.[8]

A doutrina, a jurisprudência e os legisladores se associaram, informalmente, para discutir alguns aspectos que poderiam tornar inviável a arbitragem na administração pública. Esses óbices foram identificados e combatidos com fundamento, entre outros, nos princípios constitucionais expressos e não-expressos da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, respectivamente, postulados fundamentais administrativistas.

8 AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; VIGIANNO, Letícia M. F. do Amaral. *A Lei de Arbitragem nos Tribunais: A interpretação judicial da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Lex Editora S.A., 2008, p. 47.

Ora, o princípio da legalidade clama pela inscrição de uma autorização legal exclusiva a fim de viabilizar o pacto compromissório das partes público-privado, uma vez que a administração pública está regida por esse princípio, conforme dispõe o art. 37 da Constituição Federal.

A propósito:

> Impende verificar a dimensão do 'princípio da legalidade' e como se deverá portar o administrador se não encontrar lei expressa a servir de embasamento e de suporte ao ato a praticar.
> Nota-se, ainda, que o princípio da legalidade surge como conquista do Estado de Direito, a fim de que os administrados não sejam obrigados a se submeter ao abuso de poder. Por isso, 'ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.
> Todavia, o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre que encontrar arrimo expresso em norma específica que dispusesse exatamente para aquele caso concreto.[9]

Assim, inexiste violação a esse princípio em face da autorização implícita que lhe outorgam o art. 1º da Lei de Arbitragem Brasileira – LAB, o art. 23, XV, da Lei nº 8.987/95 e o art. 54 da Lei nº 8.666/93. Alie-se a esses argumentos, a constatação de que a Lei nº 11.079 de 2006 (PPP), art.11, inciso III, esclarece de maneira explícita que há previsão do

9 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 39.

emprego da arbitragem em língua portuguesa para dirimir litígios oriundos do contrato com a Administração Pública.

Partindo-se da premissa que a Lei nº 9.307/96 – LAB é o fundamento da arbitragem no nosso país, é nela que podem ser encontradas as principais respostas quanto a possibilidade de órgãos públicos recorrerem à arbitragem quando contratar com a iniciativa privada,bem como sobre o objeto dessa contratação. Isso é possível através da compreensão do conceito de arbitrabilidade e suas expressões, que emana de seu texto, especialmente vinculadas ao principio da indisponibilidade do interesse público, que neste artigo será tratado no item a seguir.

## 2.1 ARBITRABILIDADE. CONCEITO

O primeiro passo para configurar os limites da aplicação da arbitragem é o entendimento do conceito caudatário, mas não menos importante, de arbitralidade.

Conforme a doutrina:

> En una primera aproximación puede afirmarse que la arbitrabilidad hace referencia a la legalidad de un acuerdo de arbitraje, esto es, para que dicho acuerdo despliegue sus efectos no basta que se produzca el consentimiento válido de las partes sino que su objeto debe ser suscetible de ser resuelto mediante arbitraje, o al proceso mismo.[10]

10 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Tratado Del Arbitraje Comercial*

Outro conceito admitido é o que entende que "a arbitrabilidade é a capacidade da se instaurar o processo arbitral num caso concreto, levando-se em conta a capacidade das partes e a natureza do objeto a ser arbitrado sob a luz da ordem pública internacional".[11]

À luz do art. 1º da LAB repousam os conceitos de arbitrabilidade subjetiva (pessoas capazes de contratar) e arbitrabilidade objetiva (direitos patrimoniais disponíveis). A primeira trata sobre quem pode integrar a relação de partes aptas a serem sujeitos de obrigações e direitos no procedimento arbitral, ou seja, busca identificar a qualidade das partes que disponham de capacidade negocial. A segunda busca identificar os tipos de matérias e questões, a natureza do objeto passível de submissão à arbitragem.

No presente estudo, no âmbito do Direito Administrativo Público, de maneira sintética, a tarefa é então identificar os órgãos da Administração capazes de contratar e serem parte numa pactuação de arbitragem e se o patrimônio público pode ser considerado como direito disponível.

A expressão "pessoas capazes de contratar" faz referência "a todas as pessoas capazes na acepção civil, pessoas no gozo de seus direitos e obrigações, sejam físicas ou jurídicas, de Direito Privado ou Público".[12] Isto é, são capazes de integrarem uma relação arbitral como parte, as pessoas jurídicas de Direito Público (União, Estados, Municípios,

---

*em América Latina*. Madrid: Iustel, 2008, p. 282.

11 LEAL, Marcello Fernandes. *A Ordem Pública na Arbitrabilidade e na Homologação da Sentença Arbitral Estrangeira.* Disponível em: <http://www.artigonal.com/direito-artigos/a-ordem-publica-na-arbitrabilidade-e-na-homologacao-da-sentenca-arbitral-estrangeira-1026141.html>. Acesso em: 02 set. 2013.

12 LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.116.

Territórios e Autarquias) ou de Direito Privado (sociedade de economia mista e empresa pública), ou seja, as entidades denominadas diretas e indiretas.[13]

Reforçando, esse também é o entendimento jurisprudencial quando esclarece que "não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público."[14]

O princípio da indisponibilidade do interesse público colide frontalmente com o disposto no art. 1º da Lei nº 9.307/96 que destaca o objeto da arbitragem: direitos patrimoniais disponíveis.

Em relação aos "direitos patrimoniais disponíveis" que interessam à presente abordagem, "são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto"[15]

São considerados, por exemplo, mercê de uma visão prática, direitos patrimoniais disponíveis aqueles referentes as obras "de engenharia e construção, de prestação de serviços, contratos sociais, de importação, de compra e venda, de transferência de tecnologia, de parcerias público-privadas e direitos que envolvam a administração pública indireta". [16]

---

13 Ibidem, p. 117.

14 Cf. Ministro Luiz Fux em citação no voto do MS 11308 / DF, Mandado de Segurança 2005/0212763-0.

15 CARMONA, op. cit. p.38.

16 FACULDADE NOVOS HORIZONTES. Disponível em : <http://www.unihorizontes.br/comunidade_arbitragem.php?field=arbitragem> Acessado em 04 setembro 2013.

A jurisprudência, porém, alerta que "deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada".[17]

Uma observação pertinente extraída da jurisprudência em relação aos direitos disponíveis é justamente a que distingue o interesse público do interesse da administração:

> 10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.
> 11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.[18]

Cabe a seguinte indagação: Como os tribunais nacionais interpretam a legislação referente à arbitragem e sua prática nos diversos modelos permitidos por lei?

17 Cf. Ministro Luiz Fux em citação no voto do MS 11308 / DF, Mandado de Segurança 2005/0212763-0.
18 IBIDEM

## 3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO

A jurisprudência sobre uso da arbitragem na administração pública está atualmente pacificada em relação a determinados setores conforme a práxis da União e dos Estados.

Por representarem pontos notáveis para a compreensão da moderna abordagem negocial da administração pública e que refletem a adoção de novos paradigmas foram escolhidas algumas decisões dos principais tribunais do país: TCU, STJ e STF.

a) No TCU o caso paradigma da rejeição ao uso da arbitragem pela administração pública é aquele que encerra a Decisão 286/93 - Plenário - Ata 29/93 no Processo nº TC 008.217/93-9, em 15/07/1993, da relatoria do Ministro Homero Santos.[19]

Tratou-se de consulta do Ministro de Minas e Energia a respeito da adoção de juízo arbitral com o propósito de resolver pendências vinculadas aos valores constantes dos contratos celebrados entre a CHESF e seus fornecedores de materiais e mão-de-obra. Por envolver questões de ordem jurídica e não essencialmente administrativas que repercutiriam na prestação do serviço da CHESF, que é por sua natureza essencial, justificou-se a manifestação do Tribunal de Contas da União. A questão posta foi se era possível recorrer-se a juízo arbitral em contrato administrativo de execução de obra publicam no caso a Hidrelétrica de Xingó.

19Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19940307%5CGERADO_TC-17446.pdf>, Acessada em 06 setembro 2013

O TCU em sua análise asseverou, justificando o argumento, que o emprego desse método de solução de disputas violaria os princípios públicos da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; o da indisponibilidade do interesse público pela Administração; o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; o do controle administrativo ou tutela; o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem.

A decisão informou sobre a inadmissibilidade do juízo arbitral em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público, em especial dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora.

A aludida decisão foi coerente e justa no contexto temporal em que a Lei de Arbitragem Brasileira ainda não havia sido aprovada.

O TCU manteve esse entendimento mesmo após a promulgação da Lei nº 11.079, de 30/07/2004, das Parcerias Público-Privadas – PPP. A mudança de paradigma somente ocorreu em 2007 através da decisão no Acórdão 1330/2007 no Processo TC 011.988/2007-4. Com o advento da lei das PPP o tribunal, zeloso no cumprimento do seu dever, diligenciou no sentido de criar um mecanismo capaz de realizar controle prévio eficaz e um acompanhamento estruturado da utilização daquela ferramenta administrativa. Foi aprovado, então, a Instrução Normativa TCU nº 52, de 04 de julho de 2007, anexo I do Acórdão nº 1330/2007, que dispõe sobre o controle e fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP),

a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. Essa Instrução Normativa dispõe no seu art. 10, inc. III o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. Desde 2007 o TCU vem admitindo a arbitragem na administração pública.

b) No STJ, a primeira das decisões significativas escolhidas consta do REsp Nº 612.439 - RS (2003/0212460-3), de 29/07/2006, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha.

Trata-se da ação ordinária ajuizada pela Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, uma economia mista do Rio Grande do Sul em face da sociedade AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda, sob a alegação de descumprimento injustificado de contrato acordado para a aquisição de potência e energia elétrica. Refere-se, pois, a natureza comercial do objeto da divergência arbitral. No processo licitatório internacional na modalidade concorrência internacional havia cláusula compromissória para solução de possíveis litígios através de juízo arbitral. Segue abaixo a ementa e trecho pertinente do voto em destaque:

> **EMENTA**
> PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.
> EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.
2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.
3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.
4. Recurso especial parcialmente provido.

(…)

Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".
(...)

Em síntese a decisão confirma que a existência de cláusula compromissória em contrato versando sobre direitos disponíveis compele o feito a submeter-se obrigatoriamente a uma decisão extrajudicial. Submetida a juízo comum dá causa a extinção do processo sem julgamento do mérito. Caso o objeto contratual envolva serviços públicos que possam gerar lucro e renda pode haver transação e, consequentemente, submissão à arbitragem.

c) A outra decisão no STJ faz referência ao MS Nº 11.308 - DF (2005/0212763-0), publicado no DJE 19/05/2008, da relatoria do Ministro Luiz Fux.

O instrumento é manejado pela empresa TMC – Terminal Multimodal de Coroa Grande – SPE – S/A, contra ato praticado pelo Ministro da Ciência e Tecnologia, que referendou rescisão contratual unilateral com a NUCLEBRAS Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP. O objeto do contrato era a administração, exploração e operação de terminal portuário de uso privativo e área retroportuária. Segue abaixo a ementa e trecho pertinente do voto em destaque:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.
>
> (...)
> 6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in litteris: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal,

pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos. **Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público.** (in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ,Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

**7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.**

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

**9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público".** Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

**10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.**

**11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.**

(...)

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: (...) **Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil,**

**para a defesa do interesse público** . Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. **O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça**." (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Atlhos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

**14.A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei nº 8.987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais**". (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - "Caso Lage". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999.)

15. A aplicação da Lei nº 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC à matéria sub judice, afasta a jurisdição estatal, *in casu* em

> obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988).
> (...) (não grifado no original)

As partes grifadas acima tem a intenção de destacar o aspecto didático da ementa que trata da pertinência da arbitragem na administração pública, sobre os direitos que podem ser a ela submetidos, sobre a equivocada posição do Estado ao alegar "interesse público" para escapar dos efeitos do descumprimento do contrato, que apenas o interesse público é indisponível, e não o da administração ou o da Fazenda Pública, que com a opção pela arbitragem não há transigência do interesse público e que quando o litígio envolve direitos disponíveis, a legislação existente ampara os efeitos da aplicação da arbitragem.

d) No STF, o caso paradigma e pioneiro quanto ao uso da arbitragem pela administração pública é o conhecido "Caso Lage" e que encerra a Decisão no AI 52181/GB – GUANABARA, Tribunal Pleno, julgamento em 14/11/1973, pulicado no DJ 15/02/1974, da relatoria do Ministro Bilac Pinto.

Contém o embate entre o espólio de Henrique Lage e Renaud Lage contra a União Federal em 1955, com a finalidade de receber indenização fixada em juízo arbitral. A motivação foi a incorporação ao "patrimônio nacional dos bens e direitos das empresas da chamada Organização Lage e do espólio de Henrique Lage". A decisão da Corte Suprema é o desdobramento potencializado da análise na instância inferior, o TRF, pelo Ministro Godoy Ilha, que entre outros pontos manifestou-se sobre três pontos nevrálgicos à época: informou que o juízo arbitral sempre foi admitido, inclusive

nas causas contra a Fazenda; acatou como regular o pacto de compromisso consensual e a esfera arbitral não se constitui foro privilegiado, e que a cláusula de irrecorribilidade combatida era perfeitamente legítima e compatível com o ordenamento jurídico, em especial com a Constituição Federal.

AGTE. : UNIÃO FEDERAL
AGDOS. : ESPÓLIO DE RENAUD LAGE E OUTROS
ADV. : DÁRIO DE ALMEIDA MAGALÃES
AGDOS. : HENRY POTTER LAGE E ESPÓLIO DE FREDERICO LAGE
ADV. : JEFFERSON DE AGUIAR
AGDOS. : ESPÓLIO DE HENRIQUE LAGE
ADV. : CARLOS ALBERTO DUNSHEE DE ABRANCHES
**Ementa** INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSAGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL, QUE NÃO OFENDE A NORMA CONSTITUCIONAL. 3. JUROS DE MORA CONCEDIDOS, PELO ACÓRDÃO AGRAVADO, NA FORMA DA LEI, OU SEJA, A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO. RAZOAVEL INTERPRETAÇÃO DA SITUAÇÃO DOS

> AUTOS E DA LEI N. 4.414, DE 1964. 4. CORREÇÃO MONETÁRIA CONCEDIDA, PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI N. 4.686, DE 21.6.65. DECISÃO CORRETA. 5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO. (não grifado no original)

Essa decisão prestigiou o âmbito da composição de conflitos emprestando ares de modernidade à cartesiana interpretação das leis nos tribunais pátrios e fortaleceu as intenções de aplicabilidade da arbitragem na esfera administrativa pública.

Portanto, não há dúvida quanto a aplicabilidade e a pertinência da arbitragem nas soluções e composições de litígios oriundos dos contratos acordados entre a administração pública e a iniciativa privada. A prática revela que essa pode ser uma via eficaz, confiável e célere, colimados os interesses públicos, privados e os benefícios para a sociedade, que não podem ser postergados pela escolha da via tradicional: a justiça comum, pródiga no exacerbado tecnicismo recursal – tempo é dinheiro.

## 4 DAS CONDIÇÕES PRÉ-REQUISITOS DA APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os argumentos podem ser comprovados não só pela insatisfação das partes num litígio, mas também a partir de dados técnicos tabulados.

Em outubro de 2012 o Conselho Nacional de Justiça divulgou a pesquisa contendo a pesquisa 100 Maiores Litigantes – 2012 da Justiça. Nele consta o dado de que 39,26 % dos processos novos protocolados no Primeiro Grau e nos Juizados Especiais são originários dos setores públicos da esfera federal e dos estados. O Conselheiro José Guilherme Vasi Werner manifestou-se em reconhecimento à utilidade da pesquisa que permitirá que o Poder Judiciário ao identificar esses setores construa políticas visando uma depuração na eleição das ações a serem submetidas à Justiça.[20]

Poder-se-á questionar a razão de o setor público ocupar lugar de destaque nessa pesquisa cuja leitura pode ter um viés negativo? As críticas recaem sobre a advocacia pública acusada de esmerar-se no objetivo de procrastinar os feitos operando com prodigalidade as ações e recursos, na maioria das vezes desnecessários e divorciados do interesse público.[21]

A vertente dominante nesses setores é aquela que propugna pela manutenção da prática desatualizada que insiste em desprezar as soluções essencialmente administrativas e as que possam proporcionar soluções alternativas para os litígios.

Atualmente algumas iniciativas legais no sentido de ampliar as perspectivas menos densas no encaminhamento e na busca de resolução podem ser observadas no sentido de se buscar soluções fora do campo da ortodoxia. A administração pública, contudo, tem colaborado propondo medidas destinadas a racionalizar o processo de solução de demandas entre as unidades federativas.

---

20 Portal CNJ – Órgãos federais e estaduais lideram 100 maiores litigantes da Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/21877-orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica>, Acessada em: 29 agosto 2013.

21 Cf. Jornal Carta Forense, quinta-feira, 2 de junho de 2011. Mediação, Conciliação e Arbitragem na Administração Pública.

Há aproximadamente seis anos existe a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, órgão de direção superior integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União.[22]

Além de reduzir a quantidade de demandas administrativas e judiciais em que são partes os órgãos integrantes dos entes federativos, busca racionalizar a judicialização de novas demandas, a par da autonomia que detém para encerrar processos já em tramitação na esfera judicial. Essa iniciativa encontrou respaldo mercê da legislação vigente, no Poder Judiciário, que vem reorientando a condução da solução de controvérsias para o âmbito da competência da CCAF.

Com respaldo na legislação vigente, o conceito e a práxis evoluiu atingindo o nível das relações da administração pública e inciativa privada, gerando uma nova interface entre as instituições que representam esses entes. Os acordos administrativos entre as partes e a reciprocidade de concessões na contratação dos negócios envolvendo o público e o privado está a marcar um novo tempo a estreitar os laços de confiança visando o bem público.[23]

---

22 "A CCAF foi criada com a intenção de prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolviam a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, mas, posteriormente, o seu objeto foi ampliado e hoje, com sucesso, resolve controvérsias entre entes da Administração Pública Federal e entre estes e a Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios." Cartilha da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. 3ª Ed, 2012.

23 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. DES – Direito de Estado, Linha de Pesquisa nº 4 - **Mecanismos negociais de resolução de conflitos aplicáveis aos contratos públicos,** USP. Disponível em: http://www.direito.usp.br/docentes/estado/des_docentes_gustavo_justino_linhas_01.php. Acesso em: 03 set. 2013.

Na esfera estadual ocorreu, da mesma forma um avanço significativo nessas relações, motivado por uma legislação moderna, e pela jurisprudência dos tribunais.

Diversos estados e municípios estimulados pelas exigências o mercado e das pressões políticas relacionadas com o bem estar de suas populações resolveram repensar a potencialização de suas ações sociais buscando uma forma legal de gestão administrativa na área de investimentos.

> A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal atualmente, além de exercerem as suas funções características constitucionais, em face dos desafios provocados pela necessidade de investimento em projetos que extrapolam sua capacidade orçamentária, vêem-se compelidos a estabelecer parcerias com a iniciativa privada.[24]

Um setor de infraestrutura saudável é premissa para alavancar o desenvolvimento comercial e industrial, que pode propiciar o aumento da oferta de empregos e renda que se espera como resultado de atividades econômicas nas diversas comunidades.

A concessão de serviços públicos[25] é ainda uma das

24 PINTO, José Emílio Nunes. A Arbitrabilidade de Controvérsias nos Contratos com o Estado e Empresas Estatais. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre: Síntese, ano I, nº 1, jan-mar 2004, p. 10,11.

25 Não é objeto deste estudo tratar pormenorizadamente das concessões de serviço público previstas na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da CF e na Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

janelas que permite ao setor privado a prestação de serviços públicos essenciais e a exploração de recursos de propriedade do Estado. A sociedade entre o setor privado e o setor público vem propiciando a formulação de políticas e projetos de desenvolvimento em áreas da administração em que a dotação orçamentária é insuficiente para atender o montante das despesas planejadas. Para tanto as parcerias mais recentes são as denominadas parcerias público-privadas de que trata a Lei nº 11.079/2004 – PPP.[26]

## 4.1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Ampliando a dimensão operacional exigida pela necessidade de otimização do emprego dos recursos públicos o Estado gerou novo suporte legal: as Parcerias Público-Privadas.

A concepção original das PPP foi elaborada por técnicos da área econômica do Reino Unido, em 1992. Teve como objetivo de potencializar os investimentos do governo a partir de um acordo com a iniciativa privada que pudesse resultar numa ampliação da oferta dos serviços públicos com custos compatíveis com a parcimônia do orçamento público.

A experiência foi replicada por diversos países, entre eles a Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Hungria, Chile, Holanda, Portugal, Espanha, Japão, Austrália, África do Sul, Eslovênia, República Tcheca e Polônia.[27] Em tese, e

26 IBIDEM.

27 PASIN, J. A. B.; BORGES, L. F. X. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 173-181, 2003.

grosso modo, as PPP se destinam a viabilizar "projetos que, se implementados e operados única e exclusivamente pela iniciativa privada, certamente não obterão o retorno desejado e se dependessem apenas do Estado, poderiam nunca sair do papel".[28]

No Brasil, a Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 dispôs sobre as Parcerias Público-Privadas - PPP, instituindo normas gerais para a licitação e contrato de PPP no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Seu campo de aplicação abrange os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O seu art. 2º conceitua a PPP como sendo o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Na modalidade concessão patrocinada está vinculada à concessão de serviços públicos ou de obras públicas, quando envolver, adicionalmente, à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e na modalidade administrativa envolve o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. A lei esclarece que a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas que não envolva contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, não caracteriza uma parceria público-privada. Há,

28 BATISTA, L. G., ABDALLA, M. M., CALVOSA, M. V. D. *Parcerias Público-Privadas*:instrumento de gestão pública num somatório de esforços para vencer à 'burocracia' In: VI SEGET - Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia, Resende, 2009.

também, a exigência de que não pode ser celebrada uma parceria público-privada caso o valor do contrato não atinja o valor de R$ 20 milhões de reais.

Buscando garantir a credibilidade do instrumento bem como a segurança jurídico-administrativa de ambos os parceiros, tanto o poder executivo e os órgãos de controles legislativos agiram com o necessário rigor técnico.

No contrato de Parceria Público-Privada devem constar, obrigatoriamente, algumas cláusulas a serem observadas pela administração pública. Por exemplo: as sanções que devem ser aplicadas ao parceiro público e ao parceiro privado, na ocorrência de inadimplência, que deve ser proporcional à gravidade cometida; os critérios a serem adotados na avaliação do desempenho do parceiro privado; as formas de pagamento, bem como a atualização dos preços do contrato e ainda o parceiro privado deve apresentar garantias de execução o bastante para a demonstração de sua capacidade realizar o serviço ou a obra.[29]

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, estabeleceu uma espécie de *check list* destinado a realizar controle prévio eficaz e um acompanhamento estruturado das PPP, por aquele órgão através da Instrução Normativa TCU nº 52, de 04 de julho de 2007, que dispõe sobre o controle e fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP).

A estrutura a ser fiscalizada obedecerá aos eixos conceituais da Lei das PPP, conforme a seguir[30]:

29 Cf. Portal Brasil. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/sobre/economia/setores-da-economia/parceria-publico-privada-ppp>, Acessada em: 30 agosto 2013.

30 Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19940307%5CGERADO_TC-17446.pdf>, Acessada

I - Parceria Público-Privada (PPP): o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa;
II - concessão patrocinada: a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado;
III - concessão administrativa: o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens;
IV – unidade responsável: a unidade técnico-executiva do Tribunal de Contas da União encarregada do acompanhamento dos processos de licitação e contratação das Parcerias Público-Privadas (PPP), assim como da execução dos contratos de parceria celebrados;
V – gestor do processo: órgão ou entidade do poder concedente responsável pela licitação e contratação das Parcerias Público-Privadas (PPP), bem como pela execução dos contratos de parceria celebrados;
VI – poder concedente: a União, por intermédio de órgãos da Administração Pública direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista ou demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, conforme o caso;
VII – Comitê Gestor de Parceria Público-Privada (CGP): órgão instituído nos termos do art. 14 da Lei nº 11.079/2004 ou em legislação superveniente;
VIII – Sociedade de Propósito Específico (SPE): entidade privada constituída nos

em 06 de setembro de 2013.

> termos do art. 9º da Lei nº 11.079/2004 ou em legislação superveniente;
> IX – Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP): fundo instituído nos termos dos arts. 16 a 21 da Lei nº 11.079/2004 ou em legislação superveniente.

Dessa forma, com os mecanismos existentes de acompanhamento dos contratos, a administração pública pratica gesto de estímulo ao incremento da participação de representantes da iniciativa privada na destinação racional dos recursos públicos e controle de seus gastos. O campo de aplicação das PPP se eleva ao patamar social das políticas públicas e pode representar um acordo do tipo ganha-ganha onde o cidadão comum é o verdadeiro recipiendário dos benefícios da parceria. Não é exagero, pois, o recurso de adjetivar as parcerias público-privadas voltadas primordialmente para as funções de Estado que clamam por ações em setores em que o universo de beneficiados abrange a maior parte da sociedade.

### 4.1.1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADA SOCIAIS

É sabido, pela recorrência, mas convém reafirmar, que um dos mais importantes conflitos das gestões públicas é aquele gerado especialmente pela dicotomia entre política fiscal versus a eficiência dos gastos públicos (em especial nos recursos públicos investidos nos serviços públicos). De uma maneira geral, as tentativas de solução para o problema passam, obrigatoriamente, por duas vertentes: “reproduzir no setor

público os incentivos utilizados no setor privado" e "contratar provedores privados para realizar serviços públicos". No nosso país, além de outras áreas, o interesse repousa na área da saúde, ao lado das experiências de São Paulo e Paraná na operação pela iniciativa privada de um estabelecimento penal. O campo de emprego é bastante amplo. Na área de saúde, por exemplo, recorrer-se as PPP representam um alento no cumprimento do dever da administração de garantir assistência à população. No caso de São Paulo, o hospital é construído e aparelhado pelo governo, enquanto a gestão e operação da unidade ficam comissionadas à empresa privada parceira, com empregados contratados conforme as regras trabalhistas da CLT. Os procedimentos de atendimento e sua gratuidade, tendo como público-alvo aquele do SUS, são algumas das garantias exigidas do parceiro privado.[31]

Ora, com a experiência acumulada, própria ou a partir da análise das parcerias efetuadas pelo governo federal, algumas unidades da federação resolveram inserir em sua práxis de gestão administrativa a aplicação da arbitragem, a de natureza comum, bem como a de natureza adjetiva, a insertas a partir de ação pioneira ou estimulada pela lei das PPP, conforme será visto a seguir.

31 CASTELAR, Armando. As PPPs sociais. *Correio Braziliense*, Brasília, 29 mai. 2013, p. Opinião 13.

## 5 ENTES FEDERATIVOS QUE DISPÕEM DE LEGISLAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A seguir serão abordados alguns aspectos comuns dos entes federativos que dispõem de uma legislação que trata da previsão da arbitragem como meio de solução de divergências contratuais na administração, quer tratando sobre as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos, quer sobre a arbitragem simples e as parcerias público-privadas. [32] As informações foram organizadas de modo prospectivo e sintético, buscando apresentar as características mais importantes e comuns, numa tentativa de relacioná-las em ordem decrescente de densidade e novidade.

32 O ESTADO DO ACRE/ Departamento Estadual de Pavimentação e Saneamento – DEPASA e o MUNICÍPIO DE RIO BRANCO/ Serviço de Água e Esgoto de Rio Branco – SAERB acordaram um Contrato de Programa que tem como suporte um Convênio de Cooperação entre o Estado do Acre e o Município de Rio Branco, em que pese ainda não disponham de legislação que trate da arbitragem ou das Parcerias Público-Privadas no âmbito de suas administrações. O aludido Contrato de Programa mercê da interveniência da AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO ACRE – AGEAC tem como objeto a prestação de serviços públicos de abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário. Em sua cláusula vigésima oitava estabelece que "os conflitos decorrentes da execução ou extinção do contrato, não solucionados amigavelmente, serão resolvidos por arbitragem, administrada pela Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas" e realizado segundo o Regulamento dessa Câmara. Possui cláusula dispondo ainda que o local da arbitragem será a cidade de Rio Branco. Esse passo pode ser considerado como uma sinalização de que o Estado prepara-se para manejar com habilidade as ferramentas do diálogo globalizado, inclusive e especialmente nas suas relações administrativas contratuais.

## 5.1 RIO DE JANEIRO

Na realidade, coube ao Estado do Rio de Janeiro a primazia de aprovar legislação que contemplou a arbitragem como uma alternativa aos meios tradicionais de solução de litígios antes da edição da Lei nº 9.307/96.

A Lei nº 1.481, de 21 de junho de 1989, dispôs sobre o regime das concessões de serviços e obras públicas, conforme o art. 5º, § 2º:

> Os contratos de concessão conterão regras para estabelecer mecanismos e critérios adequados de revisão de tarifas, que poderá ser feita por juízo arbitral, nos termos contratualmente previstos.

Com a edição da Lei de Arbitragem Brasileira, buscando adequar a prática consolidada aos ditames legais, o Estado aprovou a Lei nº 2.831, de 13 de novembro de 1997. Tratando da mesma matéria – regime de concessão de serviços e obras públicas e de permissão da prestação de serviços públicos, o diploma estadual também revogou a Lei nº 1.481, de 21 de junho de 1989.

Nesse diploma no inc. XV a tentativa ocorre ao estabelecer que é possível recorrer-se "ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais, observado o disposto no art. 4º, inciso II, da Lei nº 2.686, de 13 de fevereiro de 1997"[33]

33 Cf. Art. 4º - Compete á Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes: (...) II - dirimir, como instância

## 5.2 MINAS GERAIS

Serão abordados a situação do Estado de Minas Gerais e do Município de Belo Horizonte.

No âmbito estadual, a Lei nº 19.477/2011 (13 de janeiro), que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígios em que os entes da Administração Pública de Minas Gerais figurem como parte.

A aludida lei determina os procedimentos a serem respeitados pelo administrador público quando da inserção da Cláusula Compromissória em contratos administrativos e também quanto a sua atuação em procedimentos arbitrais.

Submete-se explicitamente aos princípios norteadores da Administração Pública previstos no art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Prevê que o juízo arbitral instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional e que somente será admitida a arbitragem de direito, instaurada mediante processo público (a arbitragem pode ser de direito ou de equidade). O árbitro não pode realizar uma arbitragem com juízo de equidade (equivalente aos princípios gerais de direito) em que uma das partes é a Administração Pública, pois viola o principio constitucional da estrita legalidade (CF art. 37, caput).

A arbitragem relativa aos contratos internacionais em que o Estado for parte atenderá às normas e aos tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico nacional.

---

administrativa definitiva, conflitos envolvendo o Poder Concedente ou Permitente, os concessionários ou permissionários de serviços públicos e os respectivos usuários.

Deve ser escolhida uma Câmara Arbitral e não se admite arbitragem "ad hoc".

Por exemplo, no acordo de comunhão de interesses entre o Estado de Minas Gerais e a Empresa Fiat S.P.A., da Itália, destinado à implantação de uma indústria metalúrgica naquele Estado, existe a previsão de cláusula compromissória com previsão de busca por mecanismos amigáveis de solução de controvérsias, e na falta da composição, a resolução por meio da arbitragem, com sede em Paris.

A propósito, a chamada Lei Mineira de Arbitragem tem merecido particular atenção dos operadores em arbitragem e tema para discussão em foros especializados no país.

Conforme especialista qualificado[34], entretanto, o seu texto vem sendo questionado quando extrapola os limites da legislação federal sobre arbitragem a respeito dos requisitos atinentes aos árbitros quanto à nacionalidade. Além disso, a obrigatoriedade de a cláusula compromissória ser cheia e a aplicação nos contratos internacionais das normas e aos tratados internacionais em vigor no Brasil, são pontos notáveis nas discussões sobre o diploma mineiro[35].

O Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas, destinado a disciplinar e promover a realização de parcerias dessa natureza no âmbito da Administração Pública Estadual foi instituído pela Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011, em conformidade com a legislação federal pertinente.

---

34 MARQUES, Ricardo Dalmaso. *A submissão de entes da administração pública à arbitragem.* Disponível em: <http://.www.pinheironeto.com.br/publicacao/3664>. Acesso em: 29 ago. 2013.

35 MARQUES, Ricardo Dalmaso. **A submissão de entes da administração pública à arbitragem.** Disponível em: <http://.www.pinheironeto.com.br/publicacao/3664>. Acessado em: 29 agosto 2013.

A hipótese de se recorrer à arbitragem para a solução de divergências contratuais está prevista no seu art. 13 e parágrafos.

Já no âmbito municipal, a cidade de Belo Horizonte adotou a Lei nº 9.038, de 14 de janeiro de 2005, que trata do Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas, onde estabelece em seu art. 9º e parágrafos que os instrumentos da parceria "poderão prever mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio da arbitragem".

No caso da escolha dessa modalidade os parceiros deverão submeter-se às regras de "órgão arbitral institucional ou entidade especializada" e estabelecer como foro de eleição a Capital do Estado em submissão à sentença arbitral no caso de necessidade de solução de controvérsias contratuais.

A organização e elaboração do Plano está a cargo do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGP. A quem cabe, também, "aprovar os editais, os contratos, seus aditamentos e suas prorrogações".

Minas Gerais, sem dúvida, pode ser considerada a unidade da federação que mais avançou, e com acentuada dose de ousadia, na inserção em ambiente cultural de vanguarda na área de arbitragem contratual. É o único Estado brasileiro detentor de legislação exclusiva sobre o instituto da arbitragem de aplicação ampla, além de estar aparelhado também com lei própria de PPP ao lado do parceiro Município de Belo Horizonte.

## 5.3 SÃO PAULO

O enfoque também engloba as administrações estadual e municipal da Capital.

Apesar de estarem dotados de legislação pertinente às parcerias público-privadas há bastante tempo o Estado e a Capital não dispõem de legislação que trate com exclusividade da arbitragem que não no contexto das PPP.

No âmbito estadual, por via da Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004, foi instituído o Programa de Parcerias Público-Privadas - PPP, na administração pública direta e indireta. Tem como finalidade estimular a participação de agentes do setor privado em parceria com poder público nas atividades direcionadas à implementação das políticas públicas com repercussão no bem-estar da sociedade.

Há previsão em seu art. 11 do uso da arbitragem como mecanismo amigável de solução de divergências contratuais, conforme a legislação nacional vigente.

O Município de São Paulo, por sua vez, disciplinou a matéria PPP, com a instituição do seu Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas e criando a Companhia São Paulo Parcerias – SPP, com a Lei nº 14.517, de 16 de outubro de 2007. O efeito prático do Programa pretende ser a regulação, a fiscalização a coordenação e a promoção do fomento das ações municipais resultado das parcerias.

Conforme o disposto no art. 9º, nos termos da legislação nacional, do uso de mecanismo alternativo de solução de controvérsia específico: a arbitragem, em caso de necessidade.

## 5.4 BAHIA

O programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia foi instituído pela Lei nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004. Sua amplitude abrange os "órgãos da administração direta, autarquias, fundações públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado." A finalidade do programa é similar à adotada e prescrita nas legislações dos Estados de São Paulo e Minas Gerais.

Cabe destaque o fato de seu art. 15 dispor que "compete à Procuradoria Geral do Estado, obrigatoriamente, emitir parecer prévio quanto aos editais e contratos". A PGE também integra o Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas da Bahia.

Com redação análoga às demais legislações sobre o instituto PPP, o seu art. 9º prevê a solução de divergências contratuais por meio da arbitragem como mecanismo amigável.

## 5.5 ESPÍRITO SANTO

PPP - Lei Complementar nº 492, de 10 de agosto de 2009. Não há previsão explícita, mas a arbitragem pode ser prevista nos termos do contrato, conforme o art. 1º *in fine* "observadas as normas federais previstas na Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 e demais normas aplicadas à espécie".

Outros Estados também possuem uma legislação peculiar sobre o tema, os Estados seguintes do **Amazonas -** Lei nº 3.363, de30 de dezembro de 2008. Arbitragem, art. 20, inc. II; **Ceará -** PPP - Lei nº 13.557, de 30 de dezembro de 2004. Arbitragem implícita, art. 20; **Distrito Federal-** PPP - Lei nº 3.792, de 02 de fevereiro de 2006 Arbitragem Art. 11, inciso II; **Goiás -** Lei nº 14.910, de 11 de agosto de 2004. Arbitragem, art. 15; **Paraíba** – PPP - Lei nº 8.684, de 07 de novembro de 2008. Arbitragem, art. 1º; **Pernambuco** – PPP – Lei nº 12.765, de 27 de janeiro de 2005. Arbitragem, art. 9º inciso III; **Piauí –** PPP - Lei nº 5.494, de 19 de setembro de 2005, Arbitragem, art. 9º; **Rio Grande do Norte –** PPP - Lei Complementar nº 307, de 11 de outubro de 2005. Arbitragem, art. 20; **Rio Grande do Sul –** PPP - Lei nº 12.234, de 13 de janeiro de 2005, instituiu o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Sul - PPP/RS, Arbitragem implícita, art. 5º, in fine; **Santa Catarina** - Lei nº 12.930, de 04 de fevereiro de 2004. Arbitragem implícita, art. 16 e **Sergipe** – PPP - Lei nº 6.299, de 19 de dezembro de 2007, instituiu o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas – PROPPPSE, art. 26, inc. III dispõe sobre a previsão do recurso a mecanismos alternativos de resolução de disputa, em especial a arbitragem.

## 5.6 UTILIDADE E BENEFÍCIOS DAS PPP

Outro questionamento pertinente poderá ser: Qual a utilidade e quais as vantagens práticas da arbitragem nas PPP e das PPP propriamente ditas?

A iniciativa privada pugna não só pela efetividade das decisões vinculadas às questões contratuais, mas também pela celeridade dessas decisões, o que é possível com a via arbitral, assim como a administração pública, que tem interesse no sucesso da parceria e na redução dos custos advindos da execução do contrato. É mister que os recursos públicos sejam positivamente potencializados e a função social atendida nos parâmetros estabelecidos pela demanda. As PPP representam um desenho administrativo possível que, no momento, vem suprir a escassez de recursos públicos e possibilitam a flexibilização de princípios que teimam em por em trilhos os caminhos inteligentes e legais para dar suporte às políticas públicas.

Por essa razão, além de ser pacífico o entendimento de que as unidades federadas tem autonomia para elaborar e aprovar as suas leis de Parceria Público-Privadas, as administrações federal, estadual e municipal brasileira estão de alguma forma envolvidas em parceria prática em diversos projetos, como por exemplo[36]:

• Construção do Complexo Datacenter do Banco do Brasil e Caixa em Brasília.

• Construção do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais.

36Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/sobre/economia/setores-da-economia/parceria-publico-privada-ppp>. Acessado em: 31 agosto 2013.

• Reforma no estádio do Mineirão, em Belo Horizonte.

• Fornecimento e manutenção de trens da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) de São Paulo.

• Construção do Hospital do Subúrbio (HS) em Salvador, já em funcionamento. É a primeira unidade hospitalar pública do Brasil viabilizada por uma Parceria Público-Privada.

Não fora suficiente o rol acima, o alcance social e da utilidade das parcerias pode ser bem aquilatado, da mesma forma, através da leitura da notícia abaixo:

> Uma parceria público-privada do governo de São Paulo e da Prefeitura da capital irá construir 20.221 unidades habitacionais na região central da cidade. O lançamento da licitação da PPP foi assinado na manhã desta quinta-feira (28) pelo governador Geraldo Alckmin (PSDB) e pelo prefeito Fernando Haddad (PT). A PPP já havia sido anunciada pelo prefeito nesta quarta (27) em entrevista exclusiva ao **G1**.
>
> Os imóveis serão construídos ao redor das linhas de trem, corredores de ônibus e grandes vias de São Paulo. As áreas escolhidas para desapropriação são locais abandonados ou mal utilizados, segundo o governo.
>
> A primeira PPP do país realizada na área habitacional contará com investimentos estaduais, municipais e federais, além da iniciativa privada. Os gastos previstos são de R$ 4,6 bilhões. Desse montante, R$ 2,6 bilhões serão investidos pela iniciativa privada, R$ 1,6 bilhão do governo estadual, R$ 404 milhões da Prefeitura e recursos do programa federal

> "Minha Casa, Minha Vida".
> A PPP é um contrato de prestação de serviços ou obras. As empresas são pagas diretamente pelo governo para realizar uma tarefa e podem ainda obter parte de seu retorno financeiro explorando o serviço.
>
> O público-alvo serão as pessoas que trabalham no Centro de São Paulo e tenham renda bruta mensal de até dez salários mínimos estaduais. O valor do salário mínimo no estado é de R$ 755. Das 20.221 unidades, cerca de 12 mil serão destinadas à população que ganhe até R$ 3.775 (cinco salários mínimos).[37]

A utilidade e benefícios são traduzidos pela gama de funções sociais atendidas de forma mais eficiente e consentânea com o objeto dos contratos e da disponibilidade financeira orçamentária.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo encontram-se repaginados os conceitos clássicos de arbitragem, a historicidade de sua evolução no nosso país e os fundamentos de arbitrabilidade, insertos no art. 1º da Lei nº 9.307/96 – LAB, com a finalidade de preparação para a ascensão ao patamar especializado da arbitragem na administração pública.

Os possíveis óbices à sua aplicação, aparentemente

37 Disponível em: < http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/02/ppp-ira-construir-20-mil-moradias-no-centro-de-sp.html>. Acessado em: 27 agosto 2013.

intransponíveis, em especial no que concerne aos princípios da legalidade e de interesse público características básicas da administração pública são ultrapassados com a doutrina e a jurisprudência apresentadas. O entendimento dos principais tribunais superiores oferece a segurança de que o instituto está consolidado na prática negocial brasileira, inclusive na que envolve parceiros públicos e privados.

Os motivos que ensejam a prática da arbitragem na administração pública emergem das pesquisas categorizadas do Conselho Nacional de Justiça e da verdade corrente de que o processo judicial pode desestimular e praticamente impedir a realização de acordos administrativos em o público e o privado, em face de sua morosidade.

A grave constatação de que o Estado é o maior alimentador da judicialização das questões administrativas de toda a ordem, congestionando os órgãos julgadores das diversas instâncias estimulou a criação de mecanismos supostamente capazes de desafogar o Judiciário.

O Poder Executivo Federal numa demonstração de vigilância e na tentativa de minimizar o problema criou a Câmara de Conciliação e Arbitragem com a intenção de prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolvam, de uma maneira geral, os diversos entes federativos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal.

Essa medida em que pese pertinente não é suficiente para apresentar resultados significativos na solução almejada.

Os entes federativos, por sua vez, se deparam com outras provocações que podem conduzir a uma via congestionada de ações.

A legislação que dá suporte às concessões dos serviços públicos e das parcerias públicos privadas foram

concebidas a partir de experiência internacional, com o propósito de compartilhar com a iniciativa privada as suas realizações práticas de natureza social originárias do estabelecimento das políticas públicas.

O instrumento de maior repercussão e emprego nos contratos com a administração é o contrato de parceria público-privada, que em face de sua importância exige procedimentos especiais de controle e fiscalização por parte do TCU.

O modelo, apesar de não ser uma panaceia, tem empolgado os administradores que experimentam aplicações em áreas sociais, adjetivando, de maneira não-técnica, de parcerias público-privadas sociais.

A expansão da arbitragem até alguns dos entes federativos, tais como estados e municípios, tem se revelado como um promissor agente de facilitação na realização de obras de infraestrutura, e eletivas de grande alcance social que demandem a necessidade de um acordo administrativo público-privado, conforme o permite a legislação vigente.

As ações listadas já realizadas nas diversas áreas que técnica e tradicionalmente são de atuação privativa do Estado Administrador, comprovam a utilidade e os benefícios das parcerias público-privadas, uma vez que são respeitados todos os princípios constitucionais que regem o tema.

Como a administração pública é regida pelas diversas normas jurídicas de um sistema já consolidado e erguido sobre bases doutrinárias e jurisprudenciais pouco questionadas, urge uma mudança de paradigmas dos gestores e legisladores no sentido de ampliar o uso da arbitragem e da arbitragem nas PPP.

Os Estados, Municípios e o Distrito Federal devem buscar discutir o assunto em foros privilegiados de natureza

técnica, e não de natureza política, a fim de investigar a utilidade e os benefícios da aplicação da arbitragem e das PPP em ações que visem a melhoria da qualidade de vida do cidadão. O orçamento pode ser acanhado, mas a criatividade e a vontade de servir ao povo, não. Eis aí uma excelente oportunidade de se atender aos tutelados anônimos, que esperam por saúde, segurança, entre outras necessidades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; VIGIANNO, Letícia M. F. do Amaral. A Lei de Arbitragem nos Tribunais: A interpretação judicial da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Lex Editora S.A., 2008.

BATISTA, L. G., ABDALLA, M. M., CALVOSA, M. V. D. Parcerias Público-Privadas: instrumento de gestão pública num somatório de esforços para vencer à 'burocracia' In: VI SEGET - Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia, Resende, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTELAR, Armando. As PPPs sociais. Correio Braziliense, Brasília, 29 mai. 2013, p. Opinião 13.

DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil – Evolução histórica e conceitual in Arbitragem no Brasil: aspectos

jurídicos relevantes. Coord. JOBIM, Eduardo e MACHADO, Rafael Bicca. São Paulo: Quartier Latin, 2.008, p. 229,230.

FACULDADE NOVOS HORIZONTES. Disponível em: <http://www.unihorizontes.br/comunidade_arbitragem.php?field=arbitragem>. Acesso em: 04 set. 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos.Tratado Del Arbitraje Comercial en América Latina. Madrid: Iustel, 2008.
FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 39.

LEAL, Marcello Fernandes. A Ordem Pública na Arbitrabilidade e na Homologação da Sentença Arbitral Estrangeira. Disponível em: <http://www.artigonal.com/direito-artigos/a-ordem-publica-na-arbitrabilidade-e-na-homologacao-da-sentenca-arbitral-estrangeira-1026141.html>. Acesso em: 02 set. 2013.

LEMES, Selma. Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.116.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. A submissão de entes da administração pública à arbitragem. Disponível em: <http://.www.pinheironeto.com.br/publicacao/3664>. Acesso em: 29 ago. 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. DES – Direito de Estado, Linha de Pesquisa nº 4 - Mecanismos negociais de resolução de conflitos aplicáveis aos contratos públicos, USP. Disponível em: http://www.direito.usp.br/docentes/estado/

des_docentes_gustavo_justino_linhas_01.php. Acesso em: 03 set. 2013.

PINTO, José Emílio Nunes. A Arbitrabilidade de Controvérsias nos Contratos com o Estado e Empresas Estatais. Revista Brasileira de Arbitragem. Porto Alegre: Síntese, ano I, nº 1, jan-mar 2004.

SALCEDO VERDUGA, Ernesto. Las Medidas Cautelares em El arbitraje. Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia. Tomo 3. Revista Jurídica da Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Politicas. Universidade Católica de Santiago de Guayaquil, p. 4. Disponível em: <http://www.revistajuridicaonline.com>. Acesso em: 20 fev. 2010. (tradução livre).

# 10

José Adriano da Silva Peixe

## Gerenciamento do Capital Intelectual das Organizações: Qual a Importância de se Valorizar o Capital Humano

# GERENCIAMENTO DO CAPITAL INTELECTUAL DAS ORGANIZAÇÕES: QUAL A IMPORTÂNCIA DE SE VALORIZAR O CAPITAL HUMANO

**José Adriano da Silva Peixe**[1]

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo discutir, com base no entendimento de renomados autores da área de recursos humanos, sobre determinados conceitos a respeito de como gerenciar adequadamente o capital intelectual das organizações, mostrando qual a real importância de se valorizar o capital humano. A partir dessa premissa, este artigo também visa identificar subsídios capazes de esclarecer o que consiste o capital intelectual, como este capital pode evoluir concomitantemente com a organização e qual os principais mecanismos que os gestores de pessoas podem utilizar no desenvolvimento de políticas de recursos humanos, tendo em vista que tal recurso é um ativo intangível capaz de disseminar e ampliar o conhecimento entre os indivíduos. Obteve-se como resultado, nesta pesquisa bibliográfica, um estudo capaz de esclarecer que a valorização do capital intelectual é de fundamental importância para todos os gestores de recursos humanos colocarem em prática em seu dia a dia na organização, sendo importante fomentar desta maneira, políticas que garantam eficiência e eficácia na Gestão de Pessoas.

**Palavras chave**: gestão, pessoas, capital humano.

1 Gestor de Políticas Públicas. Especialista em Gestão de Pessoas pela Universidade Anhanguera da Rede LFG. adriano.agp22@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade oportunizar ao leitor um entendimento claro e direto sobre o conceito e a importância do Capital Humano das organizações, segundo a visão de diversos autores da área de recursos humanos.

O capital intelectual pertence à organização e, se bem gerenciado, garantirá bons frutos tanto à organização quanto aos seus membros.

Neste sentido, será enfatizado o quanto é importante fomentar investimentos efetivos nas políticas de valorização dos recursos humanos da organização ou empresa.

Outro ponto que será discutido é a importância da formação continuada para inserir os colaboradores em um contexto dinâmico que busque o crescimento da organização e também dos funcionários em geral.

Será, também, tratado sobre os principais mecanismos que os gestores de recursos humanos dispõem para fomentarem as políticas de recursos humanos, de modo que venham trabalhar o conhecimento dentro da organização e como este conhecimento pode ser disseminado no ambiente organizacional.

O objetivo pretendido com o artigo é realizar um estudo teórico mais aprofundado sobre a importância de se valorizar o capital intelectual pertencente às empresas e organizações, sejam elas governamentais ou não governamentais.

## 1 CONCEITUAÇÃO DE CAPITAL INTELECTUAL

Capital Intelectual é um ponto importantíssimo para o crescimento das organizações como um todo. Para tanto, deve-se fazer aqui algumas alusões sobre o conceito a respeito de tal assunto, sob a ótica de alguns autores da área.

Chiavenato (2006, p. 149) dá sua contribuição afirmando que:

> As pessoas constituem o capital humano da organização. Esse capital pode valer mais ou valer menos na medida em que contenha talentos e competências capazes de agregar valor à organização e torná-la mais ágil e competitiva. Portanto, esse capital vale mais na medida em que consiga influenciar as ações e os destinos da organização.

Destarte as pessoas compõem o capital humano de uma organização. Por isso, há tanta importância em investir neste capital, tendo em vista que é por meio deste que a organização poderá se tornar mais ágil e competitiva no ramo em que atua.

Já para Stewart (1998, p. 68), o capital humano se define da seguinte forma:

> O capital humano (pessoas) "é a capacidade necessária para que os indivíduos ofereçam soluções aos clientes", é a fonte da inovação e renovação. Entende-se como sendo todo o conhecimento presente nas pessoas e que são utilizados como vantagem competitiva nas organizações.

Com a crescente valorização do capital intelectual também cresce a importância da capacidade de reter talentos dentro das organizações governamentais e não-governamentais.

O talento pode ser entendido como um "mix" entre potencial e desempenho. Os potenciais dos recursos humanos têm sua relação íntima com a sua capacidade de aprendizado e com as competências. Já o desempenho tem relação com resultado, com o comprometimento em como o indivíduo consegue trazer ou produzir resultados para a organização.

## 2 TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO

Nos últimos tempos, as organizações passaram a conscientizar-se da importância da quebra de paradigmas, bem como da necessidade de refletir sobre seus modelos de Gestão de Pessoas, buscando se preparar para as mudanças do cotidiano organizacional.

Sobre a gestão do conhecimento, Gomide (2011, p. 07) assinala que:

> A evolução dos meios de produção fez com que o trabalho braçal fosse substituído pelas máquinas e o mental, de certa forma, passou a ser realizado pelos computadores; diante disso, o trabalhador assumiu um novo papel neste cenário, que foi o de contribuir com ideias, gerando ações inovadoras com o objetivo de maximizar o desenvolvimento organizacional. Estas demandas são consequência do aumento da comunicação entre os países, do desenvolvimento de novas tecnologias, e

> também das mudanças da base econômica, que deixaram de se apoiar apenas na produção agrícola e industrial, sendo também necessária a produção de informação, serviços e conhecimentos.

Como se percebe, o mundo do trabalho passou por inúmeras mudanças no que tange à gestão de pessoas. A produção exigiu profissionalização dos trabalhadores, visto que o trabalho que antes era manual passou a ser realizado pelas máquinas, isto é, pelos computadores. Essas mudanças aconteceram em decorrência de necessidades de comunicação entre os diversos segmentos da sociedade que deixaram de apoiar a economia apenas na produção agrícola e industrial, sendo também necessária a produção de informação e conhecimento.

## 3 A GESTÃO DO CONHECIMENTO NA ÁREA DE GESTÃO DE PESSOAS

Vale à pena diferenciar e discorrer um pouco sobre alguns conceitos importantes acerca do que está sendo discutido e analisado. Ainda sobre a Gestão do Conhecimento Gomide (2011, p. 08) enfatiza que:

> A priori o conhecimento é composto por três fatores diferenciados, que precisam ser elucidados: Dados - são conjunto de registros sobre eventos, passíveis de serem classificados, analisados e estudados para

> se chegar a conclusões; Informação – são dados organizados, ordenados e analisados de maneira lógica e expressiva visando fornecer base de compreensão e análise para tomada de decisão; Comunicação – é o processo de troca de informações pelos indivíduos, por meio de gestos, sinais, sons, imagens ou símbolos, denominados mensagens.

Entende-se, portanto que o conhecimento é feito por um tripé, sob a égide de três fatores imprescindíveis para a eficiência e eficácia do conhecimento, que são eles: Dados; Informação e Comunicação.

Continuando a discorrer sobre este assunto, Gomide (2011, p. 07) explica que:

> Na era da informação, o conhecimento é o novo motor da economia mundial, fazendo com que o capital humano passe a representar o maior ativo corporativo, a partir do seu conhecimento e know-how. As pessoas se constituem no principal diferencial competitivo, considerando que são elas que aprendem e podem abrir espaço para o compartilhamento do saber nas empresas, contribuindo, assim, para que o aprendizado coletivo se transforme em capital intelectual. Para que isso aconteça, as empresas precisam promover o aprendizado em seu ambiente, gerando possibilidades de desenvolvimento contínuo, assegurando a sustentação de suas vantagens competitivas e oportunizando tanto o crescimento pessoal quanto o desenvolvimento profissional.

Denota-se, pois, que atualmente o capital humano passou a ser de grande valia para as organizações, levando

em consideração que na era da informação (séc. XXI) o conhecimento é primordial para a transformação da economia pautada na valorização do capital humano. Neste momento percebe-se a importância da interação e do compartilhamento de conhecimentos entre os colaboradores das organizações, pois desta maneira ocorrerá a transformação do aprendizado compartilhado em capital intelectual dentro das empresas.

Logo, é imprescindível essa troca de informações e conhecimentos, tendo em vista que é por meio desta interação que ocorrerá a formação contínua dos colaboradores, seu desenvolvimento competitivo e crescimento pessoal e profissional dentro das organizações.

Ainda, sobre o papel da informação na geração do conhecimento dentro da organização, Oliveira (2009, p. 04) acentua afirmando que:

> Dentro das organizações, a abundância de novas informações deve ser gerenciada, e mensurar o conhecimento existente na organização é uma necessidade, pois o conhecimento advindo do ambiente externo, se amplamente partilhado na organização, forma uma base de conhecimento organizacional que propicia a inovação, a criatividade, o aprimoramento e melhorias contínuas.

Assim, a informação dentro das organizações é de fundamental importância para o seu pleno desenvolvimento, de modo que deve ser gerida e mensurada através de procedimentos que ofereçam inovação e aprimoramento nas ações de gestão de recursos humanos na organização.

Sabe-se que a gestão do conhecimento é um

dos pontos cruciais para o desenvolvimento da organização, conforme pontua Oliveira (2009, p. 20) dizendo que:

> A gestão do conhecimento aumenta a capacidade da organização de aprender com seu ambiente e incorporar conhecimento a seus processos de negócios. Refere-se ao conjunto de processos desenvolvidos em uma organização para criar, armazenar, transferir e aplicar conhecimento. A tecnologia de informação tem papel importante na gestão do conhecimento, como habilitadora de processos de negócios que visam criar, armazenar, disseminar e aplicar conhecimento. Desenvolver procedimentos e rotinas – processos de negócios – para aperfeiçoar a criação, o fluxo, a aprendizagem, a proteção e o compartilhamento do conhecimento na empresa agora é uma responsabilidade central da administração.

Corroborando, tem-se que a Gestão do Conhecimento é um campo crucial para o planejamento de novas competências organizacionais, pois à medida que é colocada em prática no decurso da atividade administrativa de uma organização, oportuniza a incorporação de novas formas de conhecimentos que, por sua vez, vão se multiplicando na cultura organizacional.

Entende-se que a gestão do conhecimento atua de forma positiva no sentido de criar, armazenar e difundir o saber institucionalizado dentro de uma "práxis" de gestão de recursos humanos, mais adequada, conforme as demandas do mundo moderno.

Perceptível é que a gestão do conhecimento aliado à tecnologia vem produzindo um melhor fluxo dos processos

administrativos no que diz respeito a uma melhor administração de recursos humanos, formando uma cultura organizacional positiva no sentido de os colaboradores terem a consciência de que todos têm a responsabilidade pelo seu próprio sucesso profissional e, consequentemente, do sucesso da organização em que atua.

Ainda explanando sobre este tema podemos utilizar como subsídio a fala de Nonaka (2011, p. 50), destacando a importância da disseminação do conhecimento:

> A empresa que consegue desenvolver situações para que haja a disseminação e o compartilhamento do conhecimento pode fazer com que seus funcionários tenham acesso ao conhecimento que transita pela organização, e assim, a partir daí, eles podem estar mais preparados para superar os desafios do dia a dia. Esse compartilhamento também favorece a questão do aprendizado dos funcionários, favorece o "abastecer" de conhecimento, e isso pode representar um aumento da capacidade intelectual dos funcionários e também da empresa como um todo para resolver seus problemas.

Deste modo, em consonância com a afirmação de Nonaka, compreende-se que as organizações, sejam elas governamentais ou não-governamentais, precisam de forma planejada e organizada desenvolver estratégias que difundam e oportunizem o acesso democrático do conhecimento, ou seja, o gestor de pessoas deve criar mecanismos que insiram todas as categorias de trabalhadores da empresa ou organização, para

que todos tenham o acesso à evolução profissional e possam participar do crescimento da organização.

A *priori* a organização só tem a ganhar com a inserção de todos os profissionais na geração e disseminação do conhecimento e do saber, visto que estes profissionais se sentirão mais autoconfiantes frente às tomadas de decisão dentro da organização.

Neste caso a organização deve garantir um ambiente adequado para que os funcionários possam externalizar o que os mesmos sabem. Sobre este assunto, Nonaka (2011, p. 51) afirma que:

> Sem um contexto, sem um local, o conhecimento pode até ser internalizado, aprendido, as pessoas podem até aprender a partir de determinada informação compartilhada, transmitida, porém, sem esse contexto, essa ideia aprendida não poderá ser aplicada. Desenvolvida, pois não encontra "forças" e motivação para acontecer. Por exemplo, uma pessoa aprendeu algo novo, porém não consegue utilizar em benefício da organização porque não encontra o contexto adequado para que ela possa aplicar esse determinado aprendizado.

De acordo com o exposto na citação acima, infere-se que o conhecimento precisa de um contexto físico e social compartilhado para que seja criado e perpetuado, pois é criado em ações localizadas e próprias decorrentes da convivência entre as pessoas.

Além disso, verifica-se que a aplicação do conhecimento, assim como o próprio ato de aprender, é um dos passos fundamentais para alavancar o sucesso da organização

e possibilita o sucesso profissional dos funcionários.

Assim, é primordial que uma organização busque desenvolver um ambiente que esteja voltado para a exploração do potencial inovador de seus funcionários. De modo geral, os funcionários podem despertar o interesse em inovações para as organizações, isso se houver um ambiente propício para a instigação dessas curiosidades e capacidades cognitivas acerca do gerenciamento e disseminação do aprendizado e do conhecimento dentro da organização.

Ainda sobre a gestão do conhecimento Nonaka (2011, p. 84) dá sua contribuição afirmando que:

> A Gestão do Conhecimento é uma das ferramentas administrativas mais conhecidas hoje em dia. Falar em administração no começo do século XXI é justamente se preocupar em uma organização a fim de tornar efetivo o uso deste capital intelectual, ativo fundamental das empresas no que tange à competitividade. Assim, não se discute a importância da criação, da disseminação e da incorporação do conhecimento nas organizações. No entanto, em muitas organizações os gestores não sabem como fazer a disseminação do conhecimento. Em muitos casos, a disseminação do conhecimento do conhecimento é bloqueada por uma estrutura rígida, pela cultura organizacional e pela postura dos empregados.

Dentro deste contexto, discute-se aqui gestão do conhecimento como uma ferramenta importante para o gestor de recursos humanos. Porém, é preciso salientar que há uma deficiência no que tange a formação específica dos gestores de pessoas.

## 4 QUALIFICAÇÃO E DISSEMINAÇÃO DO CONHECIMENTO ADQUIRIDO

Constata-se que atualmente a maioria dos gestores de pessoas não tem às competências necessárias para desenvolverem um trabalho a contento com o que o mercado exige.

Todavia, é de fundamental importância que o gestor de pessoas, que está à frente do trabalho de gestão de pessoas, possa também se qualificar para este novo olhar gestacional de recursos humanos, pois este deve se voltar, empenhar e preparar cognitivamente para entender os meandros e as necessidades da área.

Para a qualificação de todos os envolvidos no processo de gestão de uma organização, o gestor de recursos humanos dispõe de algumas estratégias e mecanismos que podem ser utilizados, Tonet (2006, p. 90) afirma que:

> Entre as muitas estratégias que poderão gerar um contexto propício ao compartilhamento de conhecimento, está a construção de relacionamentos cooperativos e de confiança mútua; a confiança surge da coerência entre os valores que são postulados e a sua vivencia no cotidiano da organização, surge da coerência entre discurso e prática; as organizações que fomentam a confiança costumam a ouvir e valorizar as ideias e praticar o tratamento igualitário e justo está também o estabelecimento de um clima misto de consenso e questionamento contínuo, construído por meio de treinamentos, discussões, leituras, trabalhos em equipe e rodízio de funções e papéis; está

> ainda a disponibilização de espaços e tempo para o compartilhamento de conhecimento; a realização de reuniões frequentes e rápidas; o abandono do olhar acostumado; o estímulo ao questionamento e o apoio ao fazer diferente; a incorporação na linguagem cotidiana, de aforismos ou máximas estimuladores de mudança estimuladores de mudança, tais como: "... e por que não?...", ou então, "... se funcionou, está na hora de melhorar... ', ou ainda, "... manda quem pode, faz diferente quem sabe... ".

De acordo com as ideias mencionadas na citação acima, corrobora-se que os gestores de pessoas dispõem de muitos mecanismos para usarem em seu dia a dia nas atividades administrativas das organizações, governamental ou não governamental.

O fomento de um espírito de confiança e cumplicidade entre os gestores e colaboradores da organização é de fundamental importância. Assim como o cultivo e a incorporação de hábitos saudáveis para a cultura organizacional e administrativa da organização ou empresa. Nesse sentido, deve-se ter como pressuposto a coerência entre o discurso de ser referência em gestão de pessoas e a prática em valorizar as ideias dos colaboradores e fomentar o surgimento dessas ideias no decurso de suas atividades político-administrativas.

Para o cultivo desse espírito crítico e atuante dentro da organização, há diversos mecanismos de atuação no que tange a administração de recursos humanos. Podem-se citar o treinamento contínuo, leituras compartilhadas, discussões, trabalhos em equipe e o rodízio de funções, o que direciona a mudança dos diversos papéis que o funcionário aprende a desempenhar no interior da organização.

Ainda sobre treinamento e capacitação, podemos dizer que esse é um passo muito valioso para a organização, levando em consideração que a formação é que vai oferecer subsídios indispensáveis para a atuação do profissional. Sobre este assunto, Baccaro (2009, p. 12) explica que:

> O objetivo do processo de capacitação é ensinar o indivíduo a pensar, a reelaborar seus significados e a aprender a fazer autocrítica. Ele precisa saber como fazer, mas também o porquê de como fazer. O ambiente agora é dinâmico e o indivíduo enfrenta o desafio de contínuas adaptações, para as quais ele conta com a ajuda de sua equipe, de sua experiência profissional e de sua maturidade. O desempenho do indivíduo depende, antes de mais nada, de seu compromisso com os objetivos do grupo ao qual pertence.

Em consonância com o autor acima, a principal finalidade do processo de treinamento de um indivíduo é principalmente a de ensinar o colaborador a pensar e repensar sua prática dentro da organização enquanto um ser que pode transformar e re-transformar sua realidade de trabalho e de atuação.

A ideia do autor indica ainda que o mundo contemporâneo trata-se de um ambiente dinâmico que está em constante transformação social, econômica, cultural, política e administrativa. Por isso requer que os profissionais estejam preparados para as novas demandas que surgem na sociedade contemporânea.

É importante salientar ainda que é imprescindível que os profissionais tenham um espírito de equipe, que deve

prevalecer em todas as ações de trabalho dentro da organização. Só assim o funcionário irá colocar em ação sua experiência profissional e sua maturidade enquanto profissional.

Também é de grande valia que este profissional, enquanto colaborador, tenha consciência da responsabilidade e do compromisso que deve possuir para com a organização à qual desempenha suas atividades laborais.

Com o passar do tempo, além da preocupação básica com tarefas operacionais, é necessário se preocupar com princípios técnicos, comportamentais e morais relacionados ao cargo ocupado.

Pode-se afirmar que a competência profissional se torna um "mix" de comportamentos positivos, frente à exigência do mercado. Diga-se de passagem, que o mercado encontra-se bastante saturado, exigindo profissionais com uma vasta experiência profissional em seu ramo de atuação e com uma consciência crítica, capazes de desenvolver, por meio de seu talento, o crescimento da empresa.

## 5 OBJETIVOS INSTITUCIONAIS E INDIVIDUAIS DENTRO DA EMPRESA OU ORGANIZAÇÃO

Sobre esse tema Chiavenato (2006, p. 162) reflete a respeito dos objetivos organizacionais e objetivos individuais das pessoas dentro das organizações, enfatizando o seguinte:

> Tanto as pessoas como as organizações desejam alcançar objetivos. De um lado, as organizações recrutam e selecionam pessoas

> para com elas e por meio delas alcançarem objetivos organizacionais (como produção, rentabilidade, qualidade, produtividade, atendimento ao mercado, satisfação do cliente etc.). Todavia, de outro lado, as pessoas, uma vez recrutadas e selecionadas, têm objetivos individuais que lutam para alcançar e, muitas vezes, servem-se da organização para atingi-los mais adequadamente.

Ao realizar uma análise da reflexão de Idalberto Chiavenato, compreende-se que as pessoas, enquanto recursos humanos pertencentes às organizações, desejam uma ascensão profissional a contento com seu empenho no cargo que ocupam, de modo que se utilizam das organizações para poderem alcançar seus objetivos individuais de forma mais adequada.

Nesta perspectiva, analisando o papel dos gestores, constata-se que não apenas têm a incumbência de recrutar e selecionar as pessoas para ocuparem os cargos das organizações, mas também devem fomentar condições para que as pessoas recrutadas possam alcançar seus objetivos individuais e organizacionais concomitantemente.

O mais importante a salientar é que os gestores das organizações devem adotar estratégias de ação que possam oportunizar o crescimento de ambas as partes envolvidas neste processo, que são os recursos humanos e a organização em si. Portanto, as organizações devem dispor de bons projetos de treinamento, que valorizem todos os profissionais para que o progresso ocorra de maneira simultânea.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conformidade com os estudos e as análises realizadas, confirma-se que as empresas e organizações, enquanto gerenciadoras dos recursos humanos, devem adotar uma visão positiva e ao mesmo tempo criativa para com seus colaboradores, no intuito de buscar desenvolver projetos que visem o pleno crescimento e desenvolvimento de carreiras dentro da organização.

Na contemporaneidade há inúmeras exigências para as empresas e organizações, sejam elas governamentais ou não governamentais. Desse modo, há a necessidade cada vez maior de os gestores de recursos humanos assumirem uma nova visão e postura frente às demandas da área e, com isso, realizar uma gestão do capital intelectual de excelência.

Contextualizando é possível afirmar que as pessoas de uma organização compõem seu Capital Intelectual. Este capital é imprescindível para o crescimento da organização, tendo em vista que são as pessoas que disseminarão as ideias e atitudes positivas com relação às formas de trabalho, eficientes e eficazes, no intuito de sempre buscar o alto desempenho da organização por meio da boa Gestão de Pessoas.

Observou-se que é de grande valia as organizações buscarem criar mecanismos que possam viabilizar a formação inicial e continuada para seus colaboradores, que ofereçam melhores condições e oportunidades de ascensão profissional por meio de planos de carreira consistentes que valorizem o conhecimento pertencente à organização, conhecimento este que deve ser trabalhado e valorizado pelos gestores da empresa ou organização.

Deste modo, conclui-se que cada vez mais as organizações necessitam e devem fomentar, dentro de sua órbita organizacional, um clima favorável e propenso a se adaptar conforme as mudanças que o mercado exige, com o objetivo de acompanhar todo desenvolvimento social, tecnológico e econômico, garantindo, desta forma, sua excelência na área em que atua e, principalmente, possibilitando o sucesso da organização juntamente com a satisfação e a realização profissional de seus funcionários de maneira geral.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACCARO, Thais Acioly. Treinamento e desenvolvimento: RH. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.b

CHIAVENATO, Idalberto. Administração de recursos humanos: fundamentos básicos. 6. Ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

GOMIDE, Natércia Guimarães. Gestão do conhecimento. Departamento de Extensão e Pós-Graduação. Valinhos, São Paulo: Anhanguera Educacional, 2011.

NONAKA, Henry Tetsuji ET al. Gestão do conhecimento e educação corporativa: recursos humanos IV. São Paulo: Pearson Adisson Wesley, 2011.

OLIVEIRA, Elisete Alice Zanpronio de. gestão do capital intelectual: recursos humanos. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2009.

STEWART, Thomas A. Capital intelectual: a nova vantagem competitiva das empresas. 8. Ed. São Paulo: Campus, 1998.

TONET, Helena Correa; PAZ, Maria das Graças Torres da. um modelo para o compartilhamento de conhecimento no trabalho. Revista de Administração Contemporânea, Curitiba, 2006.

# Anexo

**REGULAMENTO N°. 01, de 1º de março de 2013.**

# REGULAMENTO N°. 01, de 1º de março de 2013.

Dispõe sobre a regulamentação do procedimento de seleção do material destinado à publicação na Revista da PGE.

**A COMISSÃO EDITORIAL DA REVISTA DA PGE**, no uso das atribuições que lhe confere a Portaria nº. 014, de 20 de janeiro de 2012;

**Considerando** que compete a Comissão Editorial do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado do Acre a edição da Revista da Procuradoria-Geral do Estado, cuja consecução envolve a seleção do material destinado à publicação, bem como a elaboração de normas para o seu funcionamento;

**Considerando** que a revista visa propiciar à comunidade jurídica e a sociedade em geral uma eficaz fonte de pesquisa e informação, principalmente no que se refere às matérias de direito público enfrentadas pela Procuradoria-Geral do Estado, no âmbito da consultoria aos órgãos da Administração Pública e das Procuradorias do Contencioso na defesa processual do ente público, e, ainda, os entendimentos doutrinários dos expoentes da nossa cultura jurídica;

**Considerando** a necessidade de promover alterações no regulamento referente ao procedimento de seleção do material destinado à publicação na Revista da PGE, em especial de permitir a publicação de trabalhos dos acadêmicos de direito das instituições de ensino estabelecidas no Estado do Acre;

RESOLVE:

**Art. 1º** Aprovar o regulamento referente ao funcionamento da Comissão Editorial do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, bem como o procedimento adotado para a seleção de material destinado à publicação na Revista da Procuradoria-Geral do Estado, com fulcro na Lei Complementar n°. 95/2001, em seu art. 19A, inciso VIII.

**Art. 2º** Este regulamento entra em vigor na data de sua publicação.

Rio Branco, 1º de março de 2013.

Cristovam Pontes de Moura
Érico Maurício Pires Barboza
Francisco Armando de Figueiredo Melo
Harlem Moreira de Sousa
Janete Melo d'Albuquerque Lima
Leandro Rodrigues Postigo
Leonardo Silva Cesário Rosa
Luciano José Trindade
Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui
Mayko Figale Maia

## TÍTULO I

## Da Formação da Comissão e Competência

**Art. 1°** A Comissão Editorial do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado, será instituída por

designação do Procurador-Geral do Estado, com mandato de dois anos.

**Parágrafo Único.** O Presidente da Comissão é o Chefe do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado.

**Art. 2º** A Comissão Editorial tem as seguintes atribuições:

I - editar a Revista da Procuradoria-Geral do Estado;

II - selecionar os trabalhos científicos destinados à publicação pelo Centro de Estudos;

III - recomendar a não divulgação dos trabalhos de interesse geral da Administração por razões de conveniência e oportunidade;

IV - elaborar as normas de seu funcionamento;

V – elaborar edital convocatório àqueles interessados em publicar trabalhos jurídicos;

VI – aprovar as edições dos Boletins Informativos do Cejur;

VII - executar outras tarefas pertinentes que lhe forem atribuídas pelo Procurador-Geral do Estado.

§ 1º A Comissão poderá delimitar temas objeto de publicação na Revista da PGE, sendo assim, previstos no Edital Convocatório.

§ 2º A Comissão Editorial é soberana nas decisões que adotar, podendo excluir, por maioria absoluta dos votos de seus membros, da avaliação as peças que não atendam às exigências contidas no presente Regulamento, bem como àquelas que não possuírem pertinência temática.

**Art. 3º** Ao Presidente Compete:

I - dirigir os trabalhos da Comissão Editorial;

II - representar a Comissão junto às autoridades e órgãos;

III - designar substituto eventual dentre os membros da comissão;

IV – distribuir os trabalhos aos Membros da Comissão para relatoria.

## TÍTULO II

## Das Reuniões

**Art. 4º** A Comissão reunir-se-á sempre que necessário, na sede do Centro de Estudos Jurídicos, por convocação do Presidente, com antecedência mínima de setenta e duas horas.

§ 1º As reuniões serão instaladas com a presença mínima da maioria absoluta dos membros, presididas pelo Presidente da Comissão e secretariadas por quem ele designar, registrando-se os trabalhos realizados.

§ 2º Na ausência ou impedimento do Presidente, a Comissão elegerá substituto, entre seus integrantes.

§ 3º As deliberações serão tomadas por maioria simples, tendo o Presidente direito de voto, inclusive o de desempate.

## TÍTULO III
## Da Publicação

## CAPÍTULO I
## Da Revista da PGE

**Art. 5º** A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre é uma publicação de informações técnico-científicas

na área do Direito Público e gestão Pública e destina-se à divulgação de:

I - artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico ou de gestão pública;

II - resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos ou de gestão pública;

III - comentários de decisões judiciais ou pareceres.

**Parágrafo Único.** A Comissão poderá delimitar no Edital Convocatório o tipo de informação técnico-científica que será admitido em cada edição da revista.

**Art. 6°** Serão publicados, prioritariamente, na Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, as matérias enviadas pelos Procuradores do Estado do Acre e de renomados juristas brasileiros, podendo ser acolhidos trabalhos da equipe de assessoria da instituição, de demais profissionais da área jurídica, bem como dos acadêmicos do curso de direito das universidades estabelecidas no Estado do Acre, que atendam as regras estabelecidas neste regulamento.

**Parágrafo Único.** O prazo de entrega dos trabalhos deverá ser estipulado no Edital Convocatório.

**Art. 7°** Os trabalhos devem conter título, autor, qualificação, resumo, palavras-chaves, parte introdutiva, desenvolvimento, conclusão e referencial bibliográfico, devendo obedecer aos seguintes requisitos formais:

I - o formato do arquivo eletrônico deve utilizar a extensão.*doc*;

II - os textos devem ser apresentados em formato digital;

III - margens esquerda e superior 3 cm;

IV- margens direita e inferior 2 cm;

V - títulos com letra tipo *Times New Roman*, tamanho 14, negrito e maiúscula;

VI - texto com letra tipo *Times New Roman*, tamanho 12;

VII - parágrafos com recuo inicial de 1,5 cm da margem esquerda;

VIII - espaço entre linhas: 1,5;

IX - citação com letra tipo *Times New Roman*, de acordo com o seguinte:

a) citação de até 3 linhas, feita no corpo do texto, entre aspas, tamanho 12;

b) citação com mais de 3 linhas, feita na linha seguinte, com recuo de todo o texto de 4 cm da margem esquerda, sem aspas, espaço simples e letra tamanho 10;

c) todas as citações serão numéricas, em algarismos arábicos, devendo as informações constar da nota de rodapé;

d) as notas de rodapé têm numeração sequenciada, com espaçamento simples e letra tamanho 10;

e) a citação de obra deve atender a seguinte especificação: Autor, iniciando com o sobrenome em letras maiúsculas, seguido do nome; título da obra em negrito ou itálico; local de publicação; editora, ano de publicação e página;

f) obra que tiver mais de três autores, a disposição será a seguinte: autor, iniciando com o sobrenome em letras maiúsculas acrescido da expressão *et al*; título da obra em negrito ou itálico; local; editora e ano de publicação;

g) bibliografia de texto da internet deve apresentar-se da seguinte forma: autor, iniciando com o sobrenome em letras maiúsculas; título da obra em negrito ou itálico; data de acesso e disponível em <endereço do documento>;

h) nas citações poderão ser utilizados o sistema numérico ou o sistema autor- data, no entanto no sistema numérico não poderá incluir nota explicativa, nesse caso ou

suprime a nota ou inclui no corpo do texto;

i) no sistema numérico, as citações têm numeração única e consecutiva para todo o documento;

j) no sistema autor-data, as ações são feitas pelo sobrenome do autor ou pela instituição responsável, ou ainda, pelo título de entrada (caso a autoria não esteja declarada), seguido da data de publicação do documento, separados por vírgula e entre parênteses.

**Art. 8°** Os trabalhos apresentados à seleção devem obedecer aos seguintes limites de páginas:

artigos científicos, ensaios, resenhas, entre outros, com no mínimo 10 páginas e no máximo 30 páginas e;

comentários de decisões judiciais ou pareceres, com no mínimo 05 páginas e no máximo 25 páginas.

**Parágrafo Único.** Fica vedada a menção aos nomes das partes que figurem em processos judiciais ou administrativos.

**Art. 9º** Os trabalhos devem ser enviados ao Centro de Estudos Jurídicos por meio do e-mail cejur.pge@ac.gov.br ou na Secretaria do CEJUR, especificando a autoria.

**Art. 10.** Os trabalhos encaminhados serão analisados pela Comissão Editorial, que procederá à seleção e indicará a publicação na Revista da Procuradoria-Geral.

**Art. 11.** Cada trabalho será distribuído a um relator, membro da Comissão, para manifestação sobre a viabilidade da publicação no prazo de vinte dias:

§ 1º A avaliação será feita em ficha própria, devendo obedecer aos seguintes critérios:

I - pertinência do tema;

II - atualidade da matéria;

III - contribuição técnico-científica;

IV - consistência das teses sustentadas;

V - clareza e correção do texto;

VI - redação conforme as regras gramaticais e ortográficas;

VII - conveniência e oportunidade da divulgação.

§ 2º O membro da Comissão Editorial preencherá para cada trabalho a ficha de avaliação que trata o §1º deste artigo.

§ 3º O relator designado poderá realizar diretamente, ou solicitar ao autor, correções de ordem gramatical e ortográfica no trabalho submetido à análise.

**Art. 12.** Procedida à avaliação na forma do artigo 10, todo o material será submetido ao plenário da Comissão Editorial, que decidirá sobre sua publicação.

**Parágrafo único.** A aceitação dos trabalhos para publicação far-se-á mediante aprovação da maioria simples dos membros.

**Art. 13.** As publicações aprovadas serão utilizadas cronologicamente, na medida das necessidades de cada número editado, podendo a comissão excepcionar o princípio sempre que a matéria do interesse da Administração mereça divulgação urgente.

## TÍTULO IV
## Disposições Gerais

**Art. 14**. Os trabalhos aprovados e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura ou encaminhados para publicação no Boletim Informativo do Cejur.

**Parágrafo Único**. Os trabalhos enviados implicam

a cessão automática e gratuita dos Direitos Autorais.

**Art. 15.** A entrega dos trabalhos implica, obrigatoriamente, na aceitação das normas estabelecidas neste Regulamento.

**Art. 16.** Todas as questões que não forem reguladas por estas normas procedimentais serão resolvidas pelos membros da Comissão Editorial.

**Art. 17**. Este regulamento entra em vigor na data de sua publicação.

Rio Branco, 1º de março de 2013.

**Realização**

Centro de Estudos Jurídicos PGE/AC

PGE PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE

GOVERNO DO Povo do Acre SERVIR DE TODO CORAÇÃO

**Apoio**

APEAC Associação dos Procuradores do Estado do Acre

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE BIÊNIO 2009-2011

Betel LIVRO & CAFÉ