

• ORGANIZAÇÃO •

Maria Amélia Maciel Machado  
Matheus Souza Galdino

# Associação dos Procuradores do Município do Salvador

EM REVISTA

Edição Comemorativa de 14 anos



Escola Baiana  
de Direito  
Municipal




ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES  
DO MUNICÍPIO DO SALVADOR



MENTE ABERTA





**É** com satisfação que apresentamos mais uma edição da **Associação dos Procuradores do Município do Salvador em revista**, a revista jurídica da Associação dos Procuradores do Município do Salvador (APMS).

Como nas edições anteriores, os procuradores do município apresentam diversas contribuições decorrentes de sua atuação para, no campo que lhes é próprio, promover debates em prol do pleno alcance dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Com predominância para áreas próximas à atuação da advocacia pública, como o Direito Administrativo, o Direito Constitucional, o Direito Tributário, o Direito Processual e o Direito Municipal, este volume conta com o enfrentamento de diversos temas em cada uma dessas áreas, retratando a multiplicidade e a riqueza da atuação prática e acadêmica da categoria.

Se, como pensamos, o procurador do município é o profissional da área jurídica que atua cotidianamente em prol da causa pública no âmbito municipal e, conseqüentemente, a ação de seu trabalho ganha reflexos na vida do cidadão e da cidade, a **Associação dos Procuradores do Município do Salvador em revista** entende apresentar uma amostra (ainda que sabidamente singela e incompleta) desse mister.

ISBN 978-65-6023-013-2



9 786560 230132

# **Associação dos Procuradores do Município do Salvador**

**EM REVISTA**

**Edição Comemorativa de 14 anos**





• ORGANIZAÇÃO •

Maria Amélia Maciel Machado

Matheus Souza Galdino

# Associação dos Procuradores do Município do Salvador

EM REVISTA

Edição Comemorativa de 14 anos



ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES  
DO MUNICÍPIO DO SALVADOR



MENTE ABERTA

### **Coordenação Editorial**

Pedro Camilo de Figueirêdo Neto

### **Conselho Editorial**

#### **DOUTORES:**

Cristine Emily S. Nascimento  
Fábio S. Santos  
Ionã Carqueijo Scarante  
João Evangelista do Nascimento Neto  
José Gileá  
Laura Cecília Braz  
Luciano Sérgio Ventim Bomfim  
Magno Conceição das Mercês  
Nadialice Francischini de Souza  
Régia Mabel Freitas  
Ricardo Maurício Freire Soares  
Sheila Marta Carregosa Rocha  
Urbano Félix Pugliese do Bomfim

#### **MESTRES:**

Angelo Boreggio  
Bruno Barbosa Heim  
Dandara Amazzi Lucas Pinho  
Daniela Magalhães Costa de Jesus  
Isan Almeida Lima  
Jerusa de Arruda  
Katia Maria Mendes da Silva  
Marcelo Politano de Freitas  
Pedro Camilo de Figueirêdo Neto  
Raphael Lima R. Leal  
Sueli Bonfim Lago

#### **Programação Visual de Capa**

Fernando Campos

#### **Diagramação**

Alfredo Barreto

#### **Revisão**

Adriano Ferreira & Joana Cunha

A reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer modo, somente será permitida com autorização da editora.

(Lei nº 9.610 de 19.02.1998)

CIP – Brasil. Catalogação na fonte

---

Machado, Maria Amélia Maciel; Galdino, Matheus Souza -  
Associação dos Procuradores do Município do Salvador em revista -  
edição comemorativa de 14 anos / Maria Amélia Maciel Machado &  
Matheus Souza Galdino (organização). Salvador, BA: Editora Mente  
Aberta, 25 de julho de 2023.

446 p.

ISBN: 978-65-6023-013-2

1. Direito. 2. Procuradores municipais. 3. Salvador. I. Machado, Maria Amélia Maciel, organizadora. II. Galdino, Matheus Souza, organizador. III. Título.

# **DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO MUNICÍPIO DO SALVADOR**

**MARIA AMÉLIA MACIEL MACHADO**  
Presidente

**LILIAN OLIVEIRA DE AZEVEDO ALMEIDA**  
Vice-presidente

**EDUARDO TELES DE OLIVEIRA**  
Primeiro Secretário

**ANDRÉ LUIZ DE ANDRADE CARNEIRO**  
Segundo Secretário

**JORGE VITAL DE LIMA**  
Secretário para Assuntos Relativos aos Inativos

**LISIANE MARIA GUIMARÃES SOARES**  
Diretora Tesoureira

**ANDRÉ VIEIRA FREIRE**  
Diretor Social

**MATHEUS SOUZA GALDINO**  
Diretor Cultural

**RAFAEL CARRERA FREITAS**  
Diretor da Escola Baiana de Direito Municipal

**CLÉBER LACERDA BOTELHO JÚNIOR**  
Conselho Fiscal (titular)

**BRUNO PRAZERES DA SILVA**  
Conselho Fiscal (titular)

**LUCIANO CAMPOS DA SILVA**  
**Conselho Fiscal (titular)**

**CÉLIA MARIA BASTOS DE ALMEIDA**  
**Conselho Fiscal (suplente)**

**VERA LÚCIA DA HORA DULTRA**  
**Conselho Fiscal (suplente)**



# **SOBRE A ORGANIZAÇÃO**

## **Maria Amélia Maciel Machado**

Graduada pela UFBA. Especialista em Direito Público pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA. Especialista em Direito Municipal pela Universidade Católica de Pernambuco. Procuradora do Município de Salvador. Presidente da Associação de Procuradores do Município de Salvador (APMS). Ex-procuradora da Fazenda Nacional.

## **Matheus Souza Galdino**

Procurador do Município de Salvador. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Advogado..



# PREFÁCIO

É com satisfação que apresentamos mais uma edição da *Associação dos Procuradores do Município do Salvador em revista*, a revista jurídica da Associação dos Procuradores do Município do Salvador (APMS).

Como nas edições anteriores, os procuradores do município apresentam diversas contribuições decorrentes de sua atuação para, no campo que lhes é próprio, promover debates em prol do pleno alcance dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Com predominância para áreas próximas à atuação da advocacia pública, como o Direito Administrativo, o Direito Constitucional, o Direito Tributário, o Direito Processual e o Direito Municipal, este volume conta com o enfrentamento de diversos temas em cada uma dessas áreas, retratando a multiplicidade e a riqueza da atuação prática e acadêmica da categoria.

De modo especial, o Direito Municipal e a legislação do Município de Salvador são expressamente referidos e enfrentados em diversos textos, sendo possível citar, por exemplo: a) o que trata dos marcos legais e do combate à intolerância religiosa no Município de Salvador; b) a análise jurídica sobre controvérsias acerca dos procedimentos e legislações aplicáveis na fiscalização de trânsito diante do transporte irregular e clandestino de passageiros; c) a investigação acerca da natureza e dos possíveis enquadramentos legais do serviço de operação logística na lista de serviços; d) a possibilidade de cobrança de IPTU em face do proprietário do imóvel constante do registro de imóveis, em que pese a entrega das chaves ao possuidor em período superior ao necessário para o reconhecimento da usucapião; e) a judicialização dos limites impostos aos municípios na contratação de cantores e grupos musicais.

Esta edição conta ainda com grande destaque para a análise das contratações públicas, sobretudo diante da publicação da Lei n. 14.133/2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Nesse sentido, é possível citar: f) um estudo sobre os instrumentos auxiliares das licitações e das contratações; g) uma análise do estudo técnico preliminar como decorrência do princípio do planejamento; h) a ideia de governança trazida pela nova lei de licitações e contratos, os agentes públicos e a figura do agente de contratação; i) um estudo sobre o programa de integridade nas contratações públicas; j) as regras de transição e a necessidade de regulamentação de parte dos seus dispositivos.



Ainda no campo das contratações públicas, registrem-se textos/peças sobre: l) a defesa da impossibilidade de licitação por pregão eletrônico de serviço público de transportes, em especial pela inobservância de diversas prescrições normativas determinando a modalidade concorrência, e a violação da competência do Município do Salvador para regular e prestar o serviço de transporte urbano coletivo; m) a modalidade especial de licitação constante da LC n. 182/2021.

Unindo questões de direito material administrativo, constitucional e civil com questões de direito processual, destacam-se os textos/peças sobre: n) a inviabilidade jurídica de atos executivos contra o poder público antes do trânsito em julgado da sentença que fixa o valor indenizatório na desapropriação; o) as reflexões sobre a judicialização da política e o ativismo judicial; p) o dever do Estado de inclusão, em vaga de residência inclusiva ou similar, ante a existência de entidade familiar de caráter afetivo; q) a decisão transitada em julgado amparada em tese inconstitucional no âmbito dos juizados especiais e o trânsito de técnicas de arguição de ineficácia do título judicial; r) o conhecimento em gerenciamento de projetos como fonte para um procedimento adequado no controle judicial de políticas públicas mediante processos estruturais; s) as singularidades da arbitragem envolvendo a administração pública.

Questões de maior abrangência, mas de igual relevância para a advocacia pública, são trazidas sob a análise do abuso de poder estatal e da segurança jurídica nos textos sobre: t) o abuso do poder estatal pelo exercício das lícitas discricionariedades que competem ao governante em dissonância com as legítimas expectativas do povo governado; u) análises acerca dos impactos recíprocos do CPC-2015 e do art. 23 da LINDB no que diz respeito à segurança jurídica; v) Habermas, Hart e Dworkin: segurança jurídica e democracia.

Se, como pensamos, o procurador do município é o profissional da área jurídica que atua cotidianamente em prol da causa pública no âmbito municipal e, conseqüentemente, a ação de seu trabalho ganha reflexos na vida do cidadão e da cidade, a *Associação dos Procuradores do Município do Salvador em revista*, com o enfrentamento dos temas acima, entende apresentar uma amostra (ainda que sabidamente singela e incompleta) desse mister.

***Diretoria da Associação dos Procuradores  
do Município de Salvador***

# SUMÁRIO

## ARTIGOS

1 Os instrumentos auxiliares na Nova Lei de Licitações: reverberação do princípio constitucional da eficiência, 17

*André Bastos Vaccarezza*

2 A legitimidade do poder exercido pelo governante a partir da tragédia grega: entre a Antígona de Sófocles e os recentes casos de abuso do poder estatal no Brasil, 37

*André Vieira Freire*

3 O estudo técnico preliminar na Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal n.º 14.133/2021) como decorrência do princípio do planejamento, 54

*Catarina Coêlho Vêlloso Santana*

4 Singularidades da arbitragem envolvendo a administração pública, 65

*Cleber Lacerda Botelho Jr.*

5 Segurança jurídica: breves relatos sobre o impacto do art. 23 da LINDB no CPC/2015 e vice-versa, 92

*Eduardo Amin Menezes Hassan*

6 Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sua regra de transição e a necessidade de regulamentação de parte dos seus dispositivos, 101

*Eduardo Teles de Oliveira*

7 Habermas, Hart e Dworkin: segurança jurídica e democracia, 120

*Francisco Bertino de Carvalho*

8 Operação logística: natureza e enquadramento na lista de serviços, 150

*Geórgia Teixeira Jezler Campello*

9 Breves reflexões sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, 159

*Gustavo Hasselmann*

10 Marcos normativos e combate à intolerância religiosa no Município de Salvador, 164

*Lilian Oliveira de Azevedo Almeida*

11 A decisão transitada em julgado amparada em tese inconstitucional no âmbito dos juizados especiais e o trânsito de técnicas de arguição de ineficácia do título judicial, 175

*Lucas Andrade Pereira de Oliveira*

12 A ideia de governança trazida pela Nova Lei de Licitações e Contratos, os agentes públicos e a figura do agente de contratação, 206

*Luciana de Melo Borba Carneiro*

13 Controle de políticas públicas e processos estruturais (in)efetivos? O conhecimento em gerenciamento de projetos como fonte para um procedimento adequado, 228

*Matheus Souza Galdino*

14 A Nova Lei de Licitações e Contratos e o programa de integridade, 255

*Rafael Carrera*

15 Limites aos municípios na contratação de cantores e grupos musicais nos festejos juninos: ativismo judicial ou aplicação de princípios constitucionais?, 275

*Rodrigo Moraes*

## PARECERES

16 Parecer: procedimento licitatório. Saneamento do cadastro imobiliário. Solução inovadora. Modalidade especial. LC n. 182/2021, 299

*Eduardo Teles de Oliveira*

*Luciana de Melo Borba Carneiro*

17 Parecer: transporte clandestino de passageiros, 337

*Fábio Brito da Rocha Miranda*



## PEÇAS

18 Peça processual – recurso interposto contra decisão que, por não reconhecer a existência de uma entidade familiar “atípica”, determinou a internação do substituído em uma residência inclusiva, mantida pela Municipalidade, 377

*Daniel Majdalani de Cerqueira*

19 Manifestação do Município do Salvador perante o Tribunal de Contas do Estado da Bahia na Denúncia n. 005760/2022, 383

*Francisco Bertino de Carvalho*

20 Apelação cível: inexistência de ilegitimidade passiva. Transferência de titularidade do imóvel somente ocorre com registro do título translativo no registro de imóveis. Fato gerador do IPTU não é a entrega das chaves do imóvel. Inexistência de usucapião reconhecida judicial ou extrajudicialmente, 435

*Gisane Tourinho Dantas*



# **ARTIGOS**





# I

## OS INSTRUMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: REVERBERAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

*André Bastos Vaccarezza<sup>1</sup>*

Os procedimentos auxiliares no âmbito das licitações não são nenhuma novidade no Direito brasileiro, estando, ainda que discretamente, evidenciados em diversos diplomas normativos, como a vetusta Lei n. 8.666/1993, a lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei n. 12.462/2011) e a Lei das estatais (Lei n. 13.303/2016).

A Nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021), por seu turno, apresentou uma melhor organização e ostensiva sistematização de tais ferramentas, que auxiliam, de modo decisivo, para boas práticas de governança e concretude do princípio constitucional da eficiência.

Esse conjunto de instrumentos que auxilia as licitações e as contratações regidas pela Nova Lei de Licitações (NLL) visa efetivar melhores condições para o exercício de uma boa, célere e efetiva gestão pública, ampliando a possibilidade do acesso e participação de interessados nos certames licitatórios, com o escopo de assegurar, entre outras finalidades, a seleção da proposta de contratação mais vantajosa, que é o desiderato do procedimento licitatório.

Por conseguinte, o presente artigo visa abordar as mudanças propiciadas pelo novo arcabouço licitatório no contexto das aquisições e contratações públicas, com foco nos instrumentos auxiliares inseridos de uma forma mais bem organizada pelo texto normativo que acabou por trazer segurança jurídica na utilização desse conjunto de ferramentas, enfrentando, ainda, as características principais desses procedimentos e como o gestor público pode extrair diversas potencialidades para a redução de custos, absorção de expertise da iniciativa privada e fomento à eficiência administrativa.

---

<sup>1</sup> Procurador do Município de Salvador (BA). Mestre em Políticas Sociais e Cidadania (UCSal). Pós-graduado em Direito pela Escola dos Magistrados do Estado da Bahia (Emab).

## 1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

A Carta Política de 1988 cristalizou no seu corpo alguns princípios a que se submete a Administração Pública, de modo que verdadeiros mandamentos de otimização estão expressos no caput do art. 37, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e a eficiência, este último introduzido com a Emenda Constitucional n. 19/98.

O feixe principiológico administrativo, além de ter assento constitucional, encontra-se espalhado em diversos diplomas normativos, como na Lei n. 9.784/99 e na Lei n. 14.133/2021, máxime no tocante à reverberação do alicerce nuclear da eficiência.

Um dos deveres do gestor público é o de atuar (dever de agir) com eficiência, de modo que o mais moderno princípio da função administrativa está visceralmente atrelado não apenas à legalidade, mas à exigência de alcançar resultados positivos com presteza, rendimento e perfeição, entregando ao cidadão um serviço público digno e satisfatório. Nas precisas lições de Dirley da Cunha Júnior (2019, p. 48), “a atividade administrativa deve ser desempenhada de forma rápida, para atingir os seus propósitos com celeridade e dinâmica, de modo a afastar qualquer ideia de burocracia”.

Nesse passo, como bem anota Di Pietro (2019, p. 111), o princípio da eficiência “pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública”, de sorte que, no âmbito das licitações e contratos administrativos, tal essência principiológica tem relevante e decisivo impacto para a otimização da gestão pública.

Dentre outros princípios ínsitos à lei licitatória, com lastro no art. 5.º da NLL, destaca-se o da eficiência,<sup>2</sup> e é perceptível, na aglutinação trazida pelo novel legislação, a reverberação do aludido princípio na encampação dos instrumentos auxiliares das licitações e contratações públicas.

A consolidação de procedimentos auxiliares no seio da NLL, indubitavelmente, colabora para que o gestor público possa, em harmonia com a legalidade e segurança jurídica, utilizar de tais instrumentos que dão concreitude ao princípio da eficiência, haja vista que o escopo precípuo de todo aparato licitatório é justamente viabilizar serviços públicos que sejam prestados de forma adequada e satisfatória.

---

<sup>2</sup> “No âmbito da ciência da Administração, costuma-se distinguir *eficiência* e *eficácia*. A *eficiência* seria o emprego de meios adequados, visando garantir a melhor utilização dos recursos disponíveis; preocupa-se, assim, com os meios, os métodos e procedimentos de trabalho adotados no âmbito interno da Administração. Já a *eficácia* consistiria no sucesso dos resultados obtidos; preocupa-se com os fins, não com os meios” (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 49).

## **2 INSTRUMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES**

O advento da Nova Lei de Licitações introduziu uma sistematização acerca de procedimentos auxiliares que já existiam de forma esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da Lei das Estatais (Lei n. 13.303/16), a legislação sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei n. 12.462/11) e na própria Lei n. 8.666/1993.

Não obstante a pretérita existência desses procedimentos auxiliares, denota-se, no novel diploma normativo, uma organização de tais instrumentos, que acabam por viabilizar ao Administrador Público um aparato dinâmico e robusto para dar maior efetividade e eficiência às mais diversas espécies de contratações públicas.

A Lei n. 14.133/2021, no seu artigo 78, fixou os procedimentos auxiliares:

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

I - credenciamento;

II - pré-qualificação;

III - procedimento de manifestação de interesse;

IV - sistema de registro de preços;

V - registro cadastral.

Dentro de uma perspectiva de Administração Pública dialógica, voltada para a atuação com mais presteza, sem olvidar dos princípios basilares da legalidade, supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade, verifica-se que esse conjunto de instrumentos auxiliares representa mecanismos de otimização para a gestão pública, potencializando a redução de gastos e a ampliação do atendimento às demandas da população em face das necessidades dos destinatários dos serviços públicos e fomento a boas práticas nas contratações.

## **3 CREDENCIAMENTO**

O credenciamento, na dicção do inciso XLIII do art. 3.º da Lei n. 14.133/2021, consiste no processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

Note-se que, malgrado o chamamento público estivesse diuturnamente atrelado a um mecanismo de viabilizar os contratos por inexigibilidade, o novo diploma licitatório não estabeleceu expressamente tal comando, nada obstante seja extraído do dispositivo que haverá uma precedência do procedimento auxiliar para a futura contratação direta.

É verificado, pois, que o credenciamento não se confunde com os contratos ou pactos que serão celebrados a partir dele, tendo em vista que a lei promoveu a sua definição como procedimento auxiliar, apto à produção de futuras contratações diretas, valendo frisar, ainda, da exegese do texto posto, que o legislador pareceu alargar o seu alcance para a adoção não somente na futura contratação de serviços, mas também na contratação para fornecimento/aquisição de bens, com supedâneo no art. 79, caput, da NLL.

### 3.1 CONTRATAÇÃO PARALELA E NÃO EXCLUDENTE

O credenciamento nas hipóteses de contratação paralela e não excludente ocorrerá quando restar viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas. Tal hipótese já era tradicionalmente utilizada em sede de credenciamento, uma vez que lastreada na seleção sem exclusão de certamistas.

Vale ressaltar que, na hipótese sob análise, a fim de alcançar a máxima eficiência administrativa, o substrato da realização de tal credenciamento e futura contratação se dará pela inexistência de relação de exclusão, ou seja, os interessados em celebrar contrato com a Administração Pública, uma vez preenchidos os requisitos basilares estabelecidos, poderão ser contratados.

A deflagração do credenciamento para uma posterior contratação estará atrelada ao objeto estabelecido pela Administração Pública, de tal natureza que, uma vez traçadas as balizas elementares daquilo que se pretende pagar, por exemplo, os interessados irão ser potencialmente contratados. Nesse sentido, Sidney Bittencourt (2016, p. 315) já lecionava que não há competição na hipótese em que é fixado o valor que se pretende pagar pelo objeto pretendido, e a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar os que tiverem interesse e satisfaçam os requisitos estabelecidos.

Sendo assim, na hipótese de credenciamento para a contratação paralela e não excludente, o pressuposto é justamente a não existência de concorrência direta e de alguma relação de exclusão, já que, em havendo interessados devidamente aptos à adesão aos contornos previamente traçados no edital do chamamento, poderão ser contratados.

### 3.2 SELEÇÃO A CRITÉRIO DE TERCEIROS

Para fins de otimizar os serviços, prestando-os com mais eficiência, o gestor público poderá utilizar da hipótese do credenciamento quando a escolha do fornecedor acontecer a critério do beneficiário direto da prestação.

A Administração Pública terá o papel de credenciar os prestadores interessados, mas o próprio beneficiário do serviço irá escolher o contratado. Tal situação ocorre muito no âmbito dos credenciamentos para serviços na área de saúde, como exames laboratoriais, médicos etc.

Denota-se que a efetiva contratação do serviço partirá do próprio beneficiário direto, que é o usuário do sistema, após, é claro, a existência prévia do credenciamento dos serviços postos à disposição dos usuários.

### 3.3. MERCADOS FLUIDOS

Tal hipótese permite a utilização de credenciamento com o fito de atender à pretensão contratual referente aos chamados “mercados fluidos”, em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabilizaria a seleção de agente por meio de processo de licitação.

É perceptível um alargamento da legislação no tocante ao conceito da inviabilidade de licitação, na medida em que abarca todo procedimento cujo expediente licitatório não atenda ao interesse público, devido à sua inadequação diante do formalismo da licitação que iria de encontro ao objetivo almejado com determinada contratação.

Nesse contexto, em situações em que a Administração se depare com vultosas flutuações de preço, como ocorre em mercados fluidos, deverá haver uma adaptação ao regime de preços dinâmicos, a fim de que possa ter êxito em tais tipos de pactos. Os preços dinâmicos são determinados por algoritmos, baseados em inteligência artificial, que levam em consideração múltiplas variáveis para definir o melhor preço para aquele produto específico, para aquele cliente, naquele momento, o que sobressalta um grande desafio para a formatação de sistemas de compras públicas (NÓBREGA; TORRES, 2020).

Por conseguinte, a questão dos preços dinâmicos, que são determinados por algoritmos, ancorados na inteligência artificial, cada vez mais presente em todas as formas de contratação, acaba por levar a múltiplas variáveis para efeito de definição do melhor preço para aquele cliente, momento e sobre determinado objeto específico, acarretando um desafio singular na formatação de sistemas de compras públicas da atualidade.

## 4 PRÉ-QUALIFICAÇÃO

O procedimento da pré-qualificação não é propriamente uma novidade no sistema jurídico, uma vez que a vetusta lei licitatória<sup>3</sup> de 1993 já estabelecia a possibilidade da sua utilização, qualificando previamente os licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomendasse a análise mais detida da qualificação técnica dos interessados, malgrado a NLL tenha contornos que propiciem mais segurança, eficiência e perenidade.

### 4.1 PRÉ-QUALIFICAÇÃO (PERMANENTE)

A pré-qualificação consiste no procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto, adquirindo, pois, no novo diploma das licitações, um alargamento com relação ao quanto outrora disposto na Lei n. 8.666/1993 e um caráter permanente capaz de potencializar a eficiência da atividade administrativa.

O novel diploma normativo apresenta uma pré-qualificação com caráter permanente, cujo procedimento técnico-administrativo visa, previamente, selecionar *licitantes* que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos; ou selecionar *bens* que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

Pode-se perceber, de pronto, que a possibilidade do manejo do procedimento de pré-qualificação reverencia o princípio constitucional e administrativo da eficiência, máxime no tocante às fases de verificação dos requisitos habilitatórios, julgamento e idoneidade das propostas.

É um procedimento auxiliar que pode agregar sobremaneira para a gestão pública, haja vista que seu caráter permanente viabiliza a antecipação de análise dos critérios de habilitação técnica para os mais diferentes processos licitatórios, dando concretude à eficiência administrativa. Assim, a pré-qualificação estará aberta de forma permanente para a inscrição dos interessados, podendo ser parcial ou total, contendo todos ou alguns requisitos ínsitos à habilitação para a contratação futura, sempre sendo prestigiada a isonomia com relação aos demais licitantes.

Ademais, insta registrar que a certificação proveniente do procedimento da pré-qualificação terá validade de um ano, podendo ser atualizada a

---

<sup>3</sup> “Art. 114. O sistema instituído nesta lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados”. Vale reforçar que o Decreto-Lei n° 2.300/86 também gizava a possibilidade de habilitação dos interessados em procedimento prévio ao certame licitatório.



qualquer tempo, de modo que é importante frisar que a melhor exegese é a de que a certificação não poderá ser superior ao prazo de validade dos documentos apresentados dentro deste espectro temporal previsto na lei.

A pré-qualificação permanente é mais um instrumento valioso para auxiliar o aparato licitatório futuro, tendo a Administração Pública a possibilidade de produção de análise única das condições técnicas de eventuais fornecedores ou da qualidade dos seus objetos, reduzindo significativamente as intermináveis e sofridas verificações das avaliações técnicas dos participantes ou de bens de interesse, fomentando, indubitavelmente, a eficiência na máquina pública e mitigação dos gastos tanto para a Administração quanto para os licitantes.

#### 4.2 ESPÉCIES DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO

O comando normativo da Lei n. 14.133/2021 estabelece que a pré-qualificação permanente poderá ser utilizada para identificar os licitantes com aptidão para a futura execução contratual ou para identificar bens que possam atender às exigências técnicas ou de qualidade fixadas pela Administração Pública, de modo que teremos de um lado a pré-qualificação subjetiva e do outro a pré-qualificação objetiva.

No contexto dessa dicotomia detectada na nova legislação (pré-qualificação subjetiva e objetiva), é oportuno destacar que a pré-qualificação subjetiva não pode ser confundida com o registro cadastral, porquanto o teor do ato administrativo decisório no âmbito da pré-qualificação subjetiva resulta em documento mais substancial com relação ao certificado de registro cadastral.<sup>4</sup>

Note-se que, enquanto a pré-qualificação subjetiva poderá ocorrer por segmentos de objetos ou grupos a serem contratados, em diferentes espécies de propósitos contratuais, tais como serviços, aquisições e/ou obras, a pré-qualificação objetiva cingirá à identificação de bens aptos para atender às pretensões da Administração Pública, com observância às exigências técnicas ou qualidade exigida.

Por fim, a pré-qualificação permanente poderá ser efetuada de forma total, se mencionar todos os requisitos exigíveis nas futuras licitações respectivas ou parcial, na medida em que for efetivada tão somente para comprovar parte da qualificação técnica do futuro certame.

---

<sup>4</sup> “Há uma carga decisória muito mais intensa na pré-qualificação do que no cadastro. O sujeito apresenta documentos para o cadastramento. O certificado de registro cadastral é emitido em favor dele para utilização em licitações futuras, nas quais haverá a decisão sobre o preenchimento dos requisitos necessários para a habilitação. Já a pré-qualificação envolve não apenas a apresentação da documentação, mas também a emissão de um ato administrativo formal no sentido de que o sujeito detém requisitos específicos de habilitação técnica” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 61-97).

### 4.3 O PROCEDIMENTO DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO

A pré-qualificação visa selecionar previamente licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos, bem como para selecionar bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração Pública.

O procedimento de pré-qualificação será carreado por edital que terá as informações mínimas necessárias para a definição do objeto, assim como a modalidade, a forma da futura licitação e os critérios de julgamento, e a apresentação dos documentos será efetuada perante comissão ou órgão indicado pela Administração, que deverá examiná-los no prazo máximo de dez dias úteis e determinar correção ou reapresentação de documentos, quando for o caso, com vistas à ampliação da competição.

Nesse passo, a partir do momento em que a Administração Pública decidir pelo procedimento de pré-qualificação permanente de bens (objetiva) ou dos fornecedores licitantes (subjativa), deverá convocar os potenciais interessados para demonstração do cumprimento dos requisitos editalícios.

Vale lembrar que a Lei n. 14.133/2021 ainda estabeleceu, conforme artigo 165, a possibilidade de recurso, no prazo de três dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado. O recurso será dirigido à autoridade que tiver praticado o ato ou proferido decisão, que, em não sendo reconsiderada, no prazo de três dias úteis, encaminhará o recurso, de forma motivada, para a autoridade superior que deverá decidir, a partir do recebimento do expediente, no prazo máximo de dez dias úteis.

Haverá a possibilidade de apresentação de contrarrazões no prazo de três dias úteis, sendo curial ainda pontuar que, em virtude da essência da pré-qualificação, a fase recursal, de certa forma, fica, do ponto de vista prático, um tanto quanto mitigada, por causa do caráter permanente e continuamente aberto do procedimento, não sendo ínsito do procedimento auxiliar, em tese, um expediente de competição.

Por fim, vale reforçar que a pré-qualificação terá validade de um ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo, mas não poderá ser superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados, pela própria essência e logicidade do procedimento, salientando-se, ademais, que os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público, com lastro na publicidade e transparência.

## 5 PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

O procedimento de manifestação de interesse (PMI) reveste-se de mais um instrumento auxiliar de eficiência administrativa, uma vez que consiste em ferramenta viabilizadora de absorção de *expertise* do mercado pela Administração Pública quando esta, malgrado reconheça uma necessidade administrativa, não consegue, com precisão, estabelecer a definição daquilo que se pretende contratar.

A verificação de que a Administração Pública tem dificuldades para definir aquilo que se quer contratar insta o gestor público, notadamente em situações de pluralidade de resolução das demandas ou complexidade do objeto, a promover a instauração do procedimento de manifestação de interesse, com o fito de solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.<sup>5</sup>

### 5.1 DA INEXISTÊNCIA DE DIREITO DE PREFERÊNCIA

A Administração Pública, no bojo do PMI, poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento a ser inaugurado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública.

A manifestação de interesse para que a iniciativa privada ofereça alternativas que colaborem com as demandas administrativas e com a consequente oferta de soluções não franqueia ao autor do projeto, ainda que possa participar da futura licitação,<sup>6</sup> qualquer direito de preferência na contratação ulterior.

Sendo assim, a realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifes-

---

<sup>5</sup> Lei nº 14.133/2021. “Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.”

<sup>6</sup> A Lei nº 13.303/2016 (a Lei das Estatais) já estabelecia que o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame quebrando, assim, um dogma presente no seio da Lei n. 8.666/1993, já que, conforme este diploma normativo defeso é a participação do autor de projeto em futura licitação.

tação de interesse previsto não atribuirá ao realizador direito de preferência no posterior processo licitatório, consoante inciso I, § 2.º, do art. 81 da Lei n. 14.133/2021.

## 5.2 DO FUTURO PROCESSO LICITATÓRIO E DO RESSARCIMENTO

Após a definição da pretensão administrativa, por intermédio do PMI, a Administração Pública poderá (ou não) promover o procedimento licitatório pertinente, ou seja, ultimados os trabalhos no âmbito do procedimento de manifestação de interesse, não restará obrigada a Administração a licitar e o trabalho efetivado pela iniciativa privada que depositou o projeto não representará, automaticamente, não direito ao ressarcimento pelos valores despendidos na elaboração do projeto.

A não obrigatoriedade do ulterior procedimento licitatório e ausência de ressarcimento ao autor do projeto suscitam debates, uma vez que tais diretrizes normativas podem acarretar insegurança para aqueles interessados, ante os investimentos em engendrar os levantamentos, investigações, estudos e projetos atinentes à demanda administrativa.

Ademais, vale salientar que o futuro procedimento licitatório pode ser vencido por interessados que não participaram do procedimento auxiliar prévio, de modo a ser mais uma questão a ser bem refletida por parte do Poder Público no momento da escolha por esse procedimento.

É bem verdade que esses regramentos supra têm por escopo dar maior proteção ao Erário, mormente pelo fato de que a Administração Pública não irá remunerar o autor do projeto, que o será somente pelo vencedor da futura licitação, sendo defeso, em qualquer hipótese, cobrar valores ao Poder Público. No entanto, é salutar que o Poder Público reflita bem e planeje, com as cautelas e responsabilidades inerentes ao expediente, a fim de que o PMI não seja utilizado a esmo, o que poderá trazer um desestímulo para os interessados e infrutíferas licitações futuras.

## 5.3 PMI E STARTUPS

A Lei n. 14.133/2021, atribuindo saudavelmente, ao que parece, máxima efetividade do comando normativo constitucional, no tocante ao tratamento jurídico diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, trouxe a possibilidade de restringir o PMI às startups.

O novel diploma licitatório considera como startups:

[...] os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que

possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração (BRASIL, 2021).

Percebe-se, pois, que o diploma normativo está em sintonia com o indispensável tratamento singular aos microempreendedores, que representam parte significativa da dinâmica econômica nacional.

## **6 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS**

O Sistema de Registro de Preços, um dos mais eficientes instrumentos auxiliares das contratações públicas, consiste num conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e à aquisição e locação de bens para contratações futuras, conforme inteligência do inciso XLV do art. 6.º da Lei n. 14.133/2021.

Tal procedimento auxiliar já estava previsto na Lei n. 8.666/1993, embora ainda não tão utilizado por alguns entes públicos, o que compromete sobremaneira a realização de uma gestão eficiente, porquanto o Sistema de Registro de Preços propicia um planejamento de compras e futuras contratações de modo célere, eficaz e profícuo, zelando pela economicidade, equilíbrio e eficiência administrativa.

O registro de preço era vocacionado eminentemente para as compras, de modo que a Administração Pública efetuava seus procedimentos licitatórios coletando os preços apresentados e formalizando uma ata, com o quantitativo almejado, mas, com lastro na atual legislação, houve a extensão do Sistema de Registro de Preços para ser utilizado nas contratações de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia.

É, sem dúvida, um importante instrumento para a dinâmica e a eficiência administrativa, ficando os preços, após procedimento licitatório, registrados no sistema de cadastro da Administração Pública, consubstanciados na ata de registro de preços, e, no período de vigência da respectiva ata, haverá a possibilidade de o gestor solicitar os bens e/ou serviços na medida das suas necessidades.

### **6.1 DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PARA REGISTRO DE PREÇOS**

O novel diploma normativo estabeleceu que o edital deverá dispor sobre:

I - as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida;

II - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;

III - a possibilidade de prever preços diferentes:

- a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;
- b) em razão da forma e do local de acondicionamento;
- c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;
- d) por outros motivos justificados no processo;

IV - a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;

V - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;

VI - as condições para alteração de preços registrados;

VII - o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;

VIII - a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital;

IX - as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências (BRASIL, 2021).

Ademais, vale lembrar que o Sistema de Registro de Preços, além da sua utilização para a contratação de bens e serviços, poderá também ser utilizado para obras e serviços de engenharia, atentando-se para as seguintes condições:

**Art. 82 [...]**

§ 5º [...]

I - realização prévia de ampla pesquisa de mercado;

II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;

III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle;

IV - atualização periódica dos preços registrados;

V - definição do período de validade do registro de preços;

VI - inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original. (BRASIL, 2021).

É um instrumento auxiliar capaz de colaborar, de forma decisiva, para as boas práticas de governança, fomentando a economicidade e a dinâmica eficiente no trato com a coisa pública.

## 6.2 CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DO SRP

O Sistema de Registro de Preços, um dos mais consagrados procedimentos auxiliares nas contratações públicas, é detentor de características próprias e específicas que foram absorvidas pela nova legislação, em face da sua sedimentação.

Uma característica marcante do SRP é a não necessidade de dotação orçamentária prévia, uma vez que o foco imediato não é a própria contratação, mas, sim, o registro de preços para uma futura aquisição de bens e/ou serviços, de modo que o suporte orçamentário será indispensável ao tempo da efetiva contratação. Sendo assim, já se vislumbra mais uma característica, que é a da facultatividade da contratação, haja vista que o registro formal dos preços não significa a obrigatoriedade da aludida contratação.

Nada obstante a facultatividade da contratação, uma característica também específica do SRP é a preferência para o preço registrado em caso de futura contratação, já que, por uma certa obviedade, não seria razoável e compreensível que houvesse uma licitação para registro de preço vantajoso e outra cuja oferta final para contratação estivesse com o mesmo preço, sem o resguardo do direito de preferência daquele fornecedor que outrora registrou o compromisso de oferta do produto/serviço, diante dos valores iguais ou menores do que aqueles verificados no novo procedimento licitatório.

É importante também registrar que a adoção ao Sistema de Registro de Preço é facultativa, malgrado seja bastante utilizada para imprimir celeridade e eficiência administrativa, já que é um procedimento auxiliar que otimiza a gestão diante de contratações frequentes e repetitivas, conferindo maior dinâmica em face de imprecisões nas estimativas dos quantitativos de objetos e organização na demanda dos mais diferentes órgãos solicitantes.

Além disso, notam-se como características específicas a possibilidade de manejo do SRP para uma diversidade de pretensões contratuais, viabilizado pelo órgão que conduz os procedimentos (órgão gerenciador), gerando



economia de escala, mitigando a burocracia e imprimindo maior eficiência na gestão pública, bem como a existência de uma ata de registro de preços, consistindo no documento vinculativo, com natureza obrigacional, de modo a firmar um compromisso por parte do fornecedor na entrega futura dos bens ou serviços porventura contratados, constando, pois, na aludida ata, os preços registrados, os órgãos participantes, os fornecedores e todas as condições a serem praticadas, nos termos das especificações contidas no edital.

### 6.3 DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

A ata de registro de preços é documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas, tendo uma vigência de um ano, com possibilidade de prorrogação pelo mesmo prazo, desde que esteja comprovada a vantajosidade do seu preço.

Impende registrar a diferença acerca da vigência da ata de registro de preço e a vigência relativa ao contrato proveniente da respectiva ata, haja vista que o instrumento contratual a ser celebrado em decorrência da ata de registro de preço tem vida própria, ou seja, é autônomo e, uma vez celebrado, poderá inclusive ter um prazo de vigência superior ao da ata, desde que tenha sido pactuado anteriormente ao término da vigência da ata de registro de preço.

Os preços registrados poderão ser alvo de revisão em virtude das variações dos preços praticados no mercado ou de acontecimentos que dê ensejo à elevação de custos dos bens ou serviços registrados. Vale frisar que, no âmbito federal, o Decreto n. 7.892/2013 regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n. 8.666/1993, de modo que, observando a autonomia dos demais entes, certamente surgirão regulamentos específicos para pormenorizar a ferramenta do SRP.<sup>7</sup>

É oportuno ressaltar, conforme elencado como uma das características do SRP, que a Administração Pública não está compelida a efetuar contratação de bens ou serviços em virtude da existência da ata de registro de preços, embora o licitante vencedor esteja obrigado a fornecer as quantidades pre-

---

<sup>7</sup> É sempre válido frisar que o art. 78, § 1º, da Lei nº 14.133/2021 estabeleceu, de forma genérica, a necessidade de regulamento para os instrumentos auxiliares, prescrevendo que “os procedimentos auxiliares de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento”, de modo que a edição de regulamento será importante para dar mais segurança jurídica aos aludidos procedimentos.

vistas na ata pelo preço ali consignado e quando solicitadas pela Administração, podendo surgir, de uma ata de registro de preços, variados contratos.

Note-se que também é possível que haja nova licitação com o mesmo objeto indicado na ata de registro de preços, com a observação de que não poderá ser encampada proposta com preço superior ao registrado em ata, havendo, é claro, a preferência do anterior licitante cujo preço consta no registro da ata, caso o valor seja igual ou inferior aos novos valores do certame posterior.

#### **6.4 REGISTRO DE PREÇO E ÓRGÃO GERENCIADOR PARTICIPANTE E NÃO PARTICIPANTE (CARONA)**

A novel legislação licitatória tratou de definir os órgãos e entidades gerenciadoras participantes e não participantes, de modo a delimitar suas respectivas atuações no procedimento.

O órgão ou entidade da Administração Pública que será responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e pelo gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente será o órgão ou entidade gerenciadora, ao passo que caberá ao órgão ou entidade participante a finalidade de participar dos procedimentos iniciais da contratação para registro de preços e integrar a ata de registro de preços.

Por seu turno, o órgão ou entidade não participante (chamado de “carona”) não participa dos procedimentos iniciais da licitação para registro de preços nem integra a ata de registro de preços, podendo fazer a adesão à respectiva ata, ainda que não tenha efetivamente participado, no âmbito da fase interna, do procedimento licitatório. Assim, todos os órgãos que não tenham participado da fase instintiva do certame são “não participantes”, registrando que a doutrina tece justificáveis críticas no tocante à expressão utilizada pelo legislador, uma vez que “a nomenclatura incorre na imprecisão de não categorizar os ‘não participantes’ que aderem à ata daqueles que não aderem” (TORRES, 2021), olvidando-se da nomenclatura mais apropriada e consolidada na jurisprudência e doutrina, que é a do “órgão aderente”.

#### **6.5 SRP PARA OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA**

Há muito as discussões acerca do Sistema de Registro de Preços para a contratação de obras não desaguavam num entendimento uniforme, ora o Superior Tribunal de Justiça, de forma vanguardista, entendendo pela possibilidade, ora as Cortes de Contas sendo mais cautelosas diante da ausência de sintonia entre a exegese da legislação mais estrita do SRP e a essência e especificidades de obras de engenharia.

Nessa esteira, o TCU tinha um entendimento no sentido de rechaçar a possibilidade do Sistema de Registro de Preços para obras e serviços de engenharia, conforme diversos precedentes, como o Acórdão n. 296/2007 e, mais recentemente, o n. 980/2018, com sua passagem ora transcrita:

O Sistema de Registro de Preços não é aplicável à contratação de obras, pelo fato de o objeto não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas no art. 3º do Decreto 7.892/2013 e também porque, na contratação de obras, não há demanda por itens isolados, pois os serviços não podem ser dissociados uns dos outros (TCU, ACÓRDÃO N. 980/2018, PLENÁRIO).

O fato é que a NLL espantou as controvérsias com o advento do art. 85, estabelecendo expressamente a possibilidade de a Administração contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo SRP, observados alguns requisitos, como a existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional, e a necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

Inferre-se do novo dispositivo que o legislador buscou viabilizar o SRP para as obras e serviços de engenharia com uma mitigada complexidade, quando, naturalmente, a demanda seja mais corriqueira, singela e de natureza comum, tal como a construção de moradias populares e sua manutenção, limpeza de córregos e galerias pluviais, de modo que os preços de tais obras e serviços mais simples possam estar registrados, a fim de se buscar a solução mais célere e eficiente dos expedientes administrativos.

Por conseguinte, o Sistema de Registro de Preços para obras e serviços de engenharia contribuirá para otimizar as contratações desse jaez, desde que as demandas estejam revestidas de menor complexidade, que sejam cotidianas e sem maiores especificidades, de modo que possam ser padronizadas e que tenham sintonia com o escopo do SRP, que é justamente viabilizar contratações em larga escala e seriadas.

## **7 REGISTRO CADASTRAL**

O procedimento auxiliar do registro cadastral, também contido em legislações pretéritas, viabiliza a antecipação de documentos de habilitação para futuros certames, contribuindo para a mitigação de despesas tanto para o Poder Público como para os interessados que participarão dos mais diversos procedimentos licitatórios.

Tal procedimento auxiliar, também conhecido como cadastramento, representa uma verdadeira habilitação prévia, no sentido de antecipar, com segurança e tempestividade, documentos relativos à habilitação jurídica, qualificação econômica, regularidade fiscal, simplificando a parte burocrática

ínsita aos procedimentos licitatórios, com a vantagem de que, através deste instrumento auxiliar, as empresas têm a chance de retificar a documentação apresentada sem o risco de ser defenestrada do certame.

Com o advento de muitas ferramentas tecnológicas, como o Sicaf<sup>8</sup> no âmbito federal, o registro cadastral é um instrumento facilitador para o armazenamento de documentação referente aos potenciais futuros contratados, de modo que tal feixe de documentos poderá ser utilizado em diferentes procedimentos licitatórios, fomentando eficiência administrativa e segurança jurídica.

Nesse contexto, a NLL acabou por inovar no sentido de pretender unificar os registros cadastrais, antes pulverizadas nas mais diversas entidades federativas, desaguando no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

## 7.1 REGISTRO CADASTRAL E O PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNCP)

Os órgãos e entidades da Administração Pública, conforme reza o art. 87 da NLL, deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.

Percebe-se quão paradigmática é a introdução, pela novel legislação, do PNCP, que, com caráter nacional, viabilizará um terreno fértil para um cadastro único de fornecedores para todos os órgãos e entidades da Administração Pública na República.

É, sem dúvida, um horizonte desafiador, na medida em que o cadastro único de fornecedores acarretará debates no âmbito da autonomia administrativa de cada ente, criando ao mesmo tempo um ambiente de segurança jurídica, transparência, competitividade, economicidade e sobretudo eficiência administrativa.

Urge salientar que o sistema de registro cadastral unificado será público, com ampla divulgação e estará permanentemente aberto para que qualquer interessado possa ser credenciado. É obrigatória também a realização de chamamento público pela *Internet*, no mínimo, anualmente, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados, sendo oportuno frisar que o interessado poderá, a qualquer momento, ser credenciado.

---

8 O Sistema Unificado de Cadastramento de Fornecedores (Sicaf) consiste num módulo informatizado que compõe o Sistema Integrado de Administração de Serviço Gerais (Sisg), regulamentado pelo Decreto nº 3.722, de 9 de janeiro de 2001, criado para viabilizar o cadastramento de fornecedores de materiais e serviços no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, em licitações e contratações.

Ademais, com o fito de evitar pulverizar as práticas administrativas díspares em diversos órgãos e tentando a unificação do procedimento, proibiu-se a exigência de registro cadastral complementar para acesso a edital e anexos, demonstrando a pretensão de uniformização dos expedientes.

## 7.2 REGISTRO CADASTRAL E LICITAÇÃO

O fornecedor interessado apresentará os elementos necessários exigidos para a habilitação previstos na NLL ao solicitar, a qualquer tempo, a sua inscrição no cadastro ou a sua atualização, salientando que, uma vez inscrito, considerada sua área de atuação, será classificado por categorias, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômico-financeira avaliada, de acordo com regras objetivas divulgadas em sítio eletrônico oficial.

Vale aduzir que o interessado inscrito receberá um certificado do registro cadastral, podendo ser renovado sempre que houver a atualização do cadastramento, ressaltando que o aludido registro cadastral não é obrigatório, como, aliás, já gizava a Lei n. 8.666/1993, malgrado o registro seja um facilitador para a desburocratização e eficiência dos processos licitatórios.

O legislador ainda estabeleceu a possibilidade de realização de procedimento licitatório restrito aos fornecedores cadastrados, não obstante permita que os fornecedores que realizaram seu cadastro dentro do prazo fixado no instrumento convocatório possam participar do certame.

A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro de inscrito que deixar de satisfazer exigências previstas por regulamento ou na NLL, nos termos do § 5.º do art. 88.

## 7.3 REGISTRO CADASTRAL E AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO

Um desafiador cenário foi a previsão do art. 88, § 3.º, no sentido de estabelecer que a atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual.

O aludido documento comprobatório de desempenho será baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e em eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada. Tal dispositivo já é alvo de muitas reflexões, porquanto, devido ao caráter nacional do PNCP, a parametrização do controle dos mencionados registros e o legítimo direito dos interessados em contestarem as eventuais observações famigeradas em cadastro poderão acarretar debates intensos.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que o desiderato da Administração Pública é atender a um fim público, ou seja, às necessidades coletivas, de modo que um texto normativo de licitações e contratos administrativos tem importância fundamental para a atividade administrativa ser desempenhada a contento, na busca da plena satisfação das demandas sociais.

Perlustrando a Lei n. 14.133/2021, percebe-se que, malgrado alguns dispositivos tenham gerado intensos e saudáveis debates em face das suas controvérsias de ordem técnico-jurídica, o legislador andou bem ao melhor sistematizar os procedimentos auxiliares das licitações e das contratações.

Observa-se, no novo diploma licitatório, uma escorreita organização dos instrumentos auxiliares, propiciando ao gestor público ferramentas relevantes para o cumprimento dos seus fins, com o credenciamento, a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse, o SRP e o registro cadastral. Um robusto e dinâmico conjunto de procedimentos auxiliares postos à disposição da Administração Pública na busca de imprimir maior efetividade e eficiência nas funções administrativas e nas diversas espécies de contratações públicas.

Destarte, os procedimentos auxiliares das licitações e dos contratos sistematizados pela Nova Lei de Licitações, não obstante os aperfeiçoamentos e detalhamentos necessários, guardam sintonia com os princípios constitucionais e administrativos, podendo-se extrair, da sua essência normativa, que tais instrumentos, quando bem utilizados, poderão gerar redução de gastos, ampliação do atendimento às demandas da população, eficiência administrativa e fomento a boas práticas de governança.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BITTENCOURT, Sidney. **Contratando sem licitação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 315.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 111.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público** – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 61-97, out./dez. 2011.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. **A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace o turning point da inovação nas compras públicas**. 2020. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas>. Acesso em: 29 set. 2021.

TORRES, Ronny Charles L. de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.



## 2

# A LEGITIMIDADE DO PODER EXERCIDO PELO GOVERNANTE A PARTIR DA TRAGÉDIA GREGA: ENTRE A ANTÍGONA DE SÓFOCLES E OS RECENTES CASOS DE ABUSO DO PODER ESTATAL NO BRASIL

*André Vieira Freire<sup>9</sup>*

A crítica ao governante é exercício cotidiano na democracia moderna pelos governados; seja nas páginas jornalísticas, nos conteúdos de humor ou nas conversas prosaicas de corredores e botecos, o sentimento é de que algo sempre está ruim a ponto de merecer reclamações. No humor brasileiro, aliás, os políticos representam alvo favorito, seja no tempo do chargista Alfredo Storni, na República Velha, seja na época áurea do periódico “O Pasquim”, berço de geniais cartunistas, até a fase atual dos “memes” da internet. Essa insatisfação rotineira, contudo, não se confunde com a desconexão de propósitos entre o povo e o titular do poder, que pode ensejar uma verdadeira crise institucional.

Ainda na alvorada da democracia, na Grécia Antiga, 442 anos antes de Cristo, o dramaturgo Sófocles enxergou o latente conflito entre aquele que exerce o poder, mas com pretensões egoísticas, e o povo, que lhe confiou suas legítimas expectativas. Com esse pano de fundo, a saga de Antígona é contada com riqueza de reflexões e debates, possibilitando incontáveis abordagens jurídicas. No presente trabalho, importará essa dicotomia que orienta os limites do exercício do poder estatal.

Antígona, em essência, representa a voz que se levanta contra o arbítrio do poder soberano, pioneira em mobilizar a opinião pública, ainda que sofra as duras sanções da opressão estatal. Sabia, desde o início, que sua revolta a conduziria a um fim trágico, mas manteve sua irresignação contra a injustiça

---

<sup>9</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduado em Direito Público. Aluno especial da disciplina Direito, Arte e Literatura, oferecida pelo PPGD/Ufba no semestre letivo 2022.1. Advogado e Procurador do município do Salvador.

imposta por Creonte, com determinação inflexível e irrevogável. As consequências do embate são lapidares, a ponto de servirem ao estudo comparado com recentes exemplos da política brasileira, o que evidencia certa atemporalidade das peculiaridades do sistema democrático.

Assim, dois eventos políticos serão apresentados: o indulto presidencial concedido ao ex-deputado federal Daniel Silveira por Jair Bolsonaro e a nomeação do presidente Lula ao Ministério da Casa Civil por Dilma Rousseff em 2016. Não por coincidência, optou-se, neste trabalho, pela indicação de condutas similares oriundas de grupos políticos opostos, tanto para evitar a polêmica de posicionamento político, no contexto da polarização que assola o país, como, precipuamente, para demonstrar que nenhum governante está isento da tendência de abusar do próprio poder.

Ao final, caberá a reflexão sobre como a sociedade pode reagir ao abuso de poder, sobre as consequências institucionais dessa crise de legitimidade e sobre o cenário ideal de prevenção desse tipo de conflito.

## **1 O CONFLITO ENTRE ANTÍGONA E CREONTE COMO DICOTOMIA ENTRE O DIREITO EXERCIDO PELO GOVERNANTE E O DIREITO ESPERADO PELOS GOVERNADOS: SIMETRIA COM A REALIDADE POLÍTICA BRASILEIRA**

Em *Antígona*, Sófocles enceta sua trama com a morte dos filhos de Édipo, Etéocles e Polínicos, na sequência da Trilogia Tebana, os quais se mataram em fratricídio na luta pelo trono de Tebas. Favoreceu-se Creonte, que assume o poder pela linha sucessória. Em seu primeiro ato como governante, deliberou Creonte sobre o sepultamento dos irmãos Labdácidas: Etéocles, por ter se posicionado junto aos concidadãos tebanos, receberia todas as homenagens devidas aos mortos e aos deuses; Polínicos, por ter se associado a estrangeiros contra o bem-estar cívico de Tebas, seria largado longe das fronteiras da cidade, sem sepultamento, para ser dilacerado pelos animais selvagens. Creonte, com isso, pretendia prestigiar a lealdade dos que morreram por Tebas, enquanto transmitia o prenúncio de castigo aos que se aventurassem em traição cidadã.

Antígona, por seu lado, rejeita o édito e enfrenta Creonte para assegurar os ritos sagrados a seu irmão Polínicos, por sustentar que as leis humanas não poderiam submeter as leis divinas. Para ela, a obrigação familiar de homenagens póstumas seria maior que qualquer obrigação cívica imposta por mera determinação legal. Enquanto Se não enxergava qualquer dilema, vez que nada poderia prevalecer em oposição ao bem-estar da cidade, Antígona tampouco, uma vez que nada prevaleceria em face do dever familiar. Em boa síntese, a professora Martha Nussbaum, na obra “A Fragilidade da Bondade”, assim apresenta o conflito entre as duas posições:

Para um espectador que tenha mais ou menos essa concepção das coisas, a situação de Creonte nessa peça suscitaria vividamente uma tal questão de conflito entre valores maiores. Pois Polinice é um membro da família de Creonte com um grau de parentesco próximo. Creonte tem, pois, a obrigação religiosa mais profunda possível de enterrar o cadáver. Contudo, Policine era um inimigo da cidade; não simplesmente um inimigo, mas um traidor. Cadáveres de inimigos devem ser devolvidos a seus parentes para um funeral honroso; aos traidores, não se tem toda essa consideração. Muito embora a lei aparentemente não impeça que os parentes de traidores organizem seu funeral fora da Ática, o enterro dentro do território ático era estritamente proibido; e a própria cidade se encarregava simplesmente de depositar além desses limites o cadáver não enterrado. Fazer mais do que isso, presumivelmente, subverteria valores cívicos por honrar a traição. Assim, como representante da cidade, Creonte deve cuidar para que não se honre o cadáver de Polinice – embora não se esperasse que ele chegasse ao extremo de proibir ou impedir um funeral a considerável distância da cidade. No entanto, como membro da família, essa mesma pessoa estaria sob uma obrigação irrevogável de promover ou organizar o enterro (NUSSBAUM, 2009, p. 47).

Como se percebe, as convicções das personagens revelam simetria em sua oposição, o que não elide o conflito que daí defluiu, culminando-se na condenação de Antígona à morte por Creonte. Ocorre que, embora Creonte fundamente a sua conduta no resguardo dos valores tebanos, a própria cidade rejeita tal posição, solidarizando-se a Antígona e aos valores representados por suas ações. O próprio Hêmon, filho de Creonte, alerta-o de que o povo nas ruas contesta as suas determinações, ao que é respondido, com a arrogância de um déspota, que dispensa qualquer satisfação do exercício do poder a seus próprios destinatários. A professora Martha Nussbaum (2009, p. 48) destaca esse antagonismo entre a posição do governante e os anseios de seu povo:

O cuidado com que Creonte afirma sua política indica que ele sabe que está dizendo algo novo, algo que nem todos aceitariam de pronto. Posteriormente, aprendemos que a maioria dos cidadãos acredita que a honra é devida mesmo aos que desonram a cidade, se for na busca por algum outro fim honroso (730-3). O respeito de Creonte pelo bem cívico e seus instrumentos é visto por eles como algo que entra em conflito com outros deveres de respeito.

Sob outro viés, o professor François Ost, na obra “Contar a Lei”, parte do conflito da trama – a dicotomia entre o dever cívico e o dever familiar – para refletir sobre a postura de resistência ao poder ilegítimo, a exemplo das diversas formas de desobediência civil, indicando que qualquer valor, se tomado por absoluto e aplicado irrefletidamente, pode ensejar flagrante injustiça:

Na cultura universal, a *Antígona* de Sófocles permanece o modelo inigualado, incessantemente reproduzido, jamais esgotado, da resistência ao poder. Essa resistência, no entanto, só aparece como um remédio último quando todas as outras saídas, jurídicas e políticas, fecham-se. Embora a peça de Sófocles se inicie no momento em que o irreparável já foi cometido, as outras saídas são explicitamente tratadas na sequência: com efeito, Creonte poderia ainda voltar atrás em sua decisão e consentir enfim as honras fúnebres a Polínicês. Mas todas as portas se fecharão sucessivamente: Antígona e Creonte não conseguirão se entender sobre a hierarquia dos direitos aplicáveis; instruindo o processo de Antígona, Creonte não lhe reconhecerá causa de escusa ou de justificação, nem circunstâncias atenuantes; o indulto lhe será assim recusado; interpelado por Hêmon, que o convida a rediscutir a orientação de sua política, Creonte recusa todo questionamento de suas opções.

Esses bloqueios sucessivos só poderão conduzir à destruição recíproca dos protagonistas. No caminho, porém, Sófocles deixa entrever um certo número de linhas de fuga (uma cidade aberta, reflexiva, composta de homens e de mulheres livres) e sobretudo sugere os limites (que são também garantias, esse é o paradoxo) da autonomia política: é que tanto o justo legal como o bem político podem eles próprios se revelar injustos e maus se acabam por se absolutizar, esquecidos do espaço terceiro, instituinte (e, nesse sentido, indisponível), no seio do qual operam (OST, 2004, p. 183).

Segundo Ost (2004, p. 189), “a grande cena de confronto de Creonte e de Antígona ilustraria, de maneira nunca igualada, a tensão que opõe a razão de Estado, de um lado, e a objeção de consciência, de outro”. Desse confronto, o espectador aufere percepção de injustiça e tende a se filiar à luta de Antígona, mesmo em desacato à ordem legal estabelecida no contexto da peça: “já foi dito que toda ciência começa por uma recusa; com Antígona, compreende-se que toda justiça origina-se por uma denegação – a recusa da injustiça. O grito do rebelde, antes da partilha dos direitos” (OST, 2004, p. 184). Ainda assim, prevaleceu a força estatal, e Antígona fracassou em seus anseios. Haveria consequências para Creonte enquanto governante? Ost (2004, p. 214) também pergunta: “se Creonte tinha certamente o poder de adotar seu édito, possui ele autoridade para mantê-lo contra a opinião de todos?”, e conclui:

A verdade, dirá Hêmon, ‘não é o apanágio de uma pessoa’ (v. 706) e ‘instrui-se permanentemente nada tem de vergonhoso’ (v. 710). Sendo assim, o único verdadeiro erro político, numa cidade boa, consiste em recusar o diálogo e obstinar-se em levar adiante uma decisão cada vez mais contestada. ‘Por não prestar atenção nas escotas, o marinheiro acaba fazendo virar o navio’ (v. 715); do mesmo modo, ao obstinar-se em *monos phronein* (v. 707) e *monos archein* (v. 739), em pensar e comandar sozinho, Creonte acabará por reinar sobre um deserto (OST, 2004, p. 220)

A trama termina como verdadeira tragédia grega: com diversas mortes. Antígona é exilada em uma caverna para a morrer lentamente, mas logo comete suicídio; Hêmon, que lhe devotava amor, ao saber de sua morte, comete também suicídio; Eurídice, mãe de Hêmon e esposa de Creonte, suicida-se em sequência, diante da morte de seu filho. Toda essa culpa pesa, então, sobre Creonte, que termina com suas convicções sobre o papel do governante abaladas e sua reputação perante o próprio povo destruída. Em relação ao comportamento do povo tebano, assim destaca Martha Nussbaum (2009, p. 52):

Posteriormente, Hemon nos diz explicitamente que a cidade compreendida como um *povo* (*homóptolis léos*, 733) apoia Antígona – mesmo que ainda pareça plausível para Creonte julgar que as ações dela ameaçam a segurança pública. Uma cidade é todo um complexo, composto de indivíduos e famílias, com todas as preocupações discrepantes, confusas e às vezes conflitantes que os indivíduos e as famílias têm, incluindo suas práticas religiosas, sua preocupação com o funeral de um parente. Um plano que faz da cidade o supremo bem não pode negar tão facilmente o valor intrínseco dos bens religiosos a que o povo que a compõe atribui valor. Somente uma concepção empobrecida da cidade pode ter a simplicidade que Creonte exige.

Embora escrita há quase dois mil e quinhentos anos, a obra de Sófocles oferece diversas leituras muito atuais, sendo considerada a peça teatral mais reproduzida no mundo. Entre tantos vieses, interessa-nos a reflexão sobre os limites de validade do poder estatal, conflito bem representado entre a posição de Creonte, que exerce sua autoridade de forma lícita, e a oposição de Antígona, que conquista a adesão do povo tebano, com isso desafiando a própria legitimidade de um ato estatal formalmente perfeito. Dois recentes exemplos no cenário político brasileiro refletem esse mesmo conflito: o indulto presidencial concedido por Jair Bolsonaro ao ex-deputado federal Daniel Silveira, imediatamente após a sua condenação por decisão do Supremo Tribunal Federal; a nomeação do atual presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o Ministério da Casa Civil pela então presidente Dilma Rousseff, na iminência da decretação de sua prisão pelo juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba/PR. Em ambos os casos, verifica-se a conduta de governante movida apenas por interesses ou convicções pessoais, cujos atos, embora formalmente perfeitos, revelaram ilegitimidade em substância, a ponto de serem amplamente rechaçados pela população brasileira.

## **2 O INDULTO PRESIDENCIAL CONCEDIDO AO EX-DEPUTADO FEDERAL DANIEL SILVEIRA POR JAIR BOLSONARO**

Apenas um dia após o Supremo Tribunal Federal ter condenado o ex-deputado federal Daniel Silveira (PTB-RJ) a oito anos e nove meses de prisão em regime fechado, por ataques a ministros da Corte, o presidente Jair Bolsonaro (PL) subscreveu decreto para lhe conceder indulto individual ou graça, abalizado no inciso XII do art. 84 da Constituição Federal. Com vênias para não tratar dos aspectos jurídicos envolvidos, vez que não é esse o cerne do presente trabalho, fixa-se a premissa de que o indulto resulta de prerrogativa do presidente da República, conferida pela Magna Carta sob boa margem de discricionariedade. Nas palavras do professor Cleber Masson (2016, p. 993), “a graça é ato privativo e discricionário do Presidente da República (CF, art. 84, XII), desde que respeitadas as vedações impostas pelo sistema constitucional”.

Embora diversas vozes relevantes no meio jurídico tenham se levantado pela inconstitucionalidade do referido decreto, prevaleceu, até o presente momento, a sua regularidade no ordenamento jurídico, como defendida pela Advocacia Geral da União em parecer jurídico:

Além de ser um ato privativo do Presidente da República, o indulto é um ato de ampla discricionariedade, podendo ser concedido segundo critérios de conveniência e oportunidade aferidas pelo Chefe do Executivo. [...] Essa benevolência conferida ao Presidente da República tem raízes históricas na civilização humana e consta no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira Constituição Imperial de 1824. Por opção do Constituinte Originário de 1988, foi mantida essa ampla discricionariedade de concessão da clemência, restringindo unicamente aos crimes hediondos, de tráfico de entorpecentes, terrorismo e tortura (BRASIL, 2022).

Assim, tem-se ato presidencial – expressão exemplar da manifestação direta da vontade do governante – exarado em conformidade com os parâmetros constitucionais, portanto, formalmente idôneo. Tal como Creonte, em nossa ficção paralela, o presidente Jair Bolsonaro procurou justificar sua conduta em valores de maior hierarquia, como expôs no texto do decreto de graça:

Considerando que a prerrogativa presidencial para a concessão de indulto individual é medida fundamental à manutenção do Estado Democrático de Direito, inspirado em valores compartilhados por uma sociedade fraterna, justa e responsável;

Considerando que a liberdade de expressão é pilar essencial da sociedade em todas as suas manifestações;

Considerando que a concessão de indulto individual é medida constitucional discricionária excepcional destinada à manutenção do mecanismo tradicional de freios e contrapesos na tripartição de poderes;

Considerando que a concessão de indulto individual decorre de juízo íntegro baseado necessariamente nas hipóteses legais, políticas e moralmente cabíveis;

Considerando que ao Presidente da República foi confiada democraticamente a missão de zelar pelo interesse público; e Considerando que a sociedade encontra-se em legítima comoção, em vista da condenação de parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição, que somente fez uso de sua liberdade de expressão (SILVA, 2022).

Seguindo o paralelo, também aqui tal motivação se revelou mero exercício de retórica, destinada a dissimular a própria arbitrariedade perniciosa do governante, que se vale das lacunas hermenêuticas do ordenamento jurídico para impor caprichos pessoais, em movimento antidemocrático. A reação social não poderia ser diferente, com diversos segmentos da imprensa, da intelectualidade e mesmo do povo em geral manifestando expresso descontentamento com o desvio de finalidade do instituto. Em nota divulgada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sua equipe docente analisou o caso e repercutiu as suas consequências jurídicas, em tom de severa admoestação:

As repercussões do decreto do presidente da República concedendo o indulto da graça ao deputado federal Daniel Silveira ganham amplitude à medida que juristas e os mais diversos especialistas tomam conta do ato. Ao “O Estado de S. Paulo”, o diretor da Faculdade de Direito da USP (2018/2022), Floriano de Azevedo Marques Neto, afirmou que, apesar de considerar que o indulto é uma prerrogativa do presidente e como ato político não deveria ser submetido a controle judicial, o decreto de Bolsonaro é contrário à Constituição Federal e à lei. [...]

Para o professor Maurício Zanoide, Direito Processual Penal da FDUSP, o movimento feito pelo presidente irá criar atrito em várias partes da área jurídica e entre as instituições, especialmente entre a Presidência da República e o Supremo Tribunal Federal.

‘A edição de um decreto no dia seguinte à condenação de uma pessoa, um decreto presidencial de graça, que é um indulto pessoal, é evidentemente um ato político, não têm nada de jurídico’, afirmou à Band News. [...]

Para Rafael Mafei (DFD-FDUSP), a estratégia do Bolsonaro é o desejo deliberado de provocar conflito entre os poderes, inclusive como método de campanha. ‘Isso virou um mote, uma bandeira dele, e o Supremo tem

de ter muita sabedoria para não cair na provocação’, ressaltou à Globo News.

O docente acrescentou que o instituto existe em vários países do mundo e está previsto na Constituição Brasileira. Como exemplo citou o perdão concedido ao norte-americano Richard Nixon pelo sucessor Gerald Ford. ‘O que ele fez à época foi apaziguar a crise que estava instaurada no país. O que Bolsonaro fez aqui foi o oposto: não para pacificar e fazer o país andar, ele usou o instituto para botar mais fogo ainda’, asseverou (PROFESSORES..., 2022).

Com a recepção negativa do caso na imprensa brasileira, o presidente Jair Bolsonaro procurou melhor justificar a sua posição, o que acabou por representar verdadeira confissão do emprego indevido do indulto presidencial como ato político de objetivos pessoais. Confira-se nessa transcrição da declaração pública do presidente:

O presidente Jair Bolsonaro afirmou nesta sexta, 27, que o indulto presidencial que concedeu ao deputado Daniel Silveira (PTB-RJ) foi para ‘dar exemplo’, após o parlamentar ser condenado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por fazer ameaças aos ministros da corte, insuflar apoiadores a agredi-los e estimular atos antidemocráticos. “Exerci meu poder para dar exemplo ao Supremo Tribunal Federal, assinando a graça [como o indulto é chamado]. Devemos respeitar os outros Poderes, mas nunca temer. É com a força de Deus que governamos para mostrar onde podemos ir”, disse Bolsonaro em evento da igreja evangélica Assembleia de Deus em Goiânia (BOLSONARO..., 2022).

Embora seja cediço que o perfil autocrático do ex-presidente Jair Bolsonaro favorecia esse tipo de conduta abusiva – o que certamente traz indignação, mas nem tanta surpresa –, nenhuma corrente política ou mesmo nenhum governante está livre do risco de se exceder no exercício do poder. Em exemplo politicamente antagônico ao acima citado, é possível verificar o mesmo fenômeno na conduta da ex-presidente Dilma Rousseff, que não se fez de rogada para nomear, de inopino, o presidente Lula como ministro e favorecê-lo com foro privilegiado.

### **3 A NOMEAÇÃO DO PRESIDENTE LULA AO MINISTÉRIO DA CASA CIVIL POR DILMA ROUSSEFF**

Em março de 2016, com o avançar do processo criminal de primeira instância da Operação Lava Jato, conduzido pelo ex-juiz Sérgio Moro, na Justiça Federal do Paraná, pairava, no país, a iminência do decreto de prisão do atual presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Nesse contexto, a ex-presidente Dilma Rousseff, em rápido e repentino movimento, nomeou Lula para



o cargo de ministro da Casa Civil, no lugar de Jaques Wagner, que foi deslocado para a chefia de gabinete, sob o pretexto de melhorar a articulação política de seu governo. Do ponto de vista formal, não se questiona que o ato de nomeação foi regular e, também nesse caso, a ex-presidente Dilma procurou fundamentá-lo em objetivos legítimos, impessoais, como se tratasse de deliberação cotidiana, conforme se observa na entrevista abaixo, veiculada no jornal Folha de São Paulo:

[...] em entrevista à imprensa, a presidente disse que não se sente desconfortável com a presença de seu antecessor no Palácio do Planalto. Segundo ela, o antecessor terá ‘os poderes necessários’ para ajudar o governo federal e sua relação com ele é ‘sólida’ e não é de ‘poder ou superpoder’. ‘A minha relação com ele é sólida, uma relação de quem constrói um projeto. Ele, no meu governo, terá os poderes necessários para ajudar o Brasil’, disse. ‘Nem um pouco (de desconforto). Pelo contrário, ele me deixa muito confortável. Nós temos seis anos de trabalho cotidiano. Eu estou muito feliz com a vinda dele’, acrescentou. Segundo ela, a demora do petista em ter aceitado o convite deveu-se a dúvidas dele sobre críticas que poderiam ser feitas pela oposição ao governo federal. Ela negou que seu antecessor tenha imposto condições para assumir a pasta. ‘Não é do perfil dele. Ele não age dessa forma’, disse. Em resposta às críticas de que o petista teria aceitado o convite para ter foro privilegiado, a petista ressaltou que um ministro também é investigado e pode ser punido. Segundo ela, fazer essa crítica é uma maneira de colocar suspeitas sobre a capacidade da Suprema Corte (URIBE, 2016).

Tal ato de nomeação, ao final, foi sustado pelo Poder Judiciário, mas até lá teve a sua pretensa legitimidade aguerridamente defendida pelo Governo Federal e por seus órgãos de assessoria jurídica. De novo, a Advocacia Geral da União abraçou a causa da governante e envidou seus esforços na sustentação da legitimidade do ato, como consta da reportagem abaixo, veiculada pela Agência Brasil da Empresa Brasil de Comunicação (EBC):

O ministro-chefe da Advocacia-Geral da União (AGU), José Eduardo Cardozo, disse há pouco que recorreu ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região contra a decisão que suspendeu, em caráter liminar, a posse do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no cargo de ministro-chefe da Casa Civil. [...] Para o ministro, não houve ilegalidade no ato da presidenta Dilma em nomear Lula ministro. ‘O nosso entendimento é de que a nomeação se deu em estrita conformidade com a lei e não há nenhum obstáculo a que efetivamente a nomeação fosse feita. Esse posicionamento estará servindo na defesa que faremos do ato’, disse Cardozo. De acordo com o ministro, ‘não existe’ na ação popular a demonstração de uma lesividade e também ‘em hipótese nenhuma’ o desvio de poder ou finalidade. ‘Esse é um vício que atinge atos administrativos sempre que a finalidade do ato não foi cumprida pela autoridade que pratica o ato. É importante deixar claro que essa situação [da preocupação com o foro privilegiado] jamais

ocorreu. Não é a razão da nomeação do ex-presidente para que ele se furtasse de uma investigação’, argumentou. O ministro da AGU acrescentou que há muito tempo a presidenta Dilma propunha que Lula participasse do governo, o que derrubaria a tese de que a nomeação, agora, se deu por conta das investigações da Lava Jato (RICHARD, 2016, s/n).

Apesar de todo esse aparato edificado para conferir a aparência de normalidade à nomeação do presidente Lula como ministro, às vésperas de sua prisão, com reforço na aparente regularidade formal do ato, a reação da sociedade brasileira foi de execração, com protestos e notas de repúdio manifestados pelo país. Em pouco tempo, diante do vazamento de interceptações telefônicas realizadas pela Polícia Federal, ficou escancarado, então, o objetivo político/pessoal veiculado por ato de Estado, em abuso da discricionariedade da governante. Confira-se na reportagem abaixo, divulgada pela Revista Veja:

Grampos da Polícia Federal, feitos com autorização do juiz federal Sergio Moro, indicam que a presidente Dilma Rousseff agiu para evitar a prisão do ex-presidente Lula pela Lava Jato, nomeando-o Ministro da Casa Civil. O juiz Moro incluiu hoje no inquérito que investiga o ex-presidente um áudio em que Dilma telefona para Lula – o número discado é de um assessor do ex-presidente, usado frequentemente por ele e o único grampeado, segundo os autos – e explica que encaminhará a ele um “termo de posse”, a ser usado “em caso de necessidade”. O cargo de ministro concede ao seu ocupante foro privilegiado, no Supremo Tribunal Federal (STF). O diálogo foi gravado hoje às 13h32 (GRAMPOS..., 2016).

#### **4 DO ABUSO DO PODER ESTATAL PELO EXERCÍCIO DAS LÍCITAS DISCRICIONARIEDADES QUE COMPETEM AO GOVERNANTE EM DISSONÂNCIA COM AS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DO POVO GOVERNADO**

A Constituição Federal contempla dispositivo de sublime síntese de relevantes valores democráticos e jurídicos, qual seja, o parágrafo único de seu artigo primeiro, que diz: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988, art. 1.º). É a positivação do preceito democrático, segundo o qual o povo é a verdadeira fonte do poder estatal, que deve, pois, honrá-lo. No dizer de Misael Orihuela (2015):

Formado por indivíduos-cidadãos com dignidade de pessoas humanas, isto é, no dizer de Kant, por pessoas consideradas sempre como fins e nunca apenas como meios (Cf. KANT, 2001, pp. 69 e 70), e chamado também de cidadania, o povo é a dimensão humana e humanizadora do Estado. No Estado social e democrático de direito, ou, simplesmente, Estado

democrático de direito, o povo é o titular do seu poder soberano (princípio da soberania popular), como o proclamou Rousseau, e o titular do seu governo democrático (princípio do governo popular): o governo democrático (a democracia) é governo do povo, pelo povo e para o povo, como o afirmou Abraham Lincoln.

Mais de dois milênios atrás, esse preceito nascia e amadurecia na sociedade grega, assim como se delineava o conflito de interesses entre cidadãos e governantes – representados e representantes no jogo político do poder. Em *Antígona*, tal conflito aflora ante a postura despótica de Creonte, que passa a exercer o poder como um privilégio pessoal, afastando-se da voz do povo tebano, o que culmina – como esperado – em um fim trágico, provocando alerta e reflexão dentro do propósito dramatúrgico de Sófocles.

Quão curioso não é formular comparação simétrica a atos emitidos por governantes atuais, em democracias muito mais amadurecidas, após tantas revoluções sociais e tecnológicas da humanidade? Ainda assim, as similitudes são evidentes, assim como as possíveis conclusões. Em dois exemplos de correntes políticas antagônicas no cenário político brasileiro, ficou evidente a postura autocrática tanto em Jair Bolsonaro como em Dilma Rousseff, ambos editando atos estatais com esforço de aparência de regularidade formal para alcançar objetivos privados, particulares, próprios do respectivo grupo político. Essa regularidade formal, por mais que sustente a produção de efeitos jurídicos do ato através da escala ponteaana de existência, validade e eficácia, não afasta o repúdio da sociedade, que reage pelo sentimento coletivo de ojeriza, ou mesmo por atos de efetiva desobediência civil.

É certo que o ordenamento jurídico jamais lograria nível de detalhamento, na legislação positivada, capaz de elidir o exercício de discricionariedade por seu operador. Nada obstante, o reconhecimento de conceitos jurídicos indeterminados e de zonas de incerteza não pode ensejar arbitrariedades. No caso do exercício do poder estatal, um excelente balizador é o alinhamento aos anseios da população, afinal o fim último de toda atuação estatal é atender ao interesse público primário.

Essa expressividade da vontade social está presente nos estudos do pensador alemão Ferdinand Lassalle, que cunhou o conceito sociológico de Constituição, pelo qual tal documento deve refletir a realidade política de uma nação, sob pena de não ter efetividade. Lassalle (2001, p. 10) questiona se existe em um país “alguma força ativa que possa influir de tal forma em todas as leis do mesmo, que as obrigue a ser necessariamente, até certo ponto, o que são e como são, sem poderem ser de outro modo.” E conclui que sim, por decorrência dos fatores reais do poder, que conceitua como “essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes,

determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALLE, 2001, p. 10-11).

A tese de legitimação do ordenamento positivado em supedâneo político-social aplica-se perfeitamente aos atos estatais de efeitos concretos, inclusive com mais razão, dado que o ato estatal que aplica a norma jurídica concretamente interfere e modifica a realidade prática. Para Lassalle (2001, p. 17-18),

Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição? Com a Constituição Jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido. Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os dessa maneira em fatores jurídicos. Está claro que não aparece neles a declaração de que os senhores capitalistas, o industrial, a nobreza e o povo são um fragmento da Constituição, ou de que o banqueiro X é outro pedaço da mesma. Não, isto se define de outra maneira, mais limpa, mais diplomática.

Em posição de reforço, assim ensina o professor Marcelo Novelino (2016, p. 89),

Em conferência realizada em 1862 para operários e intelectuais da antiga Prússia, Ferdinand Lassalle (2000) diferenciou a constituição jurídica (ou escrita) da constituição real (ou efetiva). Por considerar os problemas constitucionais como questões do poder, e não do direito, apontou como fundamento da verdadeira constituição de um país os fatores reais e efetivos do poder vigente, constituídos pelo conjunto de forças politicamente atuantes na conservação das instituições jurídicas (monarquia, aristocracia, grande burguesia, banqueiros...). Tais fatores formam a *constituição real* do país, que é, em essência, ‘a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação’. A relação existente entre esta e a *constituição jurídica* é a inscrição dos fatores reais do poder em uma ‘folha de papel’, por meio da qual adquirem uma expressão escrita. Para Lassalle, por prevalecer sempre a vontade dos titulares do poder, a constituição jurídica só será boa e duradoura quando ‘corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país’. Do contrário, não passará de uma ‘folha de papel’ fadada a sucumbir, de forma inevitável, diante dos fatores reais de poder.

Por outro lado, o professor François Ost (2014), citado alhures, identifica um descompasso permanente entre o direito em vigor e o direito ideal,

como se esse último expressasse a constante mutação e evolução do corpo social, desafiando o ordenamento a se adaptar. Se, em dado momento, fosse possível congelar o direito ideal para empregá-lo como direito em vigor, não tardaria o estranhamento da sociedade, que não mais caberia naqueles anseios defasados. O fenômeno Antígona, então, ressurgiria para reclamar justiça. Nas palavras do autor:

Uma segunda maneira, mais direta, de reconhecer a importância da meta-mensagem paradoxal de Sófocles consiste em repensar por ela mesma a distinção entre direito em vigor (o édito de Creonte) e direito ideal (os princípios atemporais de Antígona). O debate está construído de tal forma que nos convida sempre a escolher a favor de um ou a favor de outro, ou, pelo menos, a hierarquizar suas exigências respectivas: as pessoas se perguntam quem, Antígona ou Creonte, está com a verdade, e não cessam de se perfilar sob a bandeira de uma ou do outro, redobrando assim indefinidamente a história de sua destruição mútua. Em vez disso, não caberia compreender que, por pertencer precisamente ao ideal, o direito ideal não tem vocação de substituir o direito em vigor? – ele é antes o horizonte último deste, a face oculta, a exigência ética que não cessa de aprofundar suas prescrições. Ora, assim como não nos livramos de nossa sombra, o direito em vigor nunca poderá pretender se abster do direito ideal, porque teria, por exemplo, satisfeito integralmente seus valores. No entanto, é essa a pretensão dos déspotas, e particularmente de Creonte: calar a boca de todos os que tentam lembrar a exigência de um direito ‘outro’, a partir do momento em que seus próprios éditos são supostos exprimir o bem, todo o bem possível para a cidade (OST, 2014, p. 204).

O direito ideal, portanto, alimenta a transformação do direito em vigor, para reciclá-lo e mantê-lo eficaz no corpo social. Outrossim, Ost (2014) identifica, nas escolhas de Antígona, o sintoma extremo da rejeição social às determinações ilegítimas do governante: a desobediência civil. É certo que a base doutrinária da desobediência civil é recente, se comparada ao tempo de nascimento da tragédia grega, por pressupor uma democracia mais moderna. Ainda assim, o núcleo essencial de seu conceito está presente na postura de Antígona, que impõe a sua resistência civil ao comando estatal ilegítimo. Em objetiva abordagem, Ost (2014, p. 225-226) enumera os elementos de desobediência civil presentes no comportamento de Antígona, dentre os quais se destacam:

1) A desobediência civil é uma transgressão de uma regra de direito positivo. Antígona sabe disso; não se qualifica ela, já no verso 74, de ‘(santamente) criminosa’? Sua atitude é consciente e intencional, ela não ignora a proibição imposta por Creonte.

2) Ao contrário da desobediência criminal, a desobediência civil se inscreve no espaço público, no duplo sentido de traduzir-se em atos públicos e

de apelar à consciência pública. A Ismene que, sem outros argumentos, lhe recomenda o segredo, Antígona responde orgulhosamente: ‘Proclama-o bem alto, ao contrário’ (v. 86). Seu comportamento é o do rebelde que, não contente de transgredir a regra, faz questão de ostentar sua atitude, redobrando assim a contestação da regra visada, que tem assim sua efetividade atingida e sua legitimidade negada. [...]

4) A desobediência civil é essencialmente pacífica; não violenta, apela à consciência adormecida da maioria e não à força das armas. É obviamente o caso de Antígona, que ‘escolheu partilhar o amor e não o ódio’ (n. 523), que não faz mal a ninguém e não proferirá nenhuma maldição, mesmo contra Creonte. Ao contrário, assumindo a inteira e única responsabilidade de seu ato, ela conseguirá inocular tanto o guarda quanto Ismene.

5) Transgredindo voluntária e abertamente a lei, o desobediente civil assume o risco da sanção. De fato, Antígona evoca, já no verso 75, a lapidação prometida a quem desrespeitar a proibição de Creonte – esse risco, ela o assume plenamente. [...]

6) A desobediência civil, ato público de transgressão, visa à revogação ou pelo menos à modificação da norma contestada.

Nessa perspectiva, o comportamento civil de desobediência busca repelir uma conjuntura de injustiça específica, sem infirmar as bases de legitimidade de todo um governo, caso em que se estaria à beira de uma revolução política. A importância do instituto é tal que a moderna legislação de direitos humanos já o incorpora como ferramenta garantista do bem-estar cívico-político, a exemplo da Constituição da República Portuguesa, que, em seu art. 21, proclama: “todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública” (PORTUGAL, 1976). Henry Thoreau (2012, p. 12), patriarca do conceito moderno de desobediência civil, provoca com lucidez:

Se a injustiça faz parte da necessária fricção da máquina de governo, deixe estar: talvez ela acabe por suavizar-se – certamente a máquina se desgastará. Se a injustiça tiver uma mola própria e exclusiva, ou uma polia, ou uma corda, ou uma manivela, talvez seja o caso de avaliar se o remédio não seria pior que o mal; mas se ela for do tipo que requer que você seja o agente da injustiça contra outra pessoa, então, eu digo: Virole a lei. Deixe que sua vida seja uma contrafricção que pare a máquina. O que eu tenho a fazer é cuidar, de todo modo, para não participar das mazelas que condeno.

Percebidas as consequências do distanciamento entre a atuação do governante e as legítimas expectativas dos governados, melhor é o cenário em que essa aliança não é rompida. Para sustentar a harmonia, basta o envolvi-

mento social no processo político-democrático, observando-se que o povo é o único titular do poder estatal, apenas emprestando-o a representantes provisórios, para viabilizar o progresso social e sob firme vigilância. Sobre essa simbiose entre a produção e a aplicação da norma jurídica, assim ensinam os professores Eduardo Bittar e Guilherme Almeida (2009, p. 597):

Quanto maior a distância entre o fazer das leis e a vida cidadã, maior a chance de erronia do legislador, maior a chance de obter maus resultados na aderência da vontade popular às normas jurídicas. A obediência e a desobediência devem ser preventivamente construídas, na base de uma cultura de participação e diálogo, que, preventivamente, assinalam as condições para a formação legítima das normas jurídicas. Por isso, para Jürgen Habermas, ‘o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo cooriginário’. Assim, se pode dizer que a preocupação com a incrementação da participação no poder, com a transparência das decisões, com a ampliação dialógica da formação da legalidade, com o consentimento da existência de uma esfera pública política que veicula ideias e influências que dirigem o poder administrativo, com a transformação do poder comunicativo popular em poder administrativo absorvido pelas normas do sistema jurídico, consente que se caminhe em direção à radicalização da democracia e ao aprimoramento da legitimidade da legalidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O antagonismo entre Antígona e Creonte é profícuo em reflexões, com destaque para o debate sobre os limites de legitimidade do exercício do poder estatal. O desfecho trágico da trama desenha um panorama social que é reconhecível em crises políticas recentes no Brasil, como bem explorado nos exemplos acima, manifestados pelos dois principais grupos políticos que polarizam a democracia brasileira. Dessa comparação, extrai-se, primeiro, a advertência de cautela à postura do governante, que reclama vigilância perene por parte do verdadeiro titular do poder – o povo. Tal lição já é cozinha e teve destaque na obra “O Príncipe”, de Nicolau Maquiavel, que, como apontou Rousseau (apud SILVA, 2010, p. 38), “fingindo dar lições aos reis, deu-as ele, e grandes, aos povos”. Incorporou-se, no ideário popular, o mantra de que o poder corrompe. No entanto, mais importante do que reconhecer esse fenômeno é o dever de agir perante ato de injustiça exacerbada.

Em síntese, não basta rejeitar o ato estatal ilegítimo, é preciso combatê-lo! Tal reação, por certo, dar-se-á em diferentes graus de impugnação, desde a execração na imprensa, nas redes sociais, os protestos populares, os boicotes às ações do governo transgressor, até a postura mais extrema da desobediência civil, que peita o abuso de poder acima de quaisquer conse-

quências. Essa resistência garante, além da resposta social para uma correção na gestão da coisa pública, o respeito ou até o receio do governante em administrar os poderes que recebeu para promover o bem comum. Assim, é possível sonhar com o cenário ideal, em que o direito é exercido por um processo circular: vindo do povo e dirigido ao povo.

## REFERÊNCIAS

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOLSONARO afirma que concedeu indulto a Daniel Silveira para dar exemplo ao STF. **Jovem Pan**, 27 maio 2022. Disponível em: <https://jovempan.com.br/noticias/politica/bolsonaro-afirma-que-concedeu-indulto-a-daniel-silveira-para-dar-exemplo-ao-stf.html>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 965**. Proc. n.º 00692.001036/2022-83. Informações n.º 00052/2022/CONSUNIAO/CGU/AGU.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.
- GRAMPOS indicam que Dilma agiu para tentar evitar prisão de Lula. **Veja**, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/grampos-indicam-que-dilma-agiu-para-tentar-evitar-prisao-de-lula>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático**: parte geral. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NUSSBAUM, Martha Craven. **A fragilidade da bondade**: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ORIHUELA, Misael Alberto Cossio. Elementos constitutivos do Estado: uma proposta de conceito de Estado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n.º 4517, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44467>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- OST, François. **Contar a Lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2004.
- PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Decreto de Aprovação da Constituição. Diário da República n.º 86/1976. Constituição da República Portuguesa.



- PROFESSORES analisam e repercutem condenação e o indulto concedido ao deputado Daniel Silveira. **Estado de Direito, USP**, 2022. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/511f74df482a-professores-analisam-e-repercutem-condenacao-e-o-indulto-concedido-ao-deputado-daniel-silveira>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- RICHARD, Ivan. AGU recorre de suspensão da posse de Lula e nega ilegalidade em nomeação. **Agência Brasil**, Brasília, 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/agu-recorre-de-suspensao-da-posse-de-lula-e-nega-ilegalidade-em-nomeacao>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- SILVA, José Benedito da. Leia a íntegra do decreto de Bolsonaro que dá indulto a Daniel Silveira. **Veja, Coluna Maquiavel**, 21 abr. 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/maquiavel/leia-a-integra-do-decreto-de-bolsonaro-que-da-indulto-a-daniel-silveira>. Acesso em: 2 ago. 2022.
- SILVA, Ricardo. Maquiavel e o conceito de liberdade em três vertentes do novo republicanismo. **Revista brasileira de ciências sociais**, v. 25, n.º 72, p. 37-58, fevereiro de 2010, São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v25n72/v25n72a04.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. Trad.: José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- URIBE, Gustavo. Dilma nomeia Lula como novo ministro da Casa Civil. **Folha de S. Paulo**, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1750766-dilma-nomeia-lula-como-novo-ministro-da-casa-civil.shtml>. Acesso em: 3 ago. 2022.

### 3

# **O ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI FEDERAL N.º 14.133/2021) COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO**

*Catarina Coêlho Velloso Santana*<sup>10</sup>

Em 1.º de abril de 2021, foi publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC), Lei Federal n.º. 14.133/2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, vindo para substituir a Lei Federal n.º 8.666/1993.

Apesar de a nova lei entrar em vigor na data da sua publicação (art. 194), a própria norma prevê expressamente uma “regra de transição” para a sua aplicação imperativa, conferindo à administração a liberdade de optar, durante o período de 2 (dois) anos, por licitar e/ou contratar diretamente com incidência da nova norma ou de acordo com as leis anteriormente aplicáveis (arts. 190 a 193 da Lei n.º. 14.133/2021).<sup>11</sup>

---

10 Procuradora do município do Salvador. Ex-procuradora do município de Goiânia-GO. Ex-conciliadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia

11 “Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada. Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência. Art. 192. O contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicada esta Lei subsidiariamente. Art. 193. Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da

Ante a iminência do termo final do marco temporal estabelecido para aplicação exclusiva do novo diploma, vê-se a necessidade de adoção de medidas para adaptação do aparato administrativo, a fim de evitar implicações indesejadas na importante atividade administrativa de licitar e contratar para atendimento do interesse público.

Nesse contexto, há de se ter em mente que a Nova Lei de Licitações e Contratos, apesar de ser procedimental e extensa como a lei anterior (Lei Federal n.º 8.666/1993), inicia um movimento de afastamento da mentalidade focada no controle e introduz, no âmbito das compras públicas, um olhar voltado para a governança, para a digitalização dos procedimentos e utilização de instrumentos que privilegiam a fase de planejamento. Trata-se, portanto, de um diploma normativo que dá mais ênfase à fase preparatória, inclusive com utilização dessa nomenclatura.

Partindo, então, desse espírito da novel lei, que inaugura uma fase das compras públicas com o olhar na governança, tratar-se-á aqui, de uma forma prática e crítica, com análise do regramento de alguns entes públicos que já regulamentaram a temática sob a ótica da nova legislação, de um instrumento de extrema importância e relevância para o planejamento da contratação, notadamente para que se tenham contratações mais eficientes, qual seja o Estudo Técnico Preliminar (ETP).

## **I A RELEVÂNCIA DO PLANEJAMENTO NA ETAPA PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO**

Como dito anteriormente, a Nova Lei de Licitações e Contratos tem, como umas das principais contribuições, o intuito de promover uma mudança de mentalidade na aplicação das normas que regem as licitações e contratos administrativos, passando a comprometer a administração pública, em todos os níveis, na implementação de processos e estruturas para “promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações” (art. 11, parágrafo único, da Lei Federal n.º 14.133/2021) (BRASIL, 2021).

O histórico da administração pública revela a fragilidade em uma das funções básicas, qual seja planejar, ocasionando contratações públicas não econômicas e com grande risco de prejuízos à execução.

Nesse sentido, tomemos como exemplo as obras públicas. Uma auditoria operacional do Tribunal de Contas da União<sup>12</sup> sobre mais de 30 mil obras

---

Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei” (BRASIL, 2021).

12 Acórdão 1.079/2019 — Plenário. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/documento/acordao-completo/1119620181.PROC/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20>

com recursos federais constatou como paralisadas ou inacabadas mais de 35%, destacando como fatores preponderantes a contratação com base em projeto básico deficiente, insuficiência de recursos financeiros de contrapartida e dificuldade de gestão dos recursos recebidos.

Para evitar que as contratações sejam realizadas de acordo com a casuística é que a Nova Lei de Licitações elevou o planejamento a princípio das licitações e dos contratos, em conformidade com o caput do artigo 5.º da Lei n.º 14.133/2021, e o legislador houve por bem dedicar à fase preparatória, em que ocorre o planejamento, um capítulo inteiro da novel lei (Capítulo II do Título II):

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do [Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 \(Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro\)](#) (BRASIL, 2021, grifo nosso).

A exigência expressa da observância do princípio do planejamento na Nova Lei de Licitações e Contratos representa incorporação de boas práticas de governança no novo diploma normativo que, apesar de fazer apenas duas menções à “governança”, prevê diversos mecanismos de liderança, estratégia e controle para avaliação, planejamento e monitoramento dos processos licitatórios. Considerando que a licitação pública possui duas fases, a interna e a externa, o princípio do planejamento incide principalmente na fase interna, na qual são adotados os procedimentos preparatórios para a licitação. O referido princípio tem como objetivo evitar que sejam empreendidas licitações aventureiras, sem o devido planejamento.

A lei, desse modo, tornou explícita uma atividade que é própria e inerente a qualquer operação administrativa e que já estava presente em outros diplomas normativos, mas não com a mesma ênfase atribuída pela Nova Lei de Licitações e Contratos.

Nesse esteio, na fase de planejamento, entre outras providências, a administração pública identificará e justificará a necessidade do objeto a ser licitado e formalizará a autorização para abertura do certame. O Estudo Técnico Preliminar, então, surge como um importante instrumento da fase de planejamento das licitações e contratos administrativos, uma vez que se

trata de documento desenvolvido a partir da compreensão da necessidade a ser atendida (interesse público envolvido).

## **2 O ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI FEDERAL N.º 14.133/2021)**

O primeiro passo para definir a pretensão contratual é estabelecer a solução necessária para atender à demanda administrativa, e é exatamente o documento de planejamento que define essa solução. Na NLLC, têm-se alguns instrumentos prévios à elaboração do Termo de Referência, entre eles o Estudo Técnico Preliminar, que tem como finalidade melhorar a fase de planejamento, a fim de que ocorram *contratações mais eficientes*.

No texto do art. 6.º, XX da NLLC, o ETP é definido como documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que deverá evidenciar o problema a ser resolvido e indicar a melhor solução, possibilitando a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, além de servir de supedâneo para a elaboração do anteprojeto, do projeto básico e do termo de referência:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...]

XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação [...] (BRASIL, 2021).

O Estudo Técnico Preliminar não é uma novidade da Lei Federal n.º 14.133/2021, uma vez que já estava presente em normas anteriores,<sup>13</sup> porém, não no mesmo nível de detalhamento da NLLC.

A jurisprudência, inclusive, já há algum tempo vinha ponderando sobre a necessidade de se refletir sobre as soluções. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União vinha alertando que, existindo uma diversidade de modelos em determinado mercado para aquisição de equipamentos, o órgão buscasse esses modelos, essas soluções, a fim de definir as especificações técnicas do equipamento, evitando direcionamento da licitação ou uma escolha que não fosse eficiente para a administração pública:

---

<sup>13</sup> A exemplo dos seguintes dispositivos: Art. 6º, IX da Lei Federal n.º 8.666/1993; Arts. 8º a 15 da IN n.º 04/2008; Art. 2º, IV, da Lei Federal n.º 12.462/2011 (RDC); Art. 42, VIII da Lei Federal n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais); Anexo III da IN SGEs n.º 05/2017, Art. 3, IV do Decreto Federal n.º 10.024/2019; IN SGEs 40/2020.

Antes de realizar licitação cujo objeto pode ser alcançado por meio de soluções tecnológicas distintas, a Administração deve promover estudo de viabilidade, contemplando análise das possíveis soluções técnicas, comparando as respectivas variáveis de custos de implementação e de manutenção, de eficiência, de obsolescência, entres outras, com vistas a definir de forma clara e inequívoca a solução desejada (BRASIL, 2015).

O Estudo Técnico Preliminar surge, dessa maneira, como um importantíssimo instrumento de governança, que visa melhorar a qualidade das contratações públicas, integrando a fase de planejamento. Não se trata de um instrumento jurídico, mas sim de um instrumento estratégico de gestão, que exige uma multiplicidade de conhecimentos e tem como objetivos:

- a) identificar a(s) necessidade(s) da administração;
- b) analisar o problema a ser resolvido;
- c) detectar as possíveis soluções;
- d) pesquisar a viabilidade técnica das soluções apresentadas;
- e) verificar a necessidade da contratação;
- f) compilar as informações necessárias para orientar a contratação;
- g) instruir o arcabouço básico para elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico.

Trata-se, dessa forma, de documento de extrema importância estratégica, à medida que pavimenta o caminho para o atendimento da demanda ao avaliar os cenários possíveis e demonstrar a viabilidade técnica e econômica das soluções disponíveis. A finalidade do ETP, portanto, é analisar o problema ou a necessidade que se apresenta à administração, mapeando as soluções existentes no mercado e selecionando, se for o caso, aquela que será mais aderente e vantajosa. Ao final, concluir-se-á acerca da forma de viabilizar tal solução, que poderá ser por meio de uma contratação.

A elaboração do ETP é um momento de reflexão sobre as soluções para a posterior confecção do planejamento, devendo, por isso, ser pensado sobre o seu aspecto funcional e não apenas sobre o aspecto formal, trazendo mais segurança para o gestor público na escolha da solução. O ETP bem elaborado protege o gestor, ao passo que apresenta diversas ferramentas para justificativa das escolhas feitas. Assim, trata-se de instrumento indispensável à implementação da NLLC, notadamente nos entes públicos em que há uma carência na fase de planejamento da contratação.

O regramento do Estudo Técnico Preliminar na NLLC encontra-se no art. 18, I, e parágrafos:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anu-

al de que trata o inciso VII do **caput** do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; [...]

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do **caput** deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

§ 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

§ 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos (BRASIL, 2021, grifo nosso).

O art. 18, I da NLLC, estabelece que a fase preparatória se inicia com o ETP. Ao que parece, trata-se de norma geral, uma vez que estabelece diretriz para que se tenha um processo mais qualificado das contratações, devendo, portanto, ser observada por todos os entes federados.

Os § 1.º e 2.º do referido art. 18, os quais dispõem sobre os elementos que compõem o ETP e identificam os elementos obrigatórios, por sua vez, parecem normas específicas, pois contém um detalhamento em nível operacional e procedimental. Assim, há espaço para que estados e municípios estabeleçam sua regulamentação, desde que coerentes com o conceito e objetivos postos na nova lei.

Os elementos do ETP, portanto, devem ser analisados de forma alinhada ao nível de complexidade do problema a ser resolvido, evitando, inclusive, a produção de conteúdo desnecessário, observados os itens obrigatórios (estabelecidos na regulamentação de cada ente) e justificando os elementos prescindíveis.

Nesse diapasão, entende-se que a regulamentação do Estudo Técnico Preliminar por cada ente consiste em uma boa prática para a implementação da Nova Lei de Licitações e Contratos, ressaltando-se, contudo, que é obrigatória a observância das normas da União nas compras que utilizem recursos de transferências voluntárias. Dessa forma, o ideal é que haja uma tentativa de compatibilização das normas.



Entende-se pertinente que cada ente federado avalie a sua realidade para estabelecer sua regulamentação, desde que observada a finalidade do ETP, seus objetivos, bem como o princípio da eficiência e os custos envolvidos.

Se pensado sobre o seu aspecto funcional, o ETP é documento de extrema relevância para conferir efetividade às compras públicas, para viabilizar a melhor solução, bem como para a orientação e, até mesmo, proteção do gestor público. Por isso, sugere-se, portanto, que a elaboração do ETP seja a regra, pois se trata de importante instrumento para que possamos avançar na qualidade das contratações públicas.

Como bem destaca Ronny Charles de Torres (2021):

Com o ETP, objetiva-se uma maior reflexão do órgão, nesta fase do planejamento, prévia à definição estabelecida pelo documento de planejamento (projeto básico, ETP ou anteprojeto de engenharia). Em suma, a função do ETP é gerar reflexão prévia à definição do objeto licitatório, notadamente em relação às soluções disponíveis e questões técnicas pertinentes, para fins de melhor atendimento da pretensão contratual.

Acerca da obrigatoriedade de elaboração do ETP, entendemos que se trata de matéria a ser enfrentada pela regulamentação de cada ente. Considerando, contudo, os objetivos do ETP, o princípio da eficiência, e que se trata de instrumento que busca a melhor solução para a necessidade da administração pública, os entes que já possuem regulamento sobre a matéria (a exemplo do Governo Federal, estados do Paraná e de Minas Gerais) estabeleceram que a sua elaboração fosse a regra.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante a iminência do termo final do prazo de 2 (dois) anos estabelecido no art. 193, II da Lei Federal n.º 14.133/2021, para sua aplicação exclusiva, fica evidente a necessidade da adoção de medidas para preparação do aparato administrativo para aplicação do novo diploma, a fim de evitar dissabores na atividade administrativa de licitar e contratar para atendimento do interesse público.

A novel lei, apesar de ser procedimental e extensa como a lei anterior (Lei Federal n.º 8.666/1993), introduz, no âmbito das compras públicas, um olhar voltado para a governança, para a digitalização dos procedimentos e utilização de instrumentos que privilegiam a fase de planejamento.

Com o foco nessa mentalidade, a fim de evitar que as contratações sejam realizadas sem a cautela necessária, a Nova Lei de Licitações elevou o planejamento ao patamar de princípio das licitações e dos contratos administrativos, em conformidade com o caput do artigo 5.º da Lei n.º 14.133/2021.

Nesse esteio, o primeiro passo para definir a pretensão contratual é estabelecer a solução necessária para atender à demanda administrativa, e é exatamente o documento de planejamento que define essa solução. Assim, na Lei Federal n.º 14.133/1993, têm-se alguns instrumentos prévios à elaboração do Termo de Referência, entre eles o Estudo Técnico Preliminar, cuja finalidade é melhorar a fase de planejamento, a fim de que se tenham contratações mais eficientes. Trata-se, portanto, de documento de extrema importância estratégica, à medida que pavimenta o caminho para o atendimento da demanda ao avaliar os cenários possíveis e demonstrar a viabilidade técnica e econômica das soluções disponíveis.

Por fim, o Estudo Técnico Preliminar (ETP), então, com a Lei Federal n.º 14.133/2021, passa a ter previsão na Lei Geral de Licitações como um importantíssimo instrumento de governança, que visa melhorar a qualidade das contratações públicas, integrando a fase de planejamento.

## REFERÊNCIAS

BELO, Alcindo Antônio Amorim B. A ênfase no planejamento na nova lei de licitações. **Conjur**, 11 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-11/alcindo-belo-enfase-planejamento-lei-licitacoes>. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. **Acórdão 1.079/2019** – Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1119620181.PROC/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=e62497d0-8152-11e9-acc9-c9d47db6992f>. Acesso em: 9 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 10.024, de 20 de setembro de 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=10024&ano=2019&ato=aeeQzaE1keZpWT04b>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa n.º 04, de 19 de maio de 2008**. Revogada pelo IN de 2010. Dispõe sobre o processo de contratação de serviços de Tecnologia da Informação pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas-revogadas/instrucao-normativa-no-04-de-19-de-maio-de-2008-revogada-pela-in-no-04-de-2010>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm). Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm). Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n.ºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n.º 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 ago. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm). Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º jul. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm). Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Gestão. **Instrução Normativa n.º 40, de 22 de maio de 2020**. Dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técni-

cos Preliminares – ETP – para aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica, fundacional, e sobre o Sistema ETP digital. Brasília, 26 maio 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-40-de-22-de-maio-de-2020-258465807>. Acesso em: 9 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1741/2015**. Primeira Câmara. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, Sessão de 24/03/2015. Publicado em Boletim de Jurisprudência n.º 75, de 07/04/2015.

EUROPA. Parlamento Europeu e Conselho. **Directive n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=cele-x%3A32004L0018>. Acesso em: 14 ago. 2022.

EUROPA. Parlamento Europeu e Conselho. **Directive n.º 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 14 ago. 2022.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Resolução n.º 115, de 29 de dezembro de 2021**. Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – SEPLAG. Disponível em: <http://www.pesquisalegislativa.mg.gov.br/LegislacaoCompleta.aspx?cod=198711&marc=>. Acesso em: 14 ago. 2022.

NIEBHUR, Joel de Menezes *et al.* **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2 ed. Curitiba: Zênite, 2021.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Nova Lei de Licitações: o princípio do planejamento. **Blog ZENITE**. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-o-principio-do-planejamento/>. Acesso em: 8 ago. 2022.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. 12 ed. Salvador: JusPODVIM, 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Auditoria Operacional. **Acórdão n.º 1079/2019 – Plenário**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/obras-paralisadas-no-pais-causas-e-solucoes.htm>. Acesso em: 9 ago. 2022.

XAVIER, Gustavo Silva. Reflexões sobre o regime de transição da nova lei de licitações. **Migalhas**, 9 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343336/reflexoes-sobre-o-regime-de-transicao-da-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 9 ago. 2022.

# 4

## SINGULARIDADES DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Cleber Lacerda Botelho Jr.<sup>14</sup>*

A arbitragem envolvendo a administração pública é tema recorrente no cenário jurídico nacional, principalmente após a advento da Lei Federal n. 13.129/2015, que ratificou de forma peremptória a possibilidade de o poder público submeter seus litígios ao juízo arbitral.

Em que pese essa alteração legislativa tenha contribuído sobremaneira para a superação da controversa discussão em derredor da arbitrabilidade subjetiva envolvendo a administração pública, fato é que ainda remanesce muitas dúvidas acerca da compatibilização da arbitragem com as especificidades próprias do regime jurídico administrativo.

Nesse contexto, propõe-se analisar o instituto da arbitragem como método adequado de solução de conflitos, sua evolução histórica no ordenamento jurídico pátrio e as peculiaridades a serem observadas quando a administração pública figura como uma das partes.

### **1 A ARBITRAGEM COMO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do relatório Justiça em Números/2020, verificou-se que o Poder Judiciário brasileiro se encontra congestionado e com uma elevada carga de trabalho, contando aproximadamente com 114,5 milhões de processos em andamento (BRASIL, 2020). Todo esse volume de processos compromete a duração razoável da prestação jurisdicional, afetando diretamente a sua eficiência e culminando em perda de credibilidade do Poder Judiciário junto à sociedade civil.

Esse crescimento exponencial do número de demandas submetidas ao Poder Judiciário decorre do fenômeno da judicialização dos conflitos e é vis-

---

<sup>14</sup> Procurador do Município de Salvador-BA. Advogado. Especialista em Direito Eleitoral e Municipal pela UFBA. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo IDP-DF.

to como uma das principais causas da morosidade da prestação jurisdicional. Por certo, quanto maior o número de litígios, mais difícil torna-se analisar e julgar esses feitos em tempo razoável, principalmente ante a desproporção existente em relação à quantidade de juízes e demais serventuários da justiça aptos a dar vazão a esses processos.

Ademais, em outra pesquisa realizada pelo CNJ constatou-se que o setor público federal, estadual e municipal, juntamente com bancos e telefonia, representam 95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. Desses processos, 51% têm como parte ente do setor público, 38% empresa do setor bancário, 6% companhias do setor de telefonia e 5% de outras empresas (BRASIL, 2020). Isso tudo demonstra o quanto a administração pública tem sido, ao longo do tempo, estimulada à cultura do litígio.

É nesse contexto que surge a necessidade de redefinir os mecanismos de atuação estatal, até então marcados pela utilização do poder extroverso, relações jurídicas verticalizadas e exercício de autoridade estatal. Assim, passa-se a fomentar a consensualidade nas relações jurídicas entabuladas com a administração pública, a fim de contribuir para a formação de um Estado mediador de interesses públicos, que estimule relações horizontais com o setor privado e que seja capaz de alcançar maior eficiência na gestão e execução de políticas públicas (MONTEIRO, 2012, p. 108).

No dizer de Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka (2008, p. 33), esse novo modelo de consensualidade proposto à administração pública “retrata a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca”.

Aos poucos, a administração pública deixa de ser monológica para ser dialógica, menos impositiva e unilateral, passando a adotar fórmulas mais abertas de solução de conflitos. O princípio do consenso na administração pública torna-se, então, um mote a ser perseguido, fazendo prevalecer o “primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado” (MOREIRA NETO, 2003, p. 133). Ou seja, surge um espaço maior de coordenação entre o setor público e o privado, promovendo um concerto de condutas entre seus agentes e de contratualização da função pública (MONTEIRO, 2012, p. 111).

Dentro desse ambiente de consensualidade, os agentes públicos e privados passam a negociar, inclusive, quais são os mecanismos adequados de solução de controvérsias a serem eventualmente utilizados no decorrer da relação contratual. Assim, a administração pública passa a fazer uso tanto dos meios autocompositivos, tais como mediação e conciliação, quanto dos métodos heterocompositivos de solução de conflitos, especialmente a arbitragem.

Nessas circunstâncias, no tocante à arbitragem, essa consensualidade se manifesta tanto na eleição do instituto como método adequado à solução dos conflitos, quanto no ajuste das suas regras procedimentais, embora essa resolução de litígio se dê de forma impositiva, independente da vontade ou pretensão das partes envolvidas, mediante a decisão de um terceiro, árbitro ou câmara arbitral.

De fato, a possibilidade de se eleger a arbitragem pela administração pública como método adequado de solução de controvérsias, desde que atinentes a direito patrimoniais disponíveis constantes dos contratos administrativos, resulta em substancial avanço dessa horizontalização das relações entre público e privado, reforçando essa ideia de administração consensual, “também alcunhada de Administração democrática, participativa, inclusiva, dentre outras designações” (NATAL, 2019).

Segundo definição trazida por Carlos Alberto Carmona (2004, p. 51), a arbitragem consiste em “meio alternativo de solução de controvérsia através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”.

Como meio privado heterocompositivo, alternativo à justiça estatal, a arbitragem é marcada pela celeridade, expertise, consensualidade, confidencialidade e informalidade procedimental, optando as partes por submeter a questão litigiosa a uma terceira pessoa – árbitro ou câmara arbitral –, dotada de poderes para proferir decisão com mesmos efeitos de uma sentença judicial. Essa série de vantagens inerentes ao instituto, associada à crise estrutural que assola o Judiciário, de certo modo, acaba contribuindo para a sua consolidação e o crescimento de sua utilização no país.

Dentre as diversas vantagens da arbitragem, a livre escolha do julgador pelas partes é uma das mais significativas. Desse modo, as partes podem submeter a análise e o julgamento do litígio àquele profissional que inspire sua confiança; que reúna, segundo seu critério de avaliação, idoneidade, conhecimento técnico específico e experiência suficientes para lidar com a matéria atinente à controvérsia apresentada.

Diverso do que se sucede na Justiça Estatal, que é regida pelo princípio do juiz natural, na arbitragem o julgador é selecionado mediante convenção entre as partes envolvidas, que terão que escolher um número ímpar de árbitros, a fim de compor o tribunal arbitral, na forma estipulada pelo artigo 13<sup>15</sup> e seguintes da Lei de Arbitragem (LA).

Assim, levando-se em consideração que a escolha do árbitro decorre dessa autonomia de vontade, as partes envolvidas tendem a ter uma maior

---

15 “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que detenha a confiança das partes. §1º. As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes” (BRASIL, 1996).

confiança no procedimento arbitral, uma vez que efetivamente podem participar da formação do tribunal arbitral responsável pelo julgamento da controvérsia, resultando, via de consequência, em uma maior legitimidade dessa decisão arbitral. Dessa forma, aumentam substancialmente as chances de, ao final do procedimento arbitral, obterem-se sentenças mais adequadas e em sintonia com as expectativas das partes (NUNES, 2019, p. 174-175).

Outra característica importante da arbitragem é a celeridade com que os litígios se resolvem, principalmente quando em comparação com o processo judicial. A arbitragem, por previsão expressa do artigo 23<sup>16</sup> da LA, deve findar-se no prazo de seis meses após a sua instituição, podendo as partes, todavia, diante da complexidade do litígio, convencionar prazo mais dilatado.

A celeridade da arbitragem decorre da prioridade com que o litígio é tratado pelo árbitro, além da sua especialidade técnica, experiência para lidar com o caso e o número reduzido de demandas sob sua responsabilidade. Tal situação é bem diversa daquela experimentada pela Justiça Estatal, sabidamente marcada pelo alto grau de congestionamento processual e matérias das mais diversas submetidas ao julgador, comprometendo a sua eficiência. Além disso, o fato de o julgamento arbitral se concretizar em instância única, sem previsão de recursos, faz com que essa prestação jurisdicional seja muito mais rápida.

A flexibilidade do procedimento da arbitragem também é uma outra vantagem em relação ao processo judicial. Diverso do que se sucede no âmbito do Judiciário, permeado por uma série de atos, protocolos e formalidades, o objetivo primordial da arbitragem é solucionar a controvérsia, sendo, por isso, menos formal em seu procedimento, o que em certa medida acaba contribuindo para uma solução mais adequada e célere da demanda.

Por conta dessa flexibilidade, o procedimento arbitral tende a ser livre, facultando-se às partes pré-determinar as regras que irão seguir, potencializando-se o princípio da autonomia da vontade, que não se limita sequer pelas normas processuais cogentes do país que julgará o litígio, respeitando-se, todavia, as garantias constitucionais como a igualdade, o contraditório e a ampla defesa. Desse modo, as partes podem criar as normas que regerão o procedimento arbitral, bem como optar por seguirem os regramentos internos de uma câmara arbitral específica ou outros que lhes pareçam mais adequados à solução da controvérsia (NUNES, 2019, p. 170).

Outra vantagem inerente à arbitragem é a confidencialidade do procedimento. Embora na LA não haja previsão expressa acerca da confidencia-

---

16 “Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de 6 meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro” (BRASIL, 1996).



lidade, consta do seu artigo 13, § 6.º,<sup>17</sup> bem como de outros regulamentos arbitrais, que os árbitros no desempenho de suas funções deverão pautar suas condutas com “imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. Disso decorre um dever de confidencialidade por parte dos árbitros, que abarcaria todas as informações que obtivessem durante o processo arbitral, salvaguardando, dessa forma, a imagem das partes, a divulgação de segredos comerciais e industriais, além do valor envolvido na demanda, dentre outros dados pessoais e empresariais relevantes (ARAÚJO NETO, 2016, p. 141).

Por outro lado, parte da doutrina entende que essa exigência de comportamento discreto por parte do árbitro está muito mais associada a um conceito de privacidade do que de confidencialidade. Nesse sentido, Cretella Neto (2010, p. 65) salienta que “a privacidade é um conceito que impede que terceiros, estranhos à arbitragem, dela participem, já a confidencialidade impõe obrigações às partes e aos árbitros”. Assim, remanesce a dúvida sobre se realmente há uma imposição legal extensiva às partes de guardar sigilo das informações obtidas no processo arbitral.

Em que pese essa discussão, boa parte da doutrina entende que a confidencialidade representa uma importante forma de se proteger as informações e os dados do processo, cuja divulgação poderia acarretar prejuízos a alguma das partes. Além do mais, dentro dessa autonomia da vontade que permeia esse método de solução de conflitos, a confidencialidade poderia ser livremente estipulada pelas partes em convenção de arbitragem ou, até mesmo, deixada aos cuidados do regulamento de um juízo arbitral escolhido por elas (ARAÚJO NETO, 2016, p. 142).

A arbitragem como método de resolução de conflitos também se mostra vantajosa para atração de investimentos privados, uma vez que a lógica do mercado demanda soluções mais céleres, seguras e especializadas, o que nem sempre encontra guarida no sistema judiciário. Assim, não é demais dizer que o instituto da arbitragem, ao tempo em que garante a celeridade do processo, gerando ganhos de eficiência, contribui para o descongestionamento do sistema judiciário, impactando positivamente na economia com os custos de transação (LEMES, 2016).

Dentro de um cenário de elevada sobrecarga do Judiciário, a arbitragem mostra-se, portanto, como um verdadeiro mecanismo de desjudicialização dos litígios administrativos, assim como os métodos extrajudiciais de solução de conflitos (MESCs), por seu turno, são vistos como medidas eficientes de desburocratização administrativa (OLIVEIRA, 2019, p. 348).

---

17 “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz que detenha a confiança das partes” [...] § 6º. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição” (BRASIL, 1996).

Com efeito, embora à primeira vista a arbitragem possa aparentar uma alternativa cara, tendo em vista os custos com a contratação do árbitro e as altas taxas cobradas pela instituição arbitral, deve-se levar em consideração nessa análise o custo de um processo judicial, marcado, via de regra, pela morosidade e por inúmeros gastos realizados ao longo de todo o processo. Assim, sobreleva observar a relação custo-benefício em questão, uma vez que esses valores adiantados pelas partes podem ser diluídos ao longo do procedimento arbitral e considerados ínfimos em função do negócio e dos riscos de se aguardar por anos uma decisão judicial (LEMES, 2007a, p.176).

No que diz respeito à evolução da arbitragem envolvendo a administração pública no cenário nacional, vale registrar que a primeira experiência remonta à época do Império, sob a regência do Código Comercial de 1850 e dos Decretos n. 3.900/1867 e n. 7.959/1880, em que árbitros nomeados se incumbiram de solucionar o conflito concernente à concessão de serviços e obras públicas das estradas de ferro Santos-Jundiaí, Sorocabana e Madeira-Mamoré (JUNQUEIRA, 2019, p. 70).

Desde aquela época, o Governo-Geral do Império e as províncias outorgaram diversas concessões de obras e serviços públicos nos setores portuário, ferroviário e urbano, fazendo constar em cada um desses contratos cláusula prevendo a solução arbitral, em caso de controvérsias surgidas ao longo dessa relação jurídica (LEMES, 2007a, p. 65-66).

Não obstante a existência de outros casos pontuais no passado, somente a partir da década de 1990 a arbitragem no setor público ganhou novo estímulo, na linha da própria Lei n. 9.307/96. Deve-se contar também a influência de empréstimos estrangeiros de organismos multilaterais de financiamento, como o FMI e Banco Mundial, que diante da incapacidade econômica do país para implementar grandes projetos de infraestrutura por si só, condicionavam a liberação desses recursos à previsão contratual de compromisso arbitral como método para resolução de eventuais conflitos existentes entre as partes (OLIVEIRA, 2020, p. 162).

Já no ano de 2001, ocorreu o julgamento do célebre “caso Lage” pelo Supremo Tribunal Federal, que é visto como marco emblemático acerca da aceitação e cabimento da arbitragem envolvendo o Poder Público. Nesse processo, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da arbitragem realizada para a solução do litígio envolvendo o espólio de Henrique Lage, espólio de Renaud Lage e a União, tendo sido fixada, no laudo arbitral, indenização decorrente dos prejuízos experimentados pelo Grupo Lage, em virtude da incorporação ao patrimônio nacional de acervos das suas empresas de navegação, estaleiros e portos, durante o período da Segunda Guerra Mundial (SCHMIDT, 2018, p. 24-25).

Com a confirmação da constitucionalidade da LA pelo STF, tanto o setor privado quanto a administração pública se sentiram mais confiantes e

instigados a acordar a arbitragem em seus contratos. Em decorrência disso, muitos desses contratos deram origem a disputas que acabaram desaguando no Poder Judiciário, culminando, por seu turno, na produção de relevantes precedentes judiciais que ajudaram a moldar os limites da arbitragem no setor público.

Nessa conjuntura, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) acabou exercendo papel fundamental em relação à arbitragem, atenuando a preocupação dos gestores públicos e dos particulares acerca da sua utilização no âmbito dos contratos administrativos, conferindo maior validade e aplicabilidade às convenções arbitrais em que a administração pública figure como parte, proporcionando, via de consequência, um ambiente mais seguro em torno do instituto (OLIVEIRA, 2020, p. 162).

Em acórdão paradigmático produzido nos autos do Recurso Especial n. 612.439/RS (BRASIL, 2005b), de relatoria do ministro João Otávio de Noronha, o STJ analisou o caso em que se discutia se a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), sociedade de economia mista do Estado do Rio Grande do Sul, poderia se submeter ou não à cláusula de arbitragem prevista no contrato firmado com a AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., em razão de controvérsia surgida em torno do inadimplemento na aquisição de potência e energia elétrica.

Por unanimidade, o STJ reconheceu a validade e a eficácia da cláusula compromissória constante do contrato em questão, entendendo ser cabível o compromisso arbitral firmado pela Companhia Estadual de Energia Elétrica do Estado do Rio Grande do Sul, independente da existência ou não de autorização legislativa específica para a utilização da arbitragem ou a inserção de cláusula compromissória no referido contrato, fundamentando que, por se tratar de uma sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, ela encontra-se submetida ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no que diz respeito aos seus direitos e suas obrigações contratuais (SCHMIDT, 2018, p. 30).

Essa compreensão foi reiterada nos autos dos Recursos Especiais n. 606.345/RS (BRASIL, 2006) e n. 904.813/PR (BRASIL, 2012), em que se discutia também a validade de cláusulas compromissórias constantes de contratos de comercialização de potência de energia elétrica, tendo como partes uma empresa estatal e uma companhia privada geradora de energia elétrica. Nesse último recurso, inclusive, a relatora, ministra Nancy Andrighim fez constar em seu voto importante precedente: “o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes, não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente”.

Outro julgado do STJ que merece destaque é o Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 11.308/DF (BRASIL, 2008), de relatoria do então ministro Luiz Fux, no qual se reiterou a possibilidade do uso da arbitra-

gem para solucionar controvérsias envolvendo sociedades de economia mista exploradora de atividade econômica, consignando ainda que a definição de direitos patrimoniais disponíveis não guarda qualquer incompatibilidade com a ideia de interesse público. Em trecho emblemático desse acórdão, registrou-se que “não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público”.

Diante desse cenário favorável, estando em curso as privatizações, reformas e projetos de modernização do Estado, o legislador brasileiro passou a fomentar a inserção, no ordenamento jurídico, de diversos dispositivos normativos, estipulando a arbitragem como método adequado de resolução de conflitos relacionados aos contratos administrativos firmados com o poder público.

Sendo assim, em meados dos anos 1990, surgiram diversas leis esparsas autorizando a utilização da arbitragem nos contratos administrativos firmados com a administração pública, especialmente contratos de concessão que demandam expressivos aportes de recursos financeiros. Podem ser citados os seguintes instrumentos normativos: (i) Lei das Concessões e Permissões de Prestação de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/1995, com a posterior introdução do artigo 23-A, por intermédio da Lei n. 11.196/2005); (ii) Lei Geral das Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997); (iii) Lei do Petróleo e Gás (Lei n. 9.478/1997); (iv) Lei dos Transportes Aquaviários e Terrestres (Lei n. 10.233/2001); (v) Lei dos Contratos de Aquisição de Energia Elétrica (Lei n. 10.848/2004); (vi) Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004); (vii) Lei dos Transportes Rodoviários de Cargas (Lei n. 11.442/2007); (ix) Lei de Transporte de Gás Natural (Lei n. 11.909/2009); (x) Lei de Exploração e Produção de Petróleo (Lei n. 12.351/2010); (xi) Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei n. 12.462/2011, incluído pela Lei n. 13.190/2015); (xii) Lei dos Portos (Lei n. 12.815/2013); (xiii) Lei de Prorrogação e Relicitação de Contratos do Programa de Parceria de Investimento (Lei n. 13.448/2017) (YAMAMOTO, 2018).

Como se depreende, diversas normas esparsas, gradativamente, foram permitindo a inclusão da arbitragem no contexto administrativo, embora restrita a áreas bastante específicas da atuação estatal.

Nesse contexto, com o advento da Lei n. 13.129/2015 dirimiram-se as dúvidas que remanesciam acerca da possibilidade de emprego da arbitragem pela administração pública, resolvendo de vez a questão da arbitrabilidade subjetiva. De fato, houve uma verdadeira mudança de paradigma a partir dessa lei, conferindo autorização geral expressa para a utilização desse método de resolução de conflitos, agora não mais restrito a determinado setor regulado e a algumas espécies de contrato público.

## **2 DAS SINGULARIDADES DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO**

Nas arbitragens em que figure como uma das partes a administração pública é imprescindível que sejam observados certos princípios regentes do direito público. Assim, a fim de que a arbitragem se desenvolva com eficiência e legalidade no âmbito da administração pública, é imperioso que haja adequação do procedimento às singularidades inerentes ao direito público e que, por sua vez, a administração pública também se amolde às particularidades do processo arbitral (MORAES; NEVES, 2018, p. 413).

Em que pese o reconhecimento e a validade da arbitragem realizada em torno da administração pública, não se pode olvidar que a autonomia da vontade, traço marcante do instituto, não é absoluta no procedimento arbitral em que haja participação dela. O interesse público e os princípios vetores da atuação da administração pública impõem que essa arbitragem se atenha a algumas peculiaridades (CASTRO; FARIA, 2018, p. 238).

Em relação ao assunto, Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2017, p. 2) esclarece o seguinte:

A presença da Administração Pública na arbitragem exige a observância de certas peculiaridades no procedimento alternativo de solução do conflito. Tais particularidades decorrem da função estatal envolvida no litígio arbitral, que atrai as regras norteadoras do sistema democrático e do regime público, em especial para garantir a fiscalização das condutas do Poder Público pelos órgãos de controle e pela sociedade. A legitimidade da arbitragem depende da consideração por aqueles envolvidos direta ou indiretamente no tratamento do conflito por juízo arbitral deste núcleo mínimo, normativo e principiológico, que fundamenta a atuação administrativa, cabendo aos árbitros, os prepostos e os procuradores das partes o dever de adequação da utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública.

Assim sendo, a presença da administração pública direta ou indireta na arbitragem gera certas singularidades referentes ao procedimento arbitral a serem observadas, fazendo com que algumas questões adquiram relevo diverso do que se sucederia numa arbitragem restrita aos particulares. Com efeito, questões concernentes ao direito aplicável, bem como à escolha dos árbitros ou de instituição arbitral, à participação de terceiros, à publicidade dos atos e ao sistema de pagamento das condenações, dentre outras, deverão ser tratadas de forma diferenciada, ou seja, buscará sempre harmonizar-se com as peculiaridades do regime jurídico-administrativo.

## 2.1 O DIREITO APLICÁVEL

Apesar de a LA admitir que as partes disponham livremente sobre se a arbitragem será de direito ou de equidade, ressalta-se que quando há a participação da administração pública essa arbitragem, obrigatoriamente, terá que ser de direito, em respeito ao princípio da estrita legalidade (art. 37, caput, da CF/1988), que alcança o Direito Administrativo na forma disposta em seu § 3.º do artigo 2.º.<sup>18</sup> Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro não admite o julgamento por equidade na arbitragem envolvendo a administração pública, mas somente o julgamento com a aplicação do direito.

Em uma arbitragem julgada por equidade, o árbitro não se limita a aplicar as normas legais, podendo invocar regras diversas da lei ou das normas de direito positivo posto, baseando o julgamento em seu senso comum de justiça acerca do caso concreto apresentado pelas partes. Assim, consoante leciona Selma Lemes (2017b, p. 190), “a percepção de justiça desvinculada ou não de regras jurídicas e métodos preestabelecidos de interpretação é o que representa a decisão por equidade”.

Nesse cenário, em se tratando de solução de conflitos decorrentes de contratos estabelecidos com a administração pública, o julgamento da arbitragem por equidade evidencia-se inconciliável com os princípios do Direito Administrativo, especialmente o da legalidade, que deve nortear todos os atos. É indiscutível que a decisão fundada nas regras do Direito garanta maior previsibilidade às partes, ensejando maior tranquilidade aos gestores públicos, em especial, razão pela qual se impõe que a sentença arbitral seja fundamentada unicamente no Direito (MORAES; NEVES, 2018, p. 419).

Deveras, apesar de não ser vedado ao árbitro formar seu livre convencimento motivado nos diversos princípios jurídicos aplicáveis à administração pública, interpretando o direito e contribuindo com a evolução da hermenêutica das leis, deve sempre atuar nos limites das balizas fixadas pelo direito posto, produzindo sentenças arbitrais calcadas nas leis de regência. Com isso, confere-se a desejada segurança jurídica no que diz respeito ao critério de julgamento das arbitragens envolvendo a administração pública.

Não obstante a arbitragem envolvendo a administração pública ter que ser de direito, não houve qualquer especificação da lei material a ser aplicada. Via de consequência, dentro da autonomia da vontade inerente ao instituto, é facultado às partes disporem acerca dessa escolha em compromisso arbitral ou em cláusula compromissória, devendo essa lei, todavia, ser brasileira (YAMAMOTO, 2018).

---

18 “Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. [...] §3º. A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (BRASIL, 1996).

## 2.2 A ESCOLHA DA CÂMARA E DOS ÁRBITROS

De acordo com o art. 13, § 3.º, da LA,<sup>19</sup> as partes poderão optar pela arbitragem institucional a ser desenvolvida no âmbito de uma instituição arbitral, subordinando-se aos seus regramentos internos, ou pela arbitragem *ad hoc*, submetendo-se ao procedimento previamente ajustado entre partes em convenção de arbitragem. Apesar dessa liberdade conferida pela LA quanto ao processo de escolha em torno da arbitragem *ad hoc* e a institucional, esta última tem se mostrado mais adequada às necessidades da administração pública, que vem preferindo seguir um regulamento de arbitragem já existente a ter que elaborar e aplicar regras que ainda não tenham sido experimentadas (GUERRERO, 2018).

Outra questão que merece ser abordada é o vínculo que se estabelece entre o árbitro ou instituição arbitral e a administração pública. Parte da doutrina entende que, por se tratar de uma contratação embasada em prestação de serviço singular e de notória especialização técnica, a administração pública estaria autorizada a contratar diretamente com o árbitro ou com a câmara arbitral, por se mostrar inviável a competição nesse processo de escolha, sendo essa uma das hipóteses legais de inexigibilidade de licitação pública, em conformidade com o que dispõe o artigo 74, III, da Lei n. 14.133/2021.<sup>20</sup> Além disso, a realização de licitação nessas hipóteses mostrar-se-ia demasiadamente burocrática e demorada, o que poderia comprometer a peculiar celeridade atribuída ao procedimento arbitral (GARCIA, 2016).

Em abono a esse raciocínio, tem-se que faltam critérios objetivos para o estabelecimento de competição para a escolha de árbitros ou de instituições arbitrais, dada a especificidade e a indefinição quanto ao serviço a ser prestado, situação que, no caso das câmaras arbitrais, evidencia-se ainda mais acentuada, levando-se em consideração que cada uma delas possui regulamento próprio (OLIVEIRA, 2015).

Em sentido diverso, o entendimento que parece mais escorreito é o de que o procedimento licitatório deve ser afastado no processo de escolha dos

19 “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. [...] § 3º. As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada” (BRASIL, 1996).

20 “Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: [...] III- contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: [...] §3º. Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (BRASIL, 2021).

árbitros ou da instituição arbitral pela administração pública, uma vez que essas contratações se perfectibilizam conjuntamente pelo poder público e pelo particular, não havendo, desse modo, ingerência da Lei Geral de Licitações e Contratos, a qual trata tão somente das contratações realizadas individualmente pela administração. Além do mais, é preciso ressaltar que tanto o árbitro quanto a instituição arbitral não prestam serviços à administração pública, pois o primeiro exerce jurisdição estatal, enquanto o segundo apenas administra o processo arbitral, razão pela qual esse processo de escolha também não se submeteria à Lei Geral de Licitações e Contratos (OLIVEIRA, 2017).

De forma convergente, destaca Marçal Justen Filho (2016, p. 32) que:

A absoluta incompatibilidade entre a indicação de árbitro e o procedimento licitatório é reconhecida de modo genérico. Ninguém ousaria imaginar possível um potencial candidato a árbitro ser selecionado mediante um procedimento fundado em critérios objetivos (tal como menor preço ou a maior qualidade técnica).

A licitação é um mecanismo jurídico destinado a selecionar a proposta de contratação mais vantajosa para a administração pública. Como a arbitragem não se constitui num contrato, é inviável cogitar de promover a licitação para instaurar uma arbitragem – ou para escolher árbitros ou câmaras de arbitragem.

Outro viés que se apresenta em algumas legislações, a exemplo da Lei de Prorrogação de Relicitações dos Contratos do Programa de Parceria de Investimentos (PPI) – Lei Federal n. 13.448/2017 –, é a possibilidade de utilização do credenciamento por parte da administração pública. Nessa hipótese, a escolha da câmara de arbitragem credenciada poderá ser realizada pelo particular interessado na resolução do conflito, caso a caso, desde que preenchidos alguns requisitos legais, tais como: notória especialização, expertise, adequação ao preço de mercado, instalações técnicas adequadas para a realização do procedimento arbitral e apresentação de corpo técnico de secretariado, dentre outros (YAMAMOTO, 2018).

As referidas câmaras, pré-selecionadas e consideradas aptas à prestação dos serviços, estariam à disposição da administração pública, que poderia se valer delas quando da instauração da controvérsia jurídica entre as partes ou, até mesmo, quando da elaboração das cláusulas compromissórias constantes dos contratos administrativos (OLIVEIRA; SCHWARTSMANN, 2015).

Nesse contexto, não é demasiado ressaltar que o credenciamento prescinde de realização de licitação. Assim, todos os interessados que preenchem os requisitos previamente estabelecidos no regulamento pela administração pública para prestação de um dado serviço estarão aptos para tanto, não ha-



vendo, desse modo, competição entre os participantes para a escolha de um só ganhador (OLIVEIRA, 2015).

Uma última questão que merece atenção em relação à escolha dos árbitros, diz respeito aos requisitos e aos critérios técnicos a serem adotados nesse processo. É recomendável que os árbitros escolhidos, além preencherem as condições constantes do artigo 13, § 6.º, da LA,<sup>21</sup> gozando de imparcialidade, independência, diligência, discrição e competência, também sejam avaliados quanto aos seus níveis de conhecimento, formação acadêmica, expertise profissional para lidar com a matéria, quantidade de casos julgados e experiência em arbitragem (OLIVEIRA, 2016).

Tomando esses cuidados, as partes provavelmente poderão alcançar melhores resultados nesse processo, evitando – ou pelo menos atenuando – os prejuízos eventualmente causados por uma arbitragem malsucedida, dirigida por profissional que não reúna as condições mínimas e necessárias para atuar no feito.

### 2.3 A PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS

A LA não disciplinou a participação de terceiros na arbitragem, sendo esse tema objeto de muita controvérsia na doutrina e jurisprudência atuais.

Parte da doutrina entende que nenhuma espécie de intervenção de terceiros deva ser admitida na arbitragem, por malferir a natureza contratual do instituto, pois os efeitos das cláusulas de arbitragem ou compromisso arbitral só vinculam as partes signatárias da convenção anuída, portanto, não se submetendo ao juízo arbitral aqueles que não participaram da avença (MAZZONETTO, 2012). Em sentido diverso, há também o entendimento de que essa regra merece ser mitigada, em razão da potencial transcendência dos efeitos da decisão arbitral que ultrapassam as partes originariamente envolvidas na arbitragem, principalmente quando um dos partícipes é a administração pública (JUNQUEIRA, 2019, p. 131).

Não é incomum que as decisões arbitrais em torno de contratos administrativos que versem sobre a execução de obra ou concessão de serviço público possam impactar outros setores de infraestrutura, irradiando efeitos para além das partes signatárias da convenção de arbitragem, a exemplo do que ocorre no setor de energia elétrica que, por ter uma série de contratos interligados em cadeia (geração, transmissão e distribuição), acaba, muitas vezes, atraindo a participação da Aneel na arbitragem (JUNQUEIRA, 2019, p. 132).

---

<sup>21</sup> “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. [...] § 6º. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com competência, diligência e discrição.”

Nesse contexto, diante dessa latente interação entre os diversos contratos administrativos, principalmente aqueles ligados aos setores de infraestrutura, e dos efeitos regulatórios decorrentes de uma decisão arbitral, essa intervenção de terceiro na arbitragem envolvendo a administração pública deve ser, no mínimo, objeto de ponderação por parte de todos os personagens do procedimento arbitral.

No tocante à participação do *amicus curiae* na arbitragem, é preciso considerar que ele “intervém com vistas a enriquecer o debate judicial, atuando em prol de interesses metaindividuais existentes na sociedade e no Estado, os quais são afetados, em alguma medida, pela decisão tomada dentro do processo” (OLIVEIRA, 2018, p. 40). Sendo assim, a intervenção de terceiros como o *amicus curiae*, viabilizando a participação de entidades públicas ou da sociedade civil, pode ser, em certa medida, incorporada ao procedimento arbitral, como já ocorre nas arbitragens internacionais de investimento (OLIVEIRA, 2017).

## 2.4 A PUBLICIDADE

Um dos substanciais atrativos da arbitragem é a possibilidade de se estabelecer confidencialidade ao procedimento. Ela pode ser compreendida como um dever das partes que optaram pela arbitragem de preservar do conhecimento de terceiros estranhos ao procedimento a existência do litígio, os documentos exibidos, as provas apresentadas, o desdobramento da audiência e das decisões proferidas no curso do procedimento. Assim, todos esses atos e documentos ficariam restritos ao conhecimento das partes, árbitros, à instituição administradora, mantendo o caráter privado do procedimento, tudo isso dentro dessa autonomia da vontade inerente ao instituto (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2012, p. 230).

Todavia, essa confidencialidade, que não é obrigatória ou essencial à arbitragem, nem decorre de regra imutável ou fixa nesse sentido, não se confunde com a ideia de privacidade. No dizer de José Cretella Neto (2010, p. 65), enquanto “a confidencialidade institui obrigações aos sujeitos da arbitragem (partes e árbitros), a privacidade impede que terceiros, alheios ao procedimento arbitral, dele participem” (CRETELLA NETO, 2010, p. 65).

Sucede que a LA, após o advento da Lei n. 13.129/2015, normatizando a utilização da arbitragem pela administração pública, passou a dispor sobre a necessidade de observância do princípio da publicidade, o que à primeira vista poderia levar à ideia equivocada de que seria inconciliável com o instituto. Assim, a partir dessa alteração legislativa, o princípio da publicidade passou a constar expressamente no âmbito da arbitragem envolvendo a administração pública, embora seu alcance e forma de implementação no procedimento arbitral ainda demande uma maior regulamentação.

Essa exigência, fundamentada no próprio texto constitucional, faz com que o princípio da publicidade deva ser observado pela administração pública ao longo da sua gestão da coisa pública, notadamente em relação aos contratos administrativos que celebra, proporcionando a devida transparência dos atos administrativos praticados, fator esse imprescindível para *accountability* dos agentes públicos (OLIVEIRA; FIGUEIROA, 2015).

De fato, por conta do princípio da publicidade, a mera participação da administração pública em uma arbitragem traz consigo algumas limitações à livre autonomia de vontade das partes, uma vez que, habitualmente, pode-se dispor acerca da extensão do sigilo nos procedimentos arbitrais. Via de consequência, esse dever de publicidade impõe uma maior responsabilidade aos árbitros, exigindo-se-lhes maior atenção ao longo do procedimento, a fim de salvaguardar a devida transparência e responsividade em sua condução, conferindo maior legitimidade à sentença arbitral e, com isso, evitando a judicialização do litígio (OLIVEIRA, 2017).

Apesar disso, é preciso ressaltar que o princípio da publicidade no âmbito da arbitragem envolvendo a administração pública não é absoluto, podendo ser mitigado. Nem todos os atos e documentos constantes do processo arbitral devem ser alcançados por essa publicidade, sob pena de vir a prejudicar interesses públicos e privados, a exemplo de documentos sensíveis, patentes, segredos industriais, financeiros, informações ligadas à economia ou de mercado, e pessoais, relacionados à intimidade, vida particular, honra e imagem (ROCHA, 2018, p. 77-78).

Assim, tem-se que reconhecer que essa publicidade envolvendo a administração pública está relacionada a elementos fundamentais da arbitragem, como a sua existência, seus atos essenciais e decisões arbitrais, devendo se resguardar o sigilo quanto a determinados documentos e atos cuja divulgação possa acarretar prejuízos ao interesse público ou ao particular. É justamente dessa forma que se deve observar o princípio da publicidade em torno da arbitragem envolvendo a administração pública, divulgando-se apenas as informações necessárias à transparência do ato administrativo, a fim de se viabilizar o controle do poder público.

Nesse contexto, deve-se entender que o princípio da publicidade realmente pode e deve ser excepcionado em algumas situações pontuais, a exemplo do que se sucede com as informações descritas por autoridades na Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.527/11 (BRASIL, 2011), como sigilosas, salientando-se também que dados pessoais não são públicos e que seu acesso é restrito (MORAES; NEVES, 2018, p. 416).

Nos termos do que dispõem a LGPD (brasil, 2018) e a Resolução CNJ n. 363/2021,<sup>22</sup> o mesmo acontece com alguns dados pessoais sensíveis<sup>23</sup> constantes do procedimento arbitral que, desde que não tenham por base legal o exercício regular de direitos (artigo 7.º VI, da Lei Geral de Proteção de Dados),<sup>24</sup> não devem ser “tratados”,<sup>25</sup> divulgados, se isso não for imprescindível ao caso concreto. Nesse particular, o cuidado que se exige das instituições arbitrais quanto à proteção de dados sob a sua tutela supera a mera previsão legal de sanção em relação ao tratamento conferido, podendo comprometer a sua própria reputação no mercado em que atua (OLIVEIRA; VOSGERAU, 2020).

Outra situação que surge em torno da arbitragem envolvendo o ente público diz respeito a saber a quem incumbiria realizar essa publicidade: se à instituição arbitral ou à própria administração pública. O que se evidencia mais razoável é que esse ônus recaia sobre a administração pública, pois é dela o dever de publicidade, estando sujeita às implicações legais em caso de descumprimento, e não das partes privadas que participam da arbitragem. Além disso, essa aparentemente é a solução mais adequada, posto que reserva à administração pública a análise daquilo que entende que deva ser divulgado ao público e o que merece ser mantido em sigilo (ROCHA, 2018, p. 79).

## 2.5 DA SUBMISSÃO AO REGIME DE PRECATÓRIOS

Acerca da forma de pagamento, por parte da administração pública, da condenação pecuniária imposta por sentença arbitral, o debate tem sido intenso. De um lado, está o sistema de precatório previsto no artigo 100<sup>26</sup> da CF/1988 e, do outro, a preservação da ideia de celeridade inerente ao

22 A Resolução CNJ n. 363/2021 estabelece medidas para o processo e adequação à LGPD no âmbito dos tribunais.

23 De acordo com o artigo 5.º, II, da LGPD, um dado pessoal é concebido como sensível caso refira-se à origem “racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicatos ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

24 “Art. 7.º. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem)” (BRASIL, 2018).

25 De acordo com a LGPD, o tratamento de dados engloba toda operação realizada com dados pessoais, apresentando um amplo conjunto de operações efetuadas em meios manuais ou digitais.

26 “Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim” (BRASIL, 1988)

instituto da arbitragem. Essa discussão se concentra basicamente em torno da possibilidade de a administração pública, por ocasião de uma sentença arbitral que lhe seja desfavorável, poder realizar o pagamento de forma espontânea ou eleger outra forma diversa do sistema de precatórios.

Para Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 133), uma sentença arbitral que aplique uma condenação pecuniária à administração pública “deve acarretar a expedição de precatório, em razão do que dispõe o art. 100 da Constituição Federal, regra que não pode ser afastada, ainda que se trate de arbitragem”. Esse raciocínio está embasado na ideia de que somente dessa forma restariam preservados os princípios administrativos da impessoalidade, isonomia e moralidade.

Gustavo Justino de Oliveira (2017, p. 7-8), por sua vez, desde que respeitada a base orçamentária demais limites legais, entende que em algumas hipóteses “nada impede que, após o laudo arbitral, a Administração Pública reconheça o cumprimento de determinada obrigação contratual por parte da contratada e efetue o pagamento de maneira voluntária, como simples manifestação de acatamento da decisão arbitral”.

Há ainda o entendimento de que a administração pública pode celebrar acordos administrativos com os seus credores sem que precise se submeter à ordem de precatórios estabelecida pelo artigo 100 da CF/1988, desde que o ajuizamento dessas demandas se limite a discutir o crédito e que isso tudo se dê antes da sentença de mérito ou até o seu trânsito em julgado, não sendo possível assim proceder após essa etapa, sob pena de se burlar a ordem cronológica dos precatórios (WILLEMANN, 2009).

Ademais, tal como ocorre nos contratos decorrentes das PPP, Lei Federal n. 11.079/04, como alternativa ao sistema de precatórios, esse crédito conferido pela sentença arbitral em favor do particular poderia ser satisfeito mediante o acionamento da garantia estabelecida pelo Fundo Garantidor das PPP<sup>27</sup> (SCHMIDT, 2018, p. 93).

Assim, ante esse novo cenário de consensualidade envolvendo a administração pública, a possibilidade de cumprimento pecuniário espontâneo das sentenças arbitrais, em algumas situações específicas, não parece violar o sistema de precatórios. Em verdade, representa medida de estímulo substancial ao instituto da arbitragem na administração pública, preservando a sua peculiar celeridade e ao mesmo tempo prestigiando os princípios da razoabilidade e da eficiência.

---

27 “Art. 8.º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: [...] V – garantias prestadas no fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade” (BRASIL, 2004).

### **3 A ARBITRABILIDADE OBJETIVA: O QUE SE ENTENDE POR DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL?**

No artigo 1.º da LA,<sup>28</sup> a arbitrabilidade objetiva é retratada condicionando a arbitragem aos litígios concernentes aos direitos patrimoniais disponíveis. Assim, as partes só podem buscar a justiça arbitral quando o objeto do litígio puder ser alvo de disposição, ou seja, se esse direito puder ser cedido ou renunciado, não há óbice algum a subordiná-lo à decisão de um árbitro ou tribunal arbitral.

Após as alterações trazidas pela Lei n. 13.129/2015, apesar de a LA tratar de forma expressa da arbitrabilidade subjetiva, dispondo que a administração pública pode participar de arbitragens, no tocante à arbitrabilidade objetiva deu contornos menos precisos acerca do conceito de “direitos patrimoniais disponíveis”. A definição, de forma clara e contundente, do seu real alcance e significado, é imprescindível para se estabelecer quais as matérias alvos de controvérsias envolvendo a administração pública podem ser submetidas ao juízo arbitral (ARAGÃO, 2017).

De fato, apesar de a LA dizer que as administrações públicas direta e indireta poderão se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, não definiu em que isso consistiria, tampouco trouxe parâmetros normativos claros que pudessem auxiliar na discricionariedade administrativa, resultando, ao que parece, numa mera autorização genérica para o uso do instituto pela administração pública (VALLE, 2018, p. 219).

A prevalência, no âmbito do Direito Administrativo, do princípio da indisponibilidade do interesse público, dificulta ainda mais a adequada compreensão do tema, pois parte da doutrina sustenta, de forma geral e irrestrita, a indisponibilidade e, via de consequência, a inarbitrabilidade de todos os direitos de titularidade da administração pública (ARAGÃO, 2017). Assim, uma vez que a administração pública é regida pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, cuja observância é obrigatória, a adesão ao juízo arbitral resultaria em total afronta a esse princípio, promovendo a discussão indevida, por meio de arbitragem, sobre bens de quem não detém a sua titularidade e disposição direta (GIOVANINI; PEREIRA, 2017).

Essa visão tradicional do Direito Administrativo busca respaldo no entendimento de que os interesses do poder público devam sempre ser tratados como indisponíveis, em abono à ideia de supremacia do interesse público sobre o direito privado. Parte-se da premissa de que essa prerrogativa conferida à administração pública se dá em razão dos interesses coletivos que

---

<sup>28</sup> “Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996).

administra e protege, reafirmando a concepção clássica de que a coletividade está em um patamar superior ao particular.

Todavia essa visão tradicional acerca da supremacia do interesse público em relação ao privado atualmente vem cedendo espaço para interpretações mais relativizadoras, promovendo novas reflexões acerca da ideia de que os interesses públicos são sempre indisponíveis. Nesse sentido, Eros Roberto Grau (2010, p. 20) esclarece que:

Não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público, sendo certo que se pode dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso se esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.

[...] sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.

Em raciocínio complementar, no bojo do voto<sup>29</sup> condutor da ministra Regina Helena Costa, o STJ assinala que dispor da arbitragem para tratar de direitos patrimoniais disponíveis não redundava, por si só, em afronta à indisponibilidade do interesse público:

Em consequência, sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em indisponibilidade do interesse público. [...]

De todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, não desatende ao interesse público, nem renuncia ao seu entendimento.

Diversamente, ao assim agir, prestigia o princípio da indisponibilidade do interesse público, desdobramento que é do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular (BRASIL, 2017).

Assim, há de se reconhecer que não existe qualquer vínculo entre disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público e disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais do poder público. Há uma diferença substancial em relação a esses conceitos. Dispor de direito patrimonial não é o mesmo que dispor de interesse público, sendo que esse último princípio administrativo é atingido por meio da disposição daquele (TONIN, 2018, p. 70).

---

<sup>29</sup> Vale ressaltar o voto da relatora ministra Regina Helena Costa. Julgado: STJ. Conflito de Competência nº 139.519-RJ, Primeira Seção, Brasília, DF, 10 de novembro de 2017.

Com efeito, não se mostra razoável invocar o princípio da indisponibilidade para obstar que a administração pública possa participar de arbitragens, pois isso seria incompatível com os bons resultados advindos dessa prática, valendo salientar que, por intermédio da arbitragem, o interesse público realiza-se completamente, de forma célere, especializada, sem os ônus e a lentidão própria da via jurisdicional (GIOVANINI; PEREIRA, 2017).

Outro entendimento que surge é de que a arbitragem na administração pública só é viável quando estiver tratando de interesses públicos secundários, isto é, interesses da administração pública que seriam disponíveis dentro da acepção conferida pela LA, em contraposição aos interesses públicos primários – interesses públicos propriamente ditos (ARAGÃO, 2017). Os primeiros dizem respeito aos interesses instrumentais ou acessórios da administração pública, são os interesses patrimoniais do Estado que visa obter os meios necessários para a promoção dos interesses primários que, por sua vez, correspondem à própria razão de existir do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social (TIBÚRCIO, 2018, p. 122-123).

A importância prática dessa distinção clássica reside no fato de se conferir, aos interesses públicos secundários, cunho patrimonial, podendo, por isso mesmo, ser objetos de disposição por parte do Estado, enquanto os interesses públicos primários continuariam sendo considerados indisponíveis por sua própria natureza. Essa mesma linha de raciocínio se aplicaria à validade da convenção de arbitragem, valendo ressaltar que mesmo antes da reforma da LA já prevalecia o entendimento de que, quando a administração pública praticava ato de cunho privado, equiparava-se ao particular, sendo essa relação regida pelo direito privado (TIBÚRCIO, 2018, p. 124).

Discorrendo acerca do assunto, Alexandre Santos Aragão (2017, p. 102) tece as seguintes críticas:

Olvidam, contudo, que no Direito Administrativo os interesses públicos “meramente” secundários também são, por óbvio, indisponíveis, não podendo a Administração Pública simplesmente abrir mão de seus bens, ainda que não afetados a qualquer serviço público, ou doar livremente suas receitas.

A limitação objetiva da arbitrabilidade envolvendo a Administração, com base nessa importação apressada do conceito civilista de “direitos disponíveis”, conduziria, no limite, à disparatada conclusão de que qualquer contrato administrativo seria, de per se, juridicamente proscrito.

[...] se a Administração Pública pode celebrar contratos e (deve) cumprir voluntariamente suas obrigações nos termos pactuados, pela mesma lógica deve-se entender possível a contratação da solução por arbitragem das controvérsias deles decorrentes. Não faz sentido entender que os direitos são disponíveis para poderem ser estabelecidos mediante um acordo de



vontades (contrato) e, de outro lado, entender que são indisponíveis para vedar controvérsias dele oriundas possam ser submetidas à arbitragem.

A par disso, ao que parece, a mera tentativa de se estabelecer uma distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, por si só, também não representa solução adequada em relação à exata compreensão e alcance da expressão “direito patrimonial disponível”.

Uma reflexão que surge é que a LA não reproduziu a restrição, veiculada no projeto de lei, de que só poderiam ser submetidos à arbitragem os direitos que admitissem contratação pela administração pública; assim, aplica-se também aos direitos negociáveis relacionados aos atos de gestão. Por conta disso, não seria demasiado afirmar que os direitos disponíveis expressos na lei correspondem àqueles que podem ser objeto de transferência ou alienação a terceiros. Então, a definição de disponibilidade para esse efeito, no âmbito do Direito Administrativo, estaria associada à ideia de matérias consideradas contratualizáveis (GIOVANINI; PEREIRA, 2017).

Acerca do tema, Gustavo Justino de Oliveira (2019, p. 350-351) posiciona-se da seguinte forma:

Em síntese apertada, a patrimonialidade significa que a controvérsia para ser arbitrável deverá expressar direta ou indiretamente valores pecuniários (por exemplo, indenizações e obrigações contratuais in natura). Por seu turno, a disponibilidade será retratada por uma liberdade da parte em dispor livremente do direito, no sentido de poder aliená-lo, renunciá-lo, transferi-lo e assim por diante. Obviamente, essa liberdade deve estar ancorada no ordenamento jurídico e será indisponível um direito ou interesse cuja disponibilidade seja vedada por lei, casos em que somente o Judiciário poderá ser chamado a decidir o litígio, e jamais a instância arbitral.

Enfim, de forma geral, a definição do que seja ou não um direito patrimonial disponível ainda desperta muito debate na doutrina e é questão muito relevante à arbitragem envolvendo a administração pública, principalmente diante da necessidade de se estabelecer parâmetros mais claros acerca da arbitrabilidade objetiva, alvo de dúvidas e questionamentos no âmbito da jurisprudência brasileira.

#### **4 CONCLUSÃO**

O presente artigo abordou o instituto da arbitragem envolvendo a administração pública como método adequado à solução de conflitos, apto a atenuar o problema de morosidade instaurada no âmbito do Poder Judiciário, que tem o poder público como um dos seus maiores litigantes.

Nesse panorama, buscou-se delinear as principais vantagens da arbitragem como alternativa à Justiça Estatal, demonstrando que o instituto oferece soluções mais céleres, seguras e especializadas às partes envolvidas no litígio, trazendo resultados positivos na relação custo-benefício. Além disso, traçou-se uma linha temporal em relação ao instituto, delineando a sua evolução no cenário nacional, desde a época do Império, passando-se pelo célebre “caso Lage” pelo STF, que reconheceu o cabimento da arbitragem envolvendo o poder público, e chegando-se às decisões do STJ que muito contribuíram com a sua consolidação.

Na sequência, tratou-se das singularidades do procedimento arbitral envolvendo a administração pública, demonstrando que algumas questões na arbitragem devem ser implementadas em harmonia com o interesse público e os princípios vetores da atuação da administração pública, ajustando-se, em certa medida, ao regime jurídico-administrativo.

Assim, tem-se que a arbitragem envolvendo a administração pública, obrigatoriamente, deverá seguir tais orientações: ser de direito, em atenção ao princípio da estrita legalidade, proibindo-se o julgamento por equidade; as partes poderão escolher pela arbitragem institucional ou *ad hoc*, não havendo submissão dessa contratação à Lei Geral de Licitações e Contratos; a possibilidade de participação de terceiros, tal como já ocorre na arbitragem internacional de investimentos; a necessidade de observância do princípio da publicidade que, todavia, poderá ser mitigado em situações específicas, que possam acarretar prejuízos a interesses públicos ou privados; o pagamento da condenação imposta à administração pública se dará, via de regra, mediante precatório, embora sejam viáveis outras alternativas, como o acionamento do Fundo Garantidor nas PPP e o pagamento feito de forma voluntária mediante simples concordância com o laudo arbitral, desde que haja base orçamentária e sejam respeitados os limites legais.

Por último, foi debatida a questão da indisponibilidade do interesse público, afastando-se a ideia equivocada de ser indisponível tudo que for relacionado à administração pública, concluindo-se, também, que a expressão “direito patrimonial disponível” deve ser interpretada no sentido de abarcar todas as matérias que possam consideradas contratualizáveis.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. **Revista da AGU**, Brasília, v. 16, n. 5, p. 19-58, 2017.
- ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 53, n. 212, p. 139-154, out./dez. 2016. Disponível em: [http://www.12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril\\_v53\\_n212\\_p139](http://www.12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139). Acesso em: 1.º nov. 2020.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**: ano base 2019. Departamento de pesquisas judiciárias. Brasília, 2020. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 11 dez. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://planalto.gov.br>. Acesso em: 8 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867. Regula o Juízo Arbitral do Comércio. **Palácio do Rio de Janeiro**. 1867. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3900-26-junho-1867-554126-publicacaooriginal-72557-pe.html>. Acesso em: 5 fev. 2020.
- BRASIL. Decreto n.º 7.959, de 29 de dezembro de 1880. Regula as concessões de estrada de ferro gerais do Império. **Palácio do Rio de Janeiro**. 1880. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7959-29-dezembro-1880-547352-publicacaooriginal-62081-pe.html>. Acesso em: 30 jan. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm). Acesso em: 11 ago. 2020.
- BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13129-26-maio-2015-780858-publicacaooriginal-147040-pl.html>. Acesso em: 18 abr. 2021.
- BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 13 maio 2021.
- BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm). Acesso em: 16 maio 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em: 11 dez. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1.ª Seção de Direito Público. **Mandado de Segurança n.º 11.308-DF**. Administrativo. Mandado de segurança. pPrmissão de área portuária. Celebração de cláusula compromissória. Juízo arbitral. Sociedade de economia mista. Possibilidade. Atentado. Relator Rel. Ministro Min. Luiz Fux, julgado em 09.04.2008, DJe 19.05.2008<sup>1ª</sup>

Seção de Direito Público, Brasília, DF, 19 de maio de 2008. Disponível em: <https://stj.jus.br>. Acesso em: 30 maio 2020.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1.<sup>a</sup> Seção. **Conflito de Competência n.º 139.519-RJ**. Conflito positivo de competência. Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal. Conhecimento. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Meios alternativos de solução de conflito. Dever do estado. Princípio da competência-competência. Precedência do juízo arbitral em relação à jurisdição estatal. Controle judicial *a posteriori*. Convivência harmônica entre o direito patrimonial disponível da administração pública e o interesse público. Conflito de competência julgado procedente. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, julgado em 11.10.2017, DJe 10.11.2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.<sup>a</sup> Turma. **Recurso Especial n.º 612.439-RS**. 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. Rel. Min. João Otávio Noronha, julgado em 25.10.2005b, DJe em 14.09.2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.<sup>a</sup> Turma. **Recurso Especial n.º 606.345-RS**. Processual civil e tributário. Execução fiscal. Erescrição. Reconhecimento de ofício. Rel. Min. João Otávio Noronha, julgado em 26.09.2006, DJe 23.10.2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3.<sup>a</sup> Turma. **REsp 904.813/PR**. Processo civil. Recurso especial. Licitação. Arbitragem. Vinculação ao edital. Cláusula de foro. Compromisso arbitral. Equilíbrio econômico financeiro do contrato. Possibilidade. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em 20.10.2011, DJe em 28.02.2012.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2004.
- CASTRO, Leonardo Viveiros de; FARIA, Marcela Kohlbach de. **Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos. Migalhas**, Ribeirão Preto, p. 235-259, 2018.
- CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa é a arbitragem? **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 43-70, 2010.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 128-142.
- FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 49, p. 227-285, 2012.
- GARCIA, Flávio Amaral. **A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: licitar ou não?** 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>

artigos/Aescolhadosárbitros%camarasArbitrais%20-2016.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

- GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira; PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. A arbitragem na Administração Pública Brasileira e indisponibilidade do interesse público. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1146-1161, 2017.
- GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, 2000.
- GUERRERO, Luiz Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 110, p. 1-46, 2016.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem**. Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007b.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na administração pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007a, p. 119-125.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. **Incentivos à arbitragem na administração pública**. 2016. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/IncentivosArbitragemnaAdministra%C3%A0P%3BAblica%20-2016.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.
- MAZZONETTO, Nathalia. **Partes e terceiros na arbitragem**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração Pública Consensual e a Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 35, p. 107-123, 2012.
- MORAES, Felipe; NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos. **Migalhas**, Ribeirão Preto, p. 411-436, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>. Acesso em: 3 set. 2020.
- NATAL, Micael Pardinho. **Administração Pública, conflito e arbitragem: política pública de acesso extrajudicial à Justiça**. 2019. Dissertação (Mes-

trado em Direito e Políticas Públicas) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2019.

- NUNES, Thiago Marinho. Arbitragem no agronegócio: contornos gerais. *In*: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coords.). **Arbitragem no agronegócio: contornos gerais**. Arbitragem: atualidades e tendências. Ribeirão Preto: [s.n.], 2019, p. p. 161-180.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Mediação, conciliação e Arbitragem na Administração Pública. *In*: **Direito Administrativo Pragmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A agenda da arbitragem com a Administração Pública: mais do mesmo ou há espaço para inovação? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 29-46, 2018.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Arbitragem e contratos públicos: tendências e perspectivas. **Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos**, n. 302, p. 348-355, 2019.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Conciliando arbitragem e administração pública. **Valor Econômico**, 2016.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. *In*: **Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. 1. ed. São Paulo: Tomo de Direito Administrativo e Constitucional, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em: 25 jul. 2020.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; FIGUEIROA, Caio Cesar. Arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>. Acesso em: 29 maio 2021.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual com a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C**, v. 8, n. 32, p. 31-50, 2008.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 44, p. 150-171, 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei 13.129/2015: novos desafios. **Revista Brasi-**

**leira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, v. 13, n. 51, p. 59-79, 2015.

- OLIVEIRA, Théo Silvério de; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. O impacto da LGPD nas câmaras arbitrais: o uso e armazenamento de dados pessoais. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 163, setembro de 2020. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.
- ROCHA, Caio Cesar Vieira. Em torno da arbitragem público-privada: notas sobre aspectos do procedimento arbitral. *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. **Migalhas**, Ribeirão Preto, p. 63-89, 2018.
- SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Juruá Editora, 2018.
- TIBURCIO, Carmen. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Histórico e situação atual. *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. **Migalhas**, Ribeirão Preto, p. 111-129, 2018.
- TONIN, Maurício Morais. Direito patrimonial disponível da Administração Pública: Tentativa de definição. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 59, p. 61-79, 2018.
- VALLE, Vivian Lima López. Arbitragem administrativa e consensualidade: análise pontual do novo paradigma da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 277, p. 209-245, 2018.
- WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Acordos Administrativos, decisões abstratas e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTIwMw%2C%2C>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito dos Negócios) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

# 5

## SEGURANÇA JURÍDICA: BREVES RELATOS SOBRE O IMPACTO DO ART. 23 DA LINDB NO CPC/2015 E VICE-VERSA

*Eduardo Amin Menezes Hassan*<sup>30</sup>

A segurança jurídica sofreu alteração conceitual e interpretativa, ratificada pelo art. 23 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). A ideia deste artigo é tratar sobre aspectos da Teoria Geral do Processo, a influência do Código de Processo Civil (CPC) na LINDB e vice-versa. Saliente-se a importância do tema para as carreiras de advocacia pública, tendo em vista as funções do consultivo – que influencia a tomada de decisão pelo gestor – e do contencioso – que influencia a tomada de decisão do julgador.

O processo é um fato da vida (fenomênico), que se pode analisar em três perspectivas: na primeira, é tratado como exercício de poder, poder normativo e produção de fontes normativas; na segunda, é tratado como conjunto de atos e fatos concatenados para produção de um ato final (realidade complexa racional); na terceira, implica um complexo das situações jurídicas que nascem ao longo do processo (DIDIER JR., 2018a, p. 36-39; DIDIER JR., 2018b).

Essa terceira perspectiva tem grande importância na solução de problemas dogmáticos, porque a construção ocorre a partir do fato, e não aprioristicamente. Isso permite a evolução do conhecimento e dos conceitos processuais. O foco desse artigo é a nova perspectiva que se dá à segurança jurídica, que teve seu conceito remoldado pelo art. 23 da nova LINDB.

O presente texto é formado por cinco seções: introdução, três de desenvolvimento e uma conclusão. Na próxima seção serão tecidas considerações sobre a Teoria Geral do Processo e seus conteúdos, explicando-se resumida-

---

<sup>30</sup> Advogado. Procurador do Município de Salvador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2004). Graduado em Administração de Empresas pela Universidade Federal da Bahia (2006). Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (2006). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (2014). **E-mail:** eduardo\_hassan@yahoo.com.br.



mente a ideia do sistema jurídico. Em seguida, explica-se o conceito de segurança jurídica e a sua relação com as fontes do direito. Logo após, trata-se do impacto da nova LINDB no direito processual e vice-versa, tendo como foco o seu art. 23.

## **I CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DO PROCESSO**

A teoria geral do processo tem como conteúdo conceitos lógico-jurídicos processuais, com pretensão universal, e é um “excerto da Teoria Geral do Direito” (DIDIER JR., 2018b, p. 80-81). Utiliza-se a expressão geral para diferenciar das teorias individuais do processo, que se restringem a compreensão de determinadas realidades normativas.

A ideia do conceito geral de sistema possui as qualidades da ordem e da unidade como características. Segundo Canaris (2002, p. 12), ordenação implica um “estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade”. Já a unidade trata-se de fator que não permite uma “dispersão”, por evitar a agregação de “singularidades desconexas” (CANARIS, 2002, p. 12-13). A partir dessas qualidades, Canaris trata da adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica como fundamentos do sistema jurídico.

O desenvolvimento do conceito de sistema a partir das ideias de adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica implica considerar o sistema como ordem axiológica ou teleológica (como escopo e valores) e como ordem de “princípios gerais do Direito”.

Os textos normativos terão peculiaridades de acordo com o ramo processual a que diz respeito a lei. Já a teoria geral do processo é única. Apesar de inconfundíveis, a teoria geral do processo influencia a elaboração de textos normativos e a ela cabe definir o que são os requisitos de validade do processo, enquanto o texto normativo define quais são os requisitos e validade.

Como lembra Didier Jr. (2018b, p. 149) “A Teoria Geral do Processo fornece à dogmática do direito processual a coletânea de conceitos sem os quais não será possível construir os conceitos jurídico-positivos”. Assim, o conceito de sentença, por exemplo, está no texto normativo, mas sem saber o conceito de ato decisório (conceito jurídico fundamental processual), a legislação não a definiria corretamente.

Alterações legislativas podem implicar a necessidade de revisão de conceitos da teoria geral do processo. Exemplo disso é a necessidade de revisão do conceito de presunção legal em razão da possibilidade de negociação processual (art. 190, CPC), por haver insuficiência da divisão das presunções legais e judiciais (DIDIER JR., 2018a, p. 36-39; DIDIER JR., 2018b, p. 64).

Essa circularidade entre teoria geral do direito e direito positivo fica clara no exemplo supracitado. “A mudança no Direito positivo pode revelar a inadequação de uma categoria jurídica fundamental – é permanente

o diálogo entre conceitos jurídicos fundamentais e o Direito positivo [...]” (DIDIER JR., 2018b, p. 64). Quando se tem conceitos abertos, fica-se mais propenso ao novo. Não se pode engessar a evolução conceitual. Conceitos jurídicos fundamentais podem se tornar obsoletos, em razão da evolução social e legislativa.

A LINDB influenciou tanto o direito material quanto o direito processual. “Norma jurídica processual é aquela de cuja incidência resulta um fato jurídico processual” (DIDIER JR., 2018a, p. 75), enquanto a “norma material é aquela que determina o conteúdo da norma jurídica produzida, a substância da decisão” (BRAGA, 2015, p. 159). Observe-se que esses conceitos são de ordem estática, e a melhor forma de se distinguir norma jurídica material de norma processual é “a partir da função desempenhada em dado processo” (BRAGA, 2015, p. 160).

Utiliza-se o exemplo trazido por Braga (2015, p. 160), ao observar norma, *a priori*, dita material, mas que traz critério de decisão no processo legislativo de elaboração do CPC/2015:

A segurança jurídica atua como critério de decidir na definição do legislador (no processo legislativo) da regra básica de Direito intertemporal processual no CPC-2015 (arts. 14 e 1043) de aplicação imediata da norma processual nova aos processos em curso (atos a praticar e seus efeitos). Mas pode ser tomada como critério de proceder por partes ou juiz que figurem em um processo jurisdicional, para que ajam de acordo com a lei antiga negando a aplicação imediata da lei nova, se isso for necessário para fazer valer essa mesma segurança jurídica.

Nesse sentido, percebe-se a importância de distinção estática e dinâmica entre norma processual e norma material, o que implica a possibilidade de relação circular (DIDIER JR., 2018a, p. 45) entre elas.

Além disso, a norma material, de fato, é aquela que determina o conteúdo de decisão, mas não precisa ser decisão sobre objeto de processo autônomo. Pode ser decisão de um incidente processual, de um recurso. Norma material é a que serve para resolver o objeto da decisão; quando uma questão processual se torna objeto da decisão, a norma processual que a define servirá como norma material (BRAGA, 2015, p. 162).

É um equívoco, por exemplo, afirmar que o Código Civil é composto apenas por normas materiais. Da mesma forma que também seria errôneo aduzir que todas as normas do CPC seriam processuais. Ambos possuem normas jurídicas processuais e materiais que, inclusive, podem se alternar de acordo com sua utilização no processo.

Como há um sistema jurídico integrado, as leis se influenciam reciprocamente. Dessa forma, tanto a nova LINDB influenciou o direito processual, quanto também foi influenciada pelo CPC/2015.

## 2 SEGURANÇA JURÍDICA E FONTES DO DIREITO

O século XIX marca a positivação do direito, que preza por uma suposta segurança, caracterizada pelo fato de o direito se tornar escrito, todavia ocorre a mutabilidade do direito sempre que há mudança da lei, sendo isso característica da positivação do direito. O único direito que existe é o direito positivo.<sup>31</sup>

A ordem legal passa a ser fundamentação do direito positivo, quando parece que as normas se confundem com o próprio direito,<sup>32</sup> todavia não seria suficiente para explicar o direito.<sup>33</sup> Afasta-se a visão de Kelsen do “dever-ser” de forma isolada.

A segurança jurídica deve ser prestigiada na aplicação das normas provenientes das fontes do Direito, não se negando a posição privilegiada da lei “como fonte capaz de ordenar, normativamente, as eventuais antinomias de normas provenientes das diversas fontes do Direito” (SOUZA, 2019, p. 92).

O CPC/2015 inova sobre as fontes do direito processual no seu art. 8.º,<sup>34</sup> ao trocar a palavra lei por ordenamento jurídico. Segundo Souza (2019, p. 131) “a norma decorrente do art. 8.º eliminou a concepção *quase*-totalizante da lei como fonte do Direito e a posição de subordinação das demais fontes”.

Da mesma forma o citado autor chama atenção para o art. 140 do CPC/2015, no sentido de não mais existir a expressão “fonte subsidiária”, ou a referente da lei como principal fonte e as demais como fontes subsidiárias, a serem utilizadas em caso de lacuna ou obscuridade no momento do julgamento obrigatório pelo juiz (SOUZA, 2019, p. 134).

Didier Jr. (2018a, p. 104) afirma que a menção da legalidade foi um eco do tempo em que a lei era vista como única fonte do Direito, não podendo se ignorar as outras fontes do direito processual como é o caso dos precedentes.

---

31 “Enquanto os filósofos racionalistas do século XVIII procuravam extrair noções jurídicas concretas de uma verdade ética, como expressão máxima e superior do direito, a Teoria Pura do Direito esvazia a norma fundamental, para ela o princípio regulador da juridicidade de qualquer sentido moral ou a legitimação material, conferindo-lhe função de simples postulado do conhecimento, que atende à exigência de plenitude do sistema” (MURICY, 2002, p. 106).

32 A ideia de Montesquieu, de que a lei e a norma são uma coisa só, passa por alteração com Kelsen, que começa a diferenciar a lei da norma (KELSEN, 2006, p. 35-36).

33 Para a teoria egológica do direito, fundada por Carlos Cossio na Argentina e seguida por Machado Neto no Brasil, o direito é conduta, e não só norma, tratando-se de objeto cultural. Cossio faz a seguinte conclusão: se as determinações criadas pelo legislador fossem o direito positivo, bastaria se proibir o homicídio para acabar com ele (COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954, pp. 77-78).

34 “Art. 8.º CPC/2015: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL, 2015).

Percebe-se que a lei está em pé de igualdade com as demais fontes do direito processual, devendo se ater à hierarquia constitucional. Dessa forma, o juiz, ao observar a legalidade, não o faz por simples interpretação literal do texto normativo, devendo fazer interpretação teleológica, atentando-se para a proporcionalidade e a razoabilidade, bem como para fazer o controle de constitucionalidade da lei, decidindo em conformidade com o Direito (DIDIER JR., 2018a, p. 105).

Souza (2019, p. 135) afirma que o maior problema é saber “como lidar com as diferentes fontes do Direito e alcançar um equilíbrio em face do pluralismo dos variados poderes normativos que disputam a criação e a transformação do Direito”.

Para solucionar esse problema e manter a segurança jurídica nos ordenamentos modernos que adotam várias fontes, Souza (2019, p. 136) sugere adoção de: critério hierárquico, com a CF no topo; critério de reserva normativa para determinadas fontes do Direito; critério material, que indique a norma mais adequada ao caso.

### **3 NOVA LINDB: SEUS IMPACTOS NO DIREITO PROCESSUAL E OS IMPACTOS DO CPC NELA**

A institucionalização tem o papel de permitir maior segurança, um consenso esperado pela sociedade, sendo a lei, até hoje, a principal forma de institucionalização do direito. Segundo Luhmann (1983, p. 81), a institucionalização possui uma característica especial, “sua função reside em uma distribuição tangível de encargos e riscos comportamentais, que tornam provável a manutenção de uma redução social vivenciada e que dão chances previsivelmente melhores a certas projeções normativas”.

A segurança jurídica deve ser prestigiada na aplicação das normas provenientes das fontes do Direito, não se negando a posição privilegiada da lei “como fonte capaz de ordenar, normativamente, as eventuais antinomias de normas provenientes das diversas fontes do Direito” (SOUZA, 2019, p. 92).

Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Cunha (2018, p. 78) chamam atenção para a impossibilidade de o legislador exaurir as especificidades infinitas que podem ocorrer nos conflitos por meio de padrões genéricos com uma série de procedimentos que, muitas vezes, não se enquadram<sup>35</sup> em um caso concreto.

---

<sup>35</sup> A situação lembra muito o caso em que uma pessoa, com certa ignorância, pede para o marceneiro fazer uma estante para seus livros, mas a coleção comprada não consegue se encaixar na estante, fazendo com que essa pessoa peça para se cerrar os livros e, dessa forma, poder encaixá-los nas prateleiras.

Cabral (2021, p. 17-19) chama atenção para o art. 23 da LINDB,<sup>36</sup> que institui o paradigma da segurança-continuidade, permitindo-se a inserção de regras de transição em decisões de processos judiciais ou administrativos, o que permite maior segurança jurídica nas relações das pessoas com o Estado.

A segurança jurídica não é aquela estática, mas a que permite maleabilidade, observando as regras do jogo, como o princípio da ampla defesa e do contraditório, sem ignorar o ordenamento jurídico, mas observando a possibilidade de autorregramento e as mudanças sociais. Afinal de contas, tanto a morte quanto a mudança são certezas fáticas da vida.

Nesse sentido há uma quebra de paradigma com o art. 23 da LINDB, que revoluciona o processo<sup>37</sup> no que se refere à segurança jurídica e à possibilidade de alteração das decisões estatais.<sup>38</sup> Ou seja, essas decisões estatais podem impactar processos judiciais ou administrativos (CABRAL, 2021, p. 22).

Segundo Cabral (2021, p. 20), “o sistema não deixa de preocupar-se com a segurança jurídica e a proteção de situações jurídicas consolidadas, mas autoriza a superação da estabilidade, com alteração de conteúdo de atos jurídicos e decisões estatais”. Caso ocorra a modificação de decisão, deve haver uma transição: com regras, fixação de condições e prazo de duração.

Há, todavia, um dilema, já que as alterações ora interessarão ao Estado, ora ao indivíduo. Segundo Cabral (2021, p. 47), esse dilema se resolve via mecanismos compensatórios para alteração de estabilidade, com edição de regras de transição e por um balanceamento dos interesses entre permanência e mudança.

Apesar das possibilidades de mudança de decisões pela LINDB, é preciso atentar para a necessidade de previsibilidade para se manter a confiança no sistema jurídico. Segundo Cabral (2021, p. 49), trata-se de uma das características da segurança-continuidade, decorrente de um sistema coeso e coerente que permita um viés prospectivo para avaliação dos riscos dos atos praticados. Quanto mais coerência existir entre posições estáveis de um sis-

---

36 “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais” (BRASIL, 1942).

37 Parte-se da ideia defendida por Paula Sarno Braga (2015), segundo a qual processo e procedimento são sinônimos.

38 Cumpre salientar que, após o CPC/2015, utiliza-se o código de processo civil supletivamente e subsidiariamente em relação aos processos administrativos, anteriormente utilizava-se o código de processo penal. Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

tema, maior a segurança, o que implica a necessidade de um modelo que se reduza ao mínimo as incoerências, ampliando-se a coesão (CABRAL, 2021, p. 50-51).

Cabral (2021) conclui que o art. 23 da LINDB é a posituação do formato de segurança jurídica com a continuidade jurídica, que abrange interesses tanto da coletividade quanto dos indivíduos, equilibrando as dimensões.

A LINDB traz outras alterações referentes ao sistema de regras para decisões de poder em seus artigos 20,<sup>39</sup> 21<sup>40</sup> e 22,<sup>41</sup> que influenciam o processo de todas as esferas, seja administrativa, controladora ou judicial. Tais dispositivos exigem do julgador maior cuidado ao se decidir, bem como análise das consequências das suas decisões e seus impactos no mundo.

Os tribunais administrativos, como Cade, Carf, CVM e STJD, são ferreamentas de resolução de conflitos pelo estado de forma não jurisdicional (DIDIER JR., 2018a, p. 199). Esses tribunais administrativos exercem atividade de índole técnica que podem, em tese, ter suas decisões analisadas pelo Judiciário, já que suas decisões não fazem coisa julgada e são sujeitas a controle externo pelo Judiciário (DIDIER JR., 2018a, p. 204).

O CPC/2015 também influencia e se complementa com a LINDB, trazendo diversas tecnologias do processo civil moderno para a seara administrativa, a exemplo da teoria dos precedentes obrigatórios.<sup>42</sup>

---

39 “Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (BRASIL, 1942).

40 “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos” (BRASIL, 1942).

41 “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato” (BRASIL, 1942).

42 O art. 30 da LINDB traz expressamente a obrigatoriedade da aplicação das súmulas administrativas, com fundamento na segurança jurídica e isonomia, senão observe-se: “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas,

Segundo Didier Jr. (2020, p. 212), em razão da necessidade “de a Administração Pública, na condição de litigante habitual, estruturar a sua litigância de acordo com os precedentes advindos do Poder Judiciário, e, com isso, concretizar o equilíbrio entre os poderes republicanos e diminuir os custos da Administração Judiciária”, é essencial a construção do sistema obrigatório de precedentes administrativos.

Dessa forma, todas as tecnologias previstas no CPC/2015 referentes à teoria dos precedentes deve se aplicar, dentro do possível, aos processos administrativos, como, por exemplo, os mecanismos de distinção (*distinguish*), superação (*overruling*) e *amicus curiae*.<sup>43</sup>

## 4 CONCLUSÃO

A segurança jurídica está ligada ao papel do advogado público, que é servidor público inscrito na OAB, com ingresso mediante aprovação em concurso público, responsável pela assessoria jurídica e defesa judicial dos interesses da pessoa jurídica a que está vinculado, seja da administração direta, seja da indireta.

Dessa forma, percebe-se que o art. 23 da LINDB evoluiu quanto à questão da segurança jurídica, ratificando a importância de se levar em consideração as mudanças e a evolução social, permitindo regras de transição para processos judiciais e administrativos.

A ideia deste artigo foi sintetizar as discussões realizadas em grupo temático da Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), que discutiu sobre a importância da nova LINDB e sua influência no âmbito da advocacia pública nacional. Não se busca aqui esgotar a matéria, mas estimular a pesquisa e os estudos sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro**. 2015. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

---

inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão” (BRASIL, 1942).

43 Sobre *amicus curiae*, afirma Didier Jr. (2020, p. 217): “a partir da aplicação do art. 15 do CPC, é admissível, e muitas vezes obrigatória, a intervenção do *amicus curiae* em processo administrativo, não sendo algo estranho ao sistema jurídico brasileiro, sobretudo nos processos administrativos aptos à produção de precedente obrigatório de tribunal administrativo, como o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-CARF, CADE, Tribunais de Contas etc.”.

Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17749>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 23 mar. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança Jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao art. 23 da LINDB. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954, p. 77-78

DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora Juspodivm, 2018

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018a, p. 36-39. Cf.

DIDIER Jr., Fredie. Intervenção de amicus curiae em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório. **Civil Procedure Review**, v. 11, 2020.

DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018b.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. *In*: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto (org.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 103-125.

SOUZA, Marcus Seixas. **Normas processuais consuetudinárias**. Salvador: Juspodivm, 2019.



## 6

# NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, SUA REGRA DE TRANSIÇÃO E A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DE PARTE DOS SEUS DISPOSITIVOS

*Eduardo Teles de Oliveira*<sup>44</sup>

No dia 1.º de abril de 2021 foi publicada a novel Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei Federal n. 14.133/2021 –, que estabelece as normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (artigo 1.º, da Lei n. 14.133/2021),<sup>45</sup> considerando a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais acerca da matéria (artigo 22, XXVII, da CF/88)<sup>46</sup>

Em que pese a previsão expressa de que a referida lei federal “[...] entra em vigor na data da sua publicação” (art. 194 da Lei n. 14.133/2021), a própria norma prevê expressamente uma “regra de transição” para a sua aplicação imperativa, conferindo à administração a liberdade de optar, durante determinado período, por licitar e/ou contratar diretamente com incidência

---

44 Procurador Município de Salvador. Chefe da Representação da Procuradoria do Município Salvador na Secretaria Municipal da Fazenda (RPGMS/Sefaz). Ex-técnico judiciário e assessor de juiz no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE). Ex-procurador federal da Advocacia Geral da União (PGF/AGU). Especialista em Direito do Estado.

45 “Art. 1.º. Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública” (BRASIL, 2021b).

46 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III; (BRASIL, 1988).

da nova norma ou mesmo de acordo com as leis anteriormente aplicáveis. Nesse sentido, observa-se o teor original dos artigos 190 a 193 da Lei n. 14.133/2021:

Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Art. 192. O contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicada esta Lei subsidiariamente.

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei (BRASIL, 2021b).

Assim sendo, conforme se extrai dos dispositivos supratranscritos, até o decurso do prazo de transição contado da publicação da Lei Federal n. 14.133/2021 – publicada em 1.º de abril de 2021 (DOU, Ano CLIX, n. 61-F, Seção 1, Edição Extra, de 1 de abril de 2021) –, *a administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente* de acordo com a nova norma ou de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193, quais sejam: a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993; a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002; e os arts. 1.º a 47-A da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. A esse respeito, cita-se trecho da doutrina quanto ao regime de transição da nova lei de licitações, vejamos:

O art. 194 da lei 14.133/21 prevê que a nova lei entrará em vigor na data da sua publicação. Não haverá, pois, o denominado período de *vacatio legis*. Contudo, haverá uma espécie de “período de transição”, caso em que a nova lei de Licitações conviverá por dois anos com as leis 8.666/93, 10.520/02

e 12.462/11, exceto quanto às disposições penais da lei 8.666/93, que foram revogadas de imediato. Nesse ínterim, a Administração Pública terá a prerrogativa tanto de aplicar o novo Marco Regulatório quanto de continuar aplicando a legislação pretérita, devendo ser indicada no edital de licitação a opção escolhida e vedada a aplicação combinada das citadas leis (art. 191).

Haverá, assim, três opções: i) aplicar o novo regime de forma imediata; ii) aplicar o regime anterior; iii) alternar os regimes, ora com a legislação nova, ora com a pretérita. A ideia da lei foi permitir com que haja uma espécie de preparação da Administração Pública para a adoção da nova legislação, solução parecida com a adotada no art. 91 da lei das Estatais (Lei 13.303/16) (XAVIER, 2021).

Ainda nesse sentido, ao tratar sobre a convivência entre a nova Lei Federal n. 14.133/2021 e o regime anterior, Joel de Menezes Niebuhr (2021, p. 7) apresentou os seguintes apontamentos:

Sem embargo, o legislador previu que a Lei n. 14.133/2021, uma vez sancionada e publicada, conviverá por dois anos com as leis que compõem o regime antigo. A Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002, que trata da modalidade pregão, e os dispositivos da Lei n. 12.462/2001 que versam sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas somente serão revogadas depois de 2 (dois) anos da publicação da Lei n. 14.133/2021. Ou seja, haverá dois anos de convívio entre os regimes antigo e novo de licitação e contratação.

Quer dizer que durante esses dois anos a Lei n. 14.133/2021 será vigente ao mesmo tempo da Lei n. 8.666/1993, da Lei n. 10.520/2002 e dos dispositivos da Lei n. 12.462/2012 sobre licitações e contratos. Nesse intervalo de tempo, a Administração poderá aplicar qualquer dos regimes, o antigo ou o novo, conforme Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos sua preferência. [...] Portanto, durante os dois anos que seguem à publicação da Lei n. 14.133/2021 a Administração dispõe de três opções: (i) aplicar o regime novo, (ii) aplicar o regime antigo ou (iii) alternar os regimes, ora promovendo licitações sob o regime antigo e ora promovendo licitações sob o regime novo.

Por conseguinte, durante o referido período de transição, foi facultada à administração pública a opção pela aplicação da novel Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal n. 14.133/2021) ou mesmo a utilização do regime anterior (Lei n. 8.666/93; Lei n. 10.520/2002 e arts. 1.º a 47-A da Lei n. 12.462/2011), dispensada a apresentação de qualquer justificativa circunstanciada para fundamentar tal escolha, exigindo-se, contudo, que a opção escolhida seja *indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada* das regras dispostas nos diplomas normativos.

A esse respeito, vale citar manifestação da Assessoria Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (TCM-BA), por meio do Parecer n. 00640-21 (Processo n. 06012e21), que apresentou orientação no seguinte sentido:

Conforme exposto na inicial, no interregno de dois anos a partir de 01 de abril de 2021, as Leis n. 14.133/21 e n. 8.666/93 (bem como as leis n.s 10.520/2002 e 12.462/2011) coexistirão. O que significa dizer que todas essas leis vigorarão ao mesmo tempo, podendo a Administração valer-se de quaisquer dos regimes.

Dizendo de outro modo, durante o próximo biênio os órgãos públicos poderão optar por continuar utilizando as Leis Tradicionais/Antigas (leis n. 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011), utilizar a Nova Legislação (lei n. 14.133/2021), ou alternar os regimes em procedimentos distintos, sendo VEDADA a aplicação combinada dos diferentes diplomas (vedação dada pelo art. 191 da lei 14.133/2021).

Ao escolher o regime, a opção deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta. O Edital definirá o regime jurídico a ser utilizado, se o novo OU o antigo, mas nunca os dois no mesmo procedimento. Revela-se, ainda, que o regime do contrato acompanha o regime da licitação, conforme se depreende da leitura do art. 190 da Lei n. 14.133/2021: “O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada”.

Registre-se, contudo, que por meio de recente medida provisória editada pelo Poder Executivo Federal – MP n. 1.167, de 31 de março de 2023 –, foi alterado o artigo 191 da Lei Federal n. 14.133/2021, com a ampliação do período de transição definitiva para a nova lei de licitações e contratos, sendo possível optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com essa lei ou de acordo com as leis anteriores, desde que a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação ocorra até 29 de dezembro de 2023. Assim, o artigo primeiro do referido normativo possui o seguinte teor:

Art. 1º A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, desde que: I - a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023; e II - a opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta”.

Anote-se que, durante o citado regime de transição, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021, “[...] se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência”<sup>47</sup>. Nesse diapasão, eventuais aditivos contratuais deverão ser fundamentados, necessariamente, nas normas que originariamente regeram o processo licitatório e/ou de contratação pública.

Portanto, após o termo final do período de transição trazido pela NLLC, estaremos diante de situação peculiar: determinados contratos administrativos ainda permanecerão regidos pelas regras anteriores durante toda a sua vigência, nos casos em que a administração tenha optado por licitar de acordo com o regime anterior, antes do decurso do prazo de dois anos de transição (art. 191, parágrafo único, da Lei n. 14.133/2021). Tais contratos administrativos conviverão, por via de consequência, com outros já regidos pela NLLC, vedada, no entanto, qualquer espécie de combinação entre diplomas para o mesmo ajuste. Assim, mesmo após o decurso do prazo de transição trazido pela NLLC, os contratos administrativos decorrentes de procedimentos licitatórios realizados de acordo com as regras do regime anterior por opção da administração, antes do mais atual termo final, em 29 de dezembro de 2022, permanecerão regidos pelas regras neles previstas, durante toda a sua vigência.

Assim sendo, uma vez transcorrido o prazo legal de transição normativa, esgota-se automaticamente a faculdade de escolha quanto à aplicação das normas, na medida em que, por consequência lógica, considerar-se-ão revogados todos os diplomas do regime anterior e se torna, portanto, forçosa a aplicação do regramento trazido na Lei Federal n. 14.133/2021 para as novas licitações e contratos.

Vale anotar, ademais, que as normas gerais da novel legislação são aplicáveis às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, e abrange órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos estados e do Distrito Federal, e os órgãos do Poder Legislativo dos municípios, quando no desempenho de função administrativa, além dos fundos especiais e as demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela administração pública.

Registre-se, também, que as disposições da nova lei, no que couber e na ausência de norma específica, aplicam-se aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da administração pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executi-

---

<sup>47</sup> “A regra é relativamente simples: o regime do contrato segue o regime da licitação, porque o contrato é vinculado à licitação. Se a licitação é pelo regime antigo, o contrato, da mesma forma, é pelo regime antigo. Licitado pelo regime novo, o contrato segue o regime novo” (NIEBHUR, 2021. p. 10).

vo Federal (artigo 184, Lei n. 14.133/2021). Além disso, a NLLC não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Estas são regidas pela Lei Federal n. 13.303/16, ressalvado o disposto no art. 178 da Lei Federal n. 14.133/21, que disciplinou os crimes em licitações e contratos administrativos, na medida em que as disposições foram inseridas no capítulo ii-b do título xi da parte especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Em que pese ainda levitarmos no prazo legal de transição, sendo possível, por essa razão, a opção legítima pela aplicação dos diplomas normativos anteriores, cumpre à administração pública, considerando a proximidade do atingimento do marco temporal e a impossibilidade de existência de um hiato do dever de licitar, *adotar de forma enérgica todas as medidas necessárias à promoção das devidas adaptações em seu aparato e estrutura administrativa*, para com isso viabilizar, de maneira fluída e em tempo hábil, a aplicação da NLLC, a fim de evitar qualquer tipo de descontinuidade da atividade licitatória, sob pena de prejuízos ao interesse público.

Por essa razão, mostra-se premente a necessidade de adoção de medidas práticas destinadas à ruptura do atual modelo administrativo-organizacional, a fim de que sejam implementados, ainda que de forma gradual, os dispositivos da nova Lei de Licitações e Contratos, a partir de um efetivo processo de planejamento, por meio da definição de marcos, qualificação dos servidores, adaptação da máquina administrativa, definição de diretrizes seguras, implementação de boas práticas, entre outras medidas necessárias e prévias à efetiva contratação através das regras do novo normativo.

A própria Lei Federal n. 14.133/2021, em seu artigo 11, parágrafo único,<sup>48</sup> dispõe que a governança das contratações, destinada ao atingimento dos objetivos do processo licitatório, é de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade, que possui, por essa razão, o *dever* de implementar processos e estruturas para: (i) *avaliar, direcionar e monitorar* os processos licitatórios e os respectivos contratos; (ii) *promover* um ambiente íntegro e confiável; (iii) *assegurar* o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias; (iv) *promover* eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

---

48 “Art. 11. [...] Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações” (BRASIL, 2021b).

Ainda, a NLLC, em seu artigo 19,<sup>49</sup> prevê as atribuições dos órgãos da administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços, e de licitações e contratos, a exemplo da *centralização de procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços*, da *padronização de compras, serviços e obras*, e, também, do *dever de instituir modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos*, com o importante auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno.

Vale destacar que a Nova Lei de Licitações e Contratos possui caráter nacional, considerando a competência privativa da União de legislar sobre normas gerais de licitação e contratos (artigo 22, XXVI, da Constituição Federal),<sup>50</sup> sendo aplicável, portanto, sem qualquer distinção, a todos os entes federativos. Por tal motivo, mostra-se dispensável que outros entes aprovem, necessariamente, leis próprias para seus procedimentos licitatórios. Isso porque, conforme bem destaca Torres (2021, p. 847), “[...] a aprovação de uma Lei própria de licitações, por Estado, Município ou pelo Distrito Federal, apenas será necessária quando estes pretendam inovar em relação a regras materialmente específicas que envolvam a matéria reservada à Lei” (TORRES, 2021, p. 847), na medida em que as regras materialmente gerais vinculam todos os entes.

Dessa forma, as normas gerais de licitações e contratos podem ser utilizadas como fundamento direto para fins de regulamentação do seu conteúdo pelos demais entes federativos, por meio de ato do Poder Executivo, na medida em que, segundo aponta o citado autor, “[...] isso ocorre porque a norma geral, mesmo expedida pela União, tem caráter nacional, sendo imposta aos demais entes políticos” (TORRES, 2021, p. 847), e, portanto, sendo diretamente aplicável tal lei nacional, permite-se a ação regulamentar direta pelos

---

49 “Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão: I - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços; II - criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos; III - instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo; IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos; V - promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia” (BRASIL, 2021b).

50 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.” (BRASIL, 2021b).

Poderes Executivos dos estados, Distrito Federal e municípios, desde que dentro dos limites da norma.

Os atos normativos regulamentares possuem a função de explicitar como devem ser executadas as leis, definindo diretrizes específicas e detalhando os procedimentos para complementar conceitos abertos da norma legal sem, no entanto, extrapolar (*ultra legem*) ou contrariar (*contra legem*) aquilo nela disposto, por se tratar de atos normativos secundários, uma vez que não cabem regulamentos autônomos no direito brasileiro, ressalvadas as exceções do artigo 84, VI, da Constituição Federal. Dessa forma, quando a lei remete sua aplicação – ainda que parcial – à expedição de decretos e regulamentos, estamos diante de prerrogativa conferida, exclusivamente, ao chefe do Executivo, por se tratar do poder regulamentar.

A Lei Federal n. 14.133/2021 foi editada em um modelo permeado por uma série de dispositivos com conceitos abertos – mais de 50 disposições –, que dependem, por via de consequência, de regulamentação pelo Poder Executivo. Por essa razão, a aplicação imediata da NLLC, além de outros fatores relacionados à necessária adaptabilidade da máquina administrativa, também pode encontrar barreira na necessidade de prévia regulamentação de diversos dispositivos pelos entes federativos, sendo alguns desses com alta prioridade, visto que capazes de inviabilizar de fato a utilização do novo diploma normativo ou de alguma ferramenta dele, enquanto que outros de média ou baixa prioridade, na medida em que a sua regulamentação, em que pese muitas vezes relacionadas às boas práticas no dever de licitar e contratar, não inviabilizam a implementação da NLLC.

No que se refere à regulamentação caracterizada como de alta prioridade, vale citar, a título de exemplo, o disposto no artigo 20, §§ 1.º e 2.º, da Lei Federal n. 14.133/2021,<sup>51</sup> que expressamente proíbe a aquisição de artigos de luxo para itens de consumo destinados a suprirem as demandas das estruturas da administração pública, condicionando a realização de novas compras de bens de consumo à regulamentação da matéria, no prazo de 180 dias contados da promulgação da lei. Portanto, a norma proíbe as compras de bens de consumo regidas pela nova lei enquanto não editado o regulamento em questão, em razão da necessidade de conceituar as categorias de bens comuns e de luxo.

---

<sup>51</sup> “Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo. § 1º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo. § 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo” (BRASIL, 2021b).



A esse respeito, inclusive, é possível observar diversos regulamentos já editados no âmbito dos entes federativos, especificamente quanto à categorização dos bens considerados comuns e de luxo, a exemplo do Decreto n. 965/2022 do Município de Goiânia/GO; Decreto n. 1.883/2021 do Município de Curitiba/PR; Decreto n. 51.652/2021 do Estado do Pernambuco; Decreto n. 4.294/2021 do Município de Monte Carlos/MG; entre muitos outros exemplos. Ademais, o Poder Executivo Federal também já regulamentou o art. 20 da Lei Federal n. 14.133/2021, por meio da publicação do Decreto Federal n. 10.818, de 27 de setembro de 2021, tendo estabelecido o enquadramento dos bens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da administração pública federal nas categorias de qualidade comum e de luxo.

Destarte, em vista do caráter, considerado por muitos, excessivamente detalhista da NLLC, sobretudo quanto à necessidade de edição de dezenas de regulamentos dos seus dispositivos, a tabela a seguir consolida um mapeamento relativo às principais normas que dependem de regulamentação, a fim de orientar a administração pública, notadamente as gestões municipais, quanto às regulamentações exigidas pelo novel diploma legislativo e o grau de necessidade para a implementação do novo regime jurídico.

Tabela 1 – Mapeamento de normas que precisam de regulamentação.

<b>DISPOSITIVOS DA LEI FEDERAL N. 14.133/2021</b>	<b>MATÉRIAS A SEREM REGULAMENTADAS</b>
<i>Art. 1.º, § 2.º</i>	Contratações realizadas em repartições sediadas no exterior
<i>Art. 1.º, § 5.º</i>	Contratações relativas à gestão de reservas internacionais a serem regulamentadas por meio de ato normativo do Banco Central do Brasil.
<i>Art. 8.º, § 3.º</i>	Regras sobre atuação do agente de contratação, equipe de apoio, funcionamento da comissão de contratação, atuação de fiscais e gestores de contratos
<i>Art. 12, VII</i>	Plano de contratações anual
<i>Art. 19, § 1.º</i>	Regulamentação do catálogo eletrônico de compras, serviços e obras contendo toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos
<i>Art. 20, § 1.º</i>	Limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo – prazo 180 dias
<i>Art. 23, § 1.º, caput</i>	Apuração do valor estimado das aquisições de bens e contratações de serviços em geral
<i>Art. 23, § 1.º, V, § 2.º, IV</i>	Pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas

<i>Art. 23, § 2.º</i>	Apuração do valor estimado das contratações de obras e serviços de engenharia
<i>Art. 25, § 4.º</i>	Definição das medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo descumprimento da obrigação de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto
<i>Art. 25, § 9.º</i>	Definição das regras relacionadas à exigência de que percentual mínimo da mão de obra seja constituído por mulheres vítimas de violência doméstica e oriundos ou egressos do sistema prisional
<i>Art. 26, II</i>	Estabelecimento de margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis
<i>Art. 26, § 2.º</i>	Definição em regulamento federal dos bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País
<i>Art. 31, caput</i>	Procedimentos operacionais do leilão
<i>Art. 34, § 1.º</i>	Estabelecimento de critérios objetivos para mensuração dos custos indiretos vinculados ao ciclo de vida do objeto licitado, visando a definição do menor dispêndio
<i>Art. 36, § 3.º</i>	Consideração na pontuação técnica de desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública
<i>Art. 43, § 2.º</i>	Contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado
<i>Art. 60, III</i>	Ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho
<i>Art. 61, § 2.º</i>	Negociação após o resultado do julgamento
<i>Art. 65, § 2.º</i>	Realização da habilitação por processo eletrônico de comunicação à distância
<i>Art. 67, § 3.º</i>	Provas alternativas para substituição das exigências dos incisos I e II do <i>caput</i> do art. 67
<i>Art. 67, § 12</i>	Situações em que não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do <i>caput</i> do artigo 156
<i>70, par. único</i>	Documentação a ser apresentada por empresas estrangeiras que não funcionem no País (regulamentação federal)
<i>Art. 75, IV, “c”, e § 5.º</i>	Procedimentos específicos para dispensa para contratação de produtos para pesquisa e desenvolvimento aplicada a obras e serviços de engenharia – requer “regulamentação específica”
<i>Art. 76, § 3.º, II</i>	Possibilidade de definição de requisitos mínimos da pessoa natural para fins de concessão pela Administração do título de propriedade ou de direito real de uso de imóvel, admitida dispensa de licitação.

<i>Art. 79, par. único</i>	Definição de critérios e objetivos para realização do procedimento auxiliar de Credenciamento.
<i>Art. 80</i>	Definição de critérios e objetivos para realização do procedimento auxiliar de Préqualificação.
<i>Art. 81, caput</i>	Definição de critérios e objetivos para realização do procedimento auxiliar de manifestação de interesse (PMI).
<i>Art. 82, § 5º, II e § 6º, 86</i>	Definição de critérios e objetivos para realização do procedimento auxiliar do sistema de registro de preços (SRP).
<i>Art. 87, caput e § 3º</i>	Definição de critérios e objetivos para realização do procedimento auxiliar do registro cadastral.
<i>Art. 88, §§ 4º e 5º</i>	Cadastro de atesto de cumprimento de obrigações
<i>Art. 91, § 3º</i>	Exigências para admissão da forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos
<i>Art. 92, XVIII</i>	Requisitos de modelos de gestão do contrato.
<i>Art. 122, § 2º</i>	Definição de regras destinadas a vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.
<i>Art. 137, § 1º</i>	Procedimentos e critérios para verificação da ocorrência dos motivos para extinção do contrato
<i>Art. 140, § 3º</i>	Prazos e métodos para realização dos recebimentos provisório e definitivo (faculdade, pois pode constar do contrato).
<i>Art. 144, § 1º</i>	Realização de pagamento de obras, fornecimento e serviços, inclusive de engenharia, em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.
<i>Art. 156, § 6º, II</i>	Aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar por órgãos do Poder Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público ou Defensoria Pública no desempenho da função administrativa.
<i>Art. 161, par. único</i>	Forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos diversos, para fins de aplicação das sanções previstas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 156.
<i>Art. 169, § 1º</i>	Implantação de práticas contínuas e permanente de gestão de riscos e de controle preventivo.
<i>Art. 174, § 3º, VI, "c" e "d"</i>	Comunicação entre a população e representantes da administração e do contratado e divulgação de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para aprimoramento das atividades da administração.

<i>Art. 175, § 1.º</i>	Realização das contratações por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, desde que mantida a integração com o PNCP.
<i>Art. 184</i>	Aplicação das disposições da Lei federal n. 14.133/2021 aos convênios e ajustes congêneres, conforme definido em regulamento federal.

Fonte: elaboração própria, baseada no manual *Nova Lei de Licitações e Contratos Impactos no Estado de São Paulo*, produzido a partir do Relatório do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE-3/2021, para analisar os reflexos da Nova Lei de Licitações e Contratos no âmbito da administração pública do Estado de São Paulo.

Assim, dentre os regulamentos previstos na NLLC para concretização de parte dos seus dispositivos, importa destacar aqueles considerados mais relevantes, principalmente para a administração pública municipal, seja em razão da exigência da própria norma, seja por motivos de promoção das boas práticas na aplicação do novo regime licitatório, a fim de orientar o gestor público nessa atividade de implementação da Lei Federal n. 14.133/2021. **São eles:** (i) *regras sobre atuação do agente de contratação, equipe de apoio, funcionamento da comissão de contratação, atuação de fiscais e gestores de contratos* (art. 8.º, § 3.º); (ii) *enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo* (art. 20, §1.º); (iii) *pesquisa de preços para definição do valor estimado das aquisições de bens e contratações de serviços em geral, e das obras e serviços de engenharia* (art. 23); (iv) *plano de contratações anual* (art. 12, VII); (v) *procedimentos operacionais do leilão* (art. 31. caput); (vi) *definição de critérios e objetivos para realização dos procedimentos auxiliares (credenciamento, préqualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral)* (capítulo X).

Ainda existem outros temas dispostos na NLLC que, a despeito de não constar indicação expressa acerca da necessidade de edição de ato regulamentador, em razão da importância das matérias, estas podem ser objeto de regulamentação para definição das especificidades no tratamento dos institutos, a fim de orientar a administração pública em sua atividade, adequada à realidade local, conforme se observa nos seguintes exemplos: *diálogo competitivo* (art. 32); *licitações por técnica e preço ou melhor técnica/conteúdo artístico* (arts. 33 a 38); *locação de imóveis* (art. 51); *dispensa de licitação para produtos de pesquisa e desenvolvimento para obras e serviços de engenharia* (art. 75); *alocação de riscos* (art. 103, § 6.º); *serviços de dedicação exclusiva de mão de obra* (art. 115).

A respeito dos regulamentos editados em âmbito federal ou daqueles para os quais já existe previsão de regulamentação, é possível acessar o sítio eletrônico do Portal de Compras do Governo Federal,<sup>52</sup> que traz quadro esquemático, rotineiramente atualizado, com a descrição dos dispositivos e

<sup>52</sup> Acesso por meio do seguinte link: [https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/relatorio\\_regulamentos\\_14133\\_portal\\_27abr.pdf](https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/relatorio_regulamentos_14133_portal_27abr.pdf).

temas já regulamentados no âmbito da União. Destarte, é possível observar que já foram editados importantes regulamentos dos dispositivos da NLLC que, inclusive, podem bem servir como modelos a serem replicados e adequados às particularidades dos demais entes federados. Como exemplo, cita-se alguns dos principais regulamentos já publicados no âmbito federal:<sup>53</sup>

Tabela 2 – Regulamentos publicados no âmbito federa.

<i>DECRETO N. 10.818, DE 27 DE SETEMBRO DE 2021.</i>	Regulamenta o disposto no art. 20 da Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021, para estabelecer o enquadramento dos bens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da administração pública federal nas categorias de qualidade comum e de luxo.
<i>INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME N. 65, DE 7 DE JULHO DE 2021</i>	Dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.
<i>PORTARIA SEGES/ME N. 8.678, DE 19 DE JULHO DE 2021.</i>	Dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
<i>INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME N. 67, DE 8 DE JULHO DE 2021.</i>	Dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
<i>INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME N. 72, DE 12 DE AGOSTO DE 2021.</i>	Estabelece regras para a definição do valor estimado para a contratação de obras e serviços de engenharia nos processos de contratação direta, de que dispõe o § 2º. do art. 23 da Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
<i>INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME N. 75, DE 13 DE AGOSTO DE 2021.</i>	Estabelece regras para a designação e atuação dos fiscais e gestores de contratos nos processos de contratação direta, de que dispõe a Lei no 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
<i>PORTARIA SEGES/ME N. 938, DE 2 DE FEVEREIRO DE 2022.</i>	Institui o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, em atendimento ao disposto no inciso II do art. 19 da Lei no 14.133, de 1º de abril de 2021.

<sup>53</sup> Registre-se que, na data de publicação do presente trabalho, encontra-se em andamento, no âmbito federal, a elaboração de decreto federal acerca do *agente de contratação, equipe de apoio, comissão de contratação, gestores e fiscais de contratos*, já tendo o seu texto sido submetido, inclusive, a consulta pública, encontrando-se pendente de análise pela PGFN.

<p><i>DECRETO N. 10.947, DE 25 DE JANEIRO DE 2022.</i></p>	<p>Regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei no 14.133, de 1o de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.</p>
--	--

Fonte: elaboração própria.

Registra-se, também, que alguns dos dispositivos da NLLC *dependem*, fundamentalmente, de regulamentação federal. A título exemplificativo, é possível observar os seguintes dispositivos da Lei Federal n. 14.133/2021 que preveem, expressamente, a necessidade de regulamentação pelo Poder Executivo federal: art. 6.º, incisos XXXVI e XXXVII (serviço prestado em território nacional e produto manufaturado nacional); art. 26, I, § 1.º, I e §§ 2.º e 6.º (estabelecimento de margem de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras); art. 70, parágrafo único (documentos equivalentes a serem apresentados por empresas estrangeiras que não funcionam no país); art. 161 (instituição do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep); art. 184 (aplicação das disposições da lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da administração pública).

Nesse mesmo sentido, destaca-se, dada a sua relevância, o disposto no art. 182 da Lei Federal n. 14.133/2021, que confere competência ao Poder Executivo federal para atualizar, “[...] a cada dia 1.º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP” (BRASIL, 2021b). A esse respeito, inclusive, já foi editado o Decreto Federal n. 10.922, de 30 de dezembro de 2021, que definiu os novos valores estabelecidos na NLLC, a serem observados a partir de 1.º de janeiro de 2022, por todos os entes públicos.

Nessa linha de ideias, os novos valores – que deverão ser atualizados anualmente pela União, conforme consta no citado comando legal (art. 182, da Lei n. 14.133/2021) – já são imediatamente aplicáveis aos demais entes federativos, sendo dispensáveis, por conseguinte, quaisquer outras regulamentações a esse respeito, a serem editadas, por exemplo, **no âmbito das** administrações municipais. Nesse sentido, diferentemente da Lei Federal n. 8.666/93, que dispõe, em seu artigo 120, que os valores fixados na norma *poderiam* ser anualmente revistos pelo Poder Executivo federal, a NLLC traz regra de atualização compulsória, por meio do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, a ser promovida pelo Poder Executivo federal.

Destarte, considerando que alguns entes federativos já se utilizam da Lei Federal n. 14.133/2021 para fins de contratação direta por meio de dis-

pensa de licitação em razão do pequeno valor (art. 75, incisos I e II, da Lei n. 14.133/2021), o procedimento licitatório passa a ser dispensável nos casos de *outros serviços e compras*, quando envolva valores inferiores a R\$ 57.208,33 e no caso de *obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores*, quando envolvam valores inferiores a R\$ 114.416,65, em razão da atualização promovida por meio do citado Decreto Federal n. 11.317, de 30 de dezembro de 2021.

Ainda no espectro atinente à atividade regulamentadora e aos dispositivos da NLLC, importa referenciar a experiência do Estado do Paraná, que editou um normativo destinado à regulamentação, no âmbito da administração pública estadual, direta, autárquica e fundacional do Estado do Paraná,<sup>54</sup> da Lei Federal n. 14.133/2021, com a publicação do Decreto Estadual n. 10.086/2022, contendo 734 artigos e com a determinação de adoção dos termos do decreto a partir de 1.º de abril de 2023. A referida normatização, de forma unificada, regulamenta diversos pontos da NLLC, tais como: a descrição das competências dos agentes que assumem as funções essenciais para as licitações e contratações públicas (capítulo III, seção I), definição dos conceitos de bens comuns e de luxo (art. 384), além das práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo (capítulo XIV), entre outros aspectos relevantes.

Desse modo, observa-se que o Estado do Paraná assumiu a dianteira, ao adotar uma posição de vanguarda na regulamentação, em âmbito estadual, da nova Lei de Licitações e Contratos, com a opção por unificar a atividade de regulamentar parte dos dispositivos através de um instrumento normativo único, com a aglutinação e a adaptação dos aspectos legais à realidade estadual, inaugurando um caminho audacioso que, apesar de não imune à críticas, pode ser também adotado por outros entes políticos, com a necessária adequação às suas realidades.

Outro ponto de destaque, também, é o regulamento expedido pelo Senado Federal, por meio do Ato da Diretoria-Geral n. 14, de 2022, publicado no *Boletim Administrativo do Senado Federal* (seção I, número 8359, de 10 de junho de 2022),<sup>55</sup> que editou os procedimentos destinados às contratações públicas no âmbito da referida casa legislativa, considerando a necessidade de ajustes e adequação das normas e regulamentos internos do Senado Federal para a compatibilização da Política de Contratações, das diretrizes de

---

54 “Art. 1º Este Decreto regulamenta, no âmbito da Administração Pública estadual, direta, autárquica e fundacional do Estado do Paraná, a Lei Federal nº 14.133, de 2021 que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a aquisição e incorporação de bens ao patrimônio público estadual, os procedimentos para intervenção estatal na propriedade privada e dá outras providências” (PARANÁ, 2022).

55 Disponível em: <https://www.senado.leg.br/transparencia/gestgov/basf.asp>. Acesso em: 11 de jun de 2022.

governança e das competências dos agentes públicos com as disposições da Lei n. 14.133, de 2021.

Por sua vez, vale destacar que a Nova Lei de Licitações e Contratos prevê, expressamente, em seu art. 187, que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União” (BRASIL, 2021b) para a execução da norma. Trata-se, portanto, de alternativa capaz de viabilizar, com maior facilidade e de forma mais célere, a implementação de vários dispositivos da Lei Federal n. 14.133/2021. Contudo, a despeito dos regulamentos federais servirem como um importante parâmetro para guiar atividade regulamentar, ante o grau de maturidade de tal atividade, é recomendável que os demais entes públicos, sobretudo aqueles de maior porte, editem seus próprios regulamentos, adaptando-os às particularidades locais, a fim de que se traduzam em normas aderentes à realidade relacionada aos aspectos licitatórios, estruturais, mercadológicos, entre outros, de determinado ente federativo específico, para com isso conferir maior efetividade às previsões regulamentares.

Acerca dessa questão, segundo destaca Torres (2021), é cediço que muitos municípios, abdicando da competência de regulamentar de acordo com suas particularidades locais, adotam regulamentos federais em suas licitações, elegendo por vezes normas federais como parâmetros para aplicação em seus processos de contratação. Contudo, o autor, em que pese reconhecer a utilidade do citado art. 187 da Lei Federal n. 14.133/2021, também aponta que sua utilização retira oportunidade legítima do ente público de regulamentar a legislação federal de forma compatível com a sua realidade, conforme é possível destacar do seguinte trecho:

Exercitando nossa imaginação, para identificar a utilidade na disposição do artigo 187, podemos interpretá-lo como uma indicação, pelo legislador, de que o regulamento federal poderia ser usado pelos agentes públicos estaduais ou municipais que executam os atos administrativos relacionados às licitações e os respectivos contratos, diante de eventual inexistência de regulamentação local. Assim, teríamos uma integração normativa, para solucionar eventual inexistência de regulamentação local.

De qualquer forma, no âmbito das licitações públicas, o Chefe do Poder Executivo local (estadual ou municipal) detém competência para exercer o Poder Regulamentar, esmiuçando como devem ser realizados seus procedimentos e contratações. É lamentável quanto a autoridade pública abdica do exercício de tal Poder, perdendo a oportunidade de regulamentar a legislação licitatória de forma adequada à realidade vivenciada pelo ente público (TORRES, 2021, p. 848).

Outro ponto relevante diz respeito à possibilidade de aplicação de determinados regulamentos já existentes, ante a compatibilidade da norma



com a nova legislação. A esse respeito, conforme se extrai do Relatório do Grupo de Trabalho da PGE/SP (SÃO PAULO, 2021), é viável que o órgão normativo responsável pela regulamentação prevista na NLLC, no exercício de sua função normativa e analisando casuisticamente as situações jurídicas, conclua pela aplicação de alguns determinados regulamentos já existentes, desde que compatíveis materialmente com a nova legislação.

Todavia, conforme conclusão da Advocacia Geral da União (AGU), no Parecer n. 0002/2021/CNMLC/CGU/AGU (BRASIL, 2021a),<sup>56</sup> a recepção excepcional de regulamentos existentes sob a égide de leis anteriores depende da edição de novo ato normativo, pela autoridade competente, a fim de ratificar o uso de tais regulamentos sob o pálio da nova legislação, de modo a preservar a coerência do ordenamento e a segurança jurídica. Acerca da referida posição da AGU, cito ensinamento de Flávio Garcia Cabral (2022):

A esse respeito, cabe indicar que a Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da AGU se posicionou pela impossibilidade de aplicação dos regulamentos anteriores. Na ementa construída no Parecer n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, constou que não é possível a recepção de regulamentos das Leis n.s 8.666/1993, 10.520/2002 ou 12.462/2011 para a Lei n. 14.133/2021, enquanto todas essas leis permanecerem em vigor, independentemente de compatibilidade de mérito, ressalvada a possibilidade de emissão de ato normativo, pela autoridade competente, ratificando o uso do regulamento para contratações sob a égide da nova legislação.

A tese principal do parecer para sustentar suas conclusões repousa na ideia de segurança jurídica,<sup>36</sup> já que, segundo seus subscritores, “a possibilidade de utilização de regulamentos anteriores no momento da

---

<sup>56</sup> “EMENTA: I - Análise jurídica de condicionamentos e requisitos para possibilidade de utilização da Lei nº 14.133/21 como fundamento para embasar licitações e/ou contratações. Necessidade de traçar um panorama de eficácia da lei para priorização dos modelos a serem elaborados e do cronograma para tanto. [...] XIII - Não é possível a recepção de regulamentos das leis nº 8.666/93, 10.520/02 ou 12.462/11 para a Lei nº 14.133/21, enquanto todas essas leis permanecerem em vigor, independentemente de compatibilidade de mérito, ressalvada a possibilidade de emissão de ato normativo, pela autoridade competente, ratificando o uso do regulamento para contratações sob a égide da nova legislação. [...] Assim, verifica-se, a priori, uma incompatibilidade dos “regulamentos” editados sob a égide das Leis nº 8.666/93, nº 10.520/02 e nº 12.462/11, sendo recomendado se utilizar uma postura cautelosa de modo a manter a coerência do ordenamento jurídico e prestigiar a segurança jurídica. Todavia, esta orientação não impede que o órgão normativo responsável pela regulamentação prevista na Lei nº 14.133, no exercício de sua função normativa e analisando casuisticamente situações jurídicas, conclua pela aplicação de determinados regulamentos, devendo fazê-lo de modo expresso, ou seja, por meio de ato normativo específico que acolha os ditames previstos no regulamento da lei precedente à nova lei, para que reste preservada a coerência do ordenamento, bem como a segurança jurídica” (BRASIL, 2021a).

aplicação da Lei n. 14.133, ainda estando vigentes as Leis 8.666/93, n. 10.520/02 e n. 12.462/11, pode significar caos normativo”.<sup>57</sup>

Assim, o referido autor entende que não há óbice jurídico-teórico à aplicação dos regulamentos anteriores – embora não se trate de ocorrência tão comum na prática –, mesmo no caso da vigência simultânea das leis sobre licitações. Segundo defende, considerando que o regulamento versa sobre o conteúdo material das leis, e não sobre sua estrutura formal, seria possível a aplicação do antigo regulamento à nova lei, desde que trate de conteúdo similar ao normativo anterior, ainda que parcialmente. Nessa linha de ideias, segundo aduz, não é possível a manutenção do regulamento antigo quando do advento da nova lei, na hipótese de se tratar de matéria inconciliável com a antiga norma e/ou no caso de exigência de que a regulamentação trate de novas questões não versadas no regulamento anterior.

Contudo, a despeito da referida construção doutrinário-teórica, e a fim de evitar eventuais confusões normativas, é recomendável, preferencialmente, a edição pelo Poder Executivo de novas regulamentações que tratem especificamente dos dispositivos previstos na NLLC e, na hipótese da pretensão casuística e excepcional, no âmbito de seu poder normativo, de aplicação de determinados regulamentos já existentes sob a égide do regime jurídico-legal anterior, que esta seja concretizada apenas se compatíveis materialmente com a nova legislação e através da edição de ato normativo para ratificar o uso de tais regulamentos.

Diante do exposto, observa-se que cumpre à administração pública, notadamente aos entes municipais, adotar medidas destinadas à adequação do seu aparato administrativo para implementação das regras trazidas na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal n. 14.133/2021), que terão de ser aplicadas o quanto antes, tendo em vista o prazo máximo para aplicação exclusiva do novo diploma legal, a fim de garantir uma adaptação célere, mas de forma fluida e gradual, com o objetivo de evitar sobresaltos e implicações indesejadas na importante atividade administrativa de licitar e contratar para atendimento do interesse público.

## REFERÊNCIAS

BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia. Processo n.º 06012e21. Origem: Prefeitura Municipal de Mata de São João. **Parecer n.º 00640-21**. Disponível em <https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/05320e22.odt.pdf> Acesso em: 15 jun. 2022.

<sup>57</sup> CABRAL, Flávio Garcia. O que ocorre com os regulamentos quando a lei é revogada por uma nova legislação? O caso da Lei n.º 14.133/2021. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 281, n. 1, p. 271-294, jan/abr. 2022.

- BRASIL, 2021. **Lei 14.133, de 1.º de abril de 2021b**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 30 maio 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10 jun. 2022.
- BRASIL. Advocacia Geral da União – AGU. **Parecer n. 0002/2021/CNMLC/CGU/AGU**. 2021a. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/224379/parecer%20n%200002\\_2021\\_CNML\\_CGU\\_AGU.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/224379/parecer%20n%200002_2021_CNML_CGU_AGU.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 11 de jun. 2022.
- BRASIL. **Lista de atos normativos e estágios de regulamentação da Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: [https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/relatorio\\_regulamentos\\_14133\\_portal\\_27abr.pdf](https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/relatorio_regulamentos_14133_portal_27abr.pdf). Acesso em: 10 jun. 2022.
- CABRAL, Flávio Garcia. O que ocorre com os regulamentos quando a lei é revogada por uma nova legislação? O caso da Lei n. 14.133/2021. **Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro**, v. 281, n. 1, p. 271-294, jan/abr. 2022.
- NIEBHUR, Joel de Menezes, *et al.* **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.
- PARANÁ. **Decreto n. 10.086, de 17 de janeiro de 2022**. Disponível em: <https://www.administracao.pr.gov.br/Compras/Legislacao>. Acesso em 30 mai 2022.
- SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Nova Lei de Licitações e Contratos: Impactos no Estado de São Paulo**. Relatório do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE-3/2021 para analisar os reflexos da Nova Lei de Licitações e Contratos no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo. 2021. Disponível em: [http://www.portal.pge.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-final-do-gt-da-pge-sp-sobre-a-nova-lei-de-licitacoes\\_compressed.pdf](http://www.portal.pge.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-final-do-gt-da-pge-sp-sobre-a-nova-lei-de-licitacoes_compressed.pdf). Acesso em: 5 maio 2022.
- SENADO FEDERAL. **Ato da Diretoria-Geral n. 14, de 2022. Boletim Administrativo do Senado Federal, Seção I, Número 8359, de 10 de junho de 2022**. Disponível em <https://www.senado.leg.br/transparencia/gest-gov/basf.asp>. Acesso em 10 jun. 2022.
- TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. 12. ed. Salvador: Juspodvim, 2021.
- XAVIER, Gustavo Silva. Reflexões sobre o regime de transição da nova lei de Licitações. **Migalhas**, 9 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343336/reflexoes-sobre-o-regime-de-transicao-da-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 19 abr. 2021.

# 7

## HABERMAS, HART E DWORKIN: SEGURANÇA JURÍDICA E DEMOCRACIA

*Francisco Bertino de Carvalho*<sup>58</sup>

“As transformações que os Estados conhecem atualmente não podem ser consideradas um fenômeno isolado: elas remetem a uma crise mais genérica das instituições e dos valores da modernidade nas sociedades ocidentais; e essa crise parece dever conduzir a uma construção de um novo modelo de organização social.”<sup>59</sup>

“O futuro tortura-nos e o passado acorrenta-nos.”<sup>60</sup>

A pós-modernidade tem se revelado para a Humanidade uma experiência contraditória. Há razão para historiadores definirem o século XX como a “era dos extremos” (HOBSBAWM, 1995), pois a intensidade é a marca do século passado: intensidade das grandes realizações e avanços, das tragédias e dos excessos, intensidade das contradições.

Jamais, em toda a história, o conhecimento humano foi produzido, ampliado, difundido e acumulado em velocidade tão vertiginosa. Entretanto, o homem, agraciado pela concretização do projeto tecnológico do mundo moderno, exprime evidente desilusão com a experimentação da pós-modernidade, com o fracasso do projeto civilizatório século XX testemunhou o fracasso da razão pura e do plano de projetar a conduta humana segundo a lógica de causa e efeito, ou seguindo parâmetros da

---

58 Advogado. Procurador do Município do Salvador. Professor adjunto de Direito Processual Civil da UFBA. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Doutor em Direito Público pela UFBA. Pós-doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. E-mail: fbc@eabl.com.br.

59 Texto atribuído a Jacques de Chevallier.

60 Texto atribuído a Gustavo Flaubert.

racionalidade, como assim aparecia para os detentores do poder, político ou econômico.<sup>61</sup>

A verdade por detrás desse ceticismo na própria raça humana está no fato de o século XX ter experimentado, como nenhum outro, o mal (feito pelo homem ao seu semelhante).<sup>62</sup> Há um desconforto, cujas mais fortes evidências são a descrença no próprio ser humano,<sup>63</sup> a degradação das

---

61 “A ideologia liberal alcançara seus mais espetaculares êxitos econômicos e transformações sociais através da opção sistemática pelo indivíduo, relegando a coletividade institucionalizada, pelas transações de mercado (o “vínculo financeiro”) ao invés de pelos laços humanos, pela hierarquia de classe ao invés da de estamentos, pela *Gesellschaft*, em vez da *Gemeinschaft*. Deixou, assim, sistematicamente, de cultivar os vínculos sociais e de autoridade aceitos pelas sociedades do passado, tendo aliás pretendido e conseguido enfraquecê-los. Contudo que as massas permanecessem alheias à política, ou fossem preparadas para apoiar a burguesia liberal, não haveria grandes dificuldades políticas em consequência disso. Todavia, da década de 1870 em diante tornou-se cada vez mais evidente que as massas estavam começando a envolver-se na política, e não se poderia ter certeza de que apoiariam seus senhores. [...] O estudo intelectual da política e da sociedade foi transformado pelo reconhecimento de que o que mantinha unidas as coletividades humanas não eram os cálculos racionais de seus componentes” (HOBSBAWM, 1995, p. 276-277).

62 “[...] uma era que ‘inventou’ a câmara de gás e a guerra total, o genocídio levado a cabo pelo Estado e o campo de extermínio, a lavagem cerebral, os sistemas de segurança estatal e a vigilância pan-óptica de populações inteiras. Esse século ‘produziu’ mais vítimas, mas soldados mortos, mais cidadãos assassinados, civis mortos e minorias expulsas, mais torturados, violentados, famintos e mortos de frio, mais prisioneiros políticos e fugitivos do que se pôde imaginar até então. Os fenômenos de violência e barbárie determinam a assinatura dessa era” (HOBSBAWM, 1995, p. 102).

63 “O mundo estava repleto de uma tecnologia revolucionária em avanço constante, baseada em triunfos da ciência natural previsíveis em 1914 mas que na época mal haviam começado e cuja consequência política mais impressionante talvez fosse a revolução nos transportes e nas comunicações, que praticamente anulou o tempo e a distância. Era um mundo que podia levar a cada residência, todos os dias, a qualquer hora, mais informação e diversão do que dispunham os imperadores em 1914. Ele dava condições às pessoas de se falarem entre si cruzando oceanos e continentes ao toque de alguns botões e, para quase todas as questões práticas, abolia as vantagens culturais da cidade sobre o campo. Porque, então, o século terminara não com uma comemoração desse progresso inigualado e maravilhoso, mas num estado de inquietação? Por que, como mostram as epígrafes deste capítulo, tantos cérebros pensantes o vêem em retrospecto sem satisfação, e com certeza sem confiança no futuro? Não apenas porque sem dúvida ele foi o século mais assassino de que temos registro, tanto na escala, frequência e extensão da guerra que o preencheu, mal cessando por um momento na década de 1920, como também pelo volume único das catástrofes humanas que produziu, desde as maiores fomes da história até o genocídio sistemático” (HOBSBAWM, 1995, p. 22).

relações humanas<sup>64</sup> e a supervalorização do individualismo,<sup>65</sup> especialmente entre os jovens<sup>66</sup> (o futuro por uma outra perspectiva).

O direito, como fenômeno cultural, não poderia permanecer imune aos movimentos tectônicos ocorridos nas placas de seus fundamentos sociais e políticos. Em resposta aos desafios e perplexidades da pós-modernidade têm surgido, ordinariamente, duas linhas de conduta: uma que marca o retorno ao passado, tida como fundamentalista; outra que tenta resgatar o compromisso da modernidade com o futuro, relativista. Da primeira, seria exemplo o pensamento de Ronald Dworkin; da segunda, o neopositivismo de Herbert Hart.

Jürgen Habermas, por sua vez, propõe uma terceira via direcionada para o presente, baseada na refutação da filosofia do sujeito e da inclusão da intersubjetividade na abordagem linguística de Gadamer. O objetivo é, a partir da perspectiva do marco temporal de referência de cada teoria, estabelecer distinções significativas de cada uma, destacando o caráter atual e revolucionário da construção consensual do direito pelo agir comunicativo.

A proposta do texto é confrontar visões do Direito da pós-modernidade com a realidade da crise jurídica experimentada ao longo do século XXX e no início do século XXI (já se vão duas décadas), em busca de instrumental para os crescentes dilemas da vida social, política e econômica na aldeia

64 “Conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do ocidente acabou promovendo o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente, ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos a meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnicas de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação). A alienação, a coisificação e a massificação se tornaram patologias de uma modernidade em colapso” (SOARES, 2007, p. 28).

65 “Paralelamente, um *hiperindividualismo*, questionando o equilíbrio sutil entre o individual e o coletivo inerente à modernidade, tende a se desenvolver nas sociedades ocidentais. Esse hiperindividualismo toma formas múltiplas. Primeiramente, um *movimento de rejeição aos determinismos sociais*. Cada um pretende doravante construir livremente a sua identidade pessoal, escapando aos determinismos sociais de qualquer natureza (G. LIPOVETSHY, 1997) e às identificações estáveis: [...] Em seguida, um *acento colocado sobre a realização pessoal*. Assiste-se a uma ‘absolutização do eu’, ao desenvolvimento de uma ‘cultura do narcisismo’ (C. LASCH, 1979), fazendo do “desabrochar do eu” o principal valor da vida (G. LIPOVETSKY, 1973): à cultura ocidental tradicional fundada sobre a repressão dos desejos teria sucedido uma nova cultura que “recomenda a sua livre expressão”, que preconiza ‘gozar sem limites’ (C. MELMAN, 2002); é a afirmação sem limites de indivíduos que ‘estimam nada dever à sociedade, mas tudo exigem dela’ (M. GAUCHET, 2003)” (CHEVALLIER, 2009, p. 18).

66 “A destruição do passado – ou melhor, dos mecanismos sociais que vinculam nossa experiência pessoal à das gerações passadas – é um dos fenômenos mais característicos e lúgubres do final do século XX. Quase todos os jovens de hoje crescem numa espécie de presente contínuo, sem qualquer relação orgânica com o passado público da época em que vivem”. (HOBSBAWM, 1995, p. 13).

global,<sup>67</sup> ou seja, promover uma análise de como concepções de Direito, esse sofisticado instrumento de fomento, estabilização e desenvolvimento de cooperação intersubjetiva, fazem frente aos dilemas e desafios dos tempos atuais, marcados por uma polarização patrocinada por extremistas que esgarçam o tecido social no limite do rompimento.

## 1 QUEM É JÜRGEN HABERMAS?

Jürgen Habermas nasceu em Dusseldorf, na Alemanha (1929). Sociólogo e filósofo, ele é o principal representante da segunda geração da escola de Frankfurt, particularmente preocupada em investigar o fracasso da razão,<sup>68</sup> que atribuíram à razão prática disseminada por Renée Descartes<sup>69</sup> e sua capacidade de desumanizar o mundo.<sup>70</sup> Compartilhando o pessimismo<sup>71</sup> dos que enfrentaram as consequências do regime totalitário, engaja-se nessa iniciativa de buscar alternativas à razão prática.<sup>72</sup>

---

67 Conceito criado pelo filósofo canadense Marshall McLuhan na década de 60 do século XX para exprimir a percepção de encurtamento das distâncias e eliminação das barreiras geográficas pela comunicação que acabou associado a todo o processo de globalização em seus aspectos sociais, políticos e econômicos.

68 “Nesse sentido, a referida Escola organizou-se em torno do Instituto para a Pesquisa Social que desde o início de seus trabalhos, se preocupou em analisar o fracasso da razão em face de fenômeno do totalitarismo, especialmente fértil na Alemanha e naquela época de grandes transições políticas. Para eles, explicar as causas do “sucesso” do nazismo por razões ligadas à tradição militarista prussiana ou pela carência de uma herança democrática do país era absolutamente insuficiente. Leitores de Nietzsche, Schopenhauer e Freud, os frankfurtianos desenvolveram uma justificação absolutamente inovadora sobre o fenômeno: a **razão instrumental**” (CRUZ, 2008, p. 49).

69 “Horkheimer vê na *cogito* cartesiano a origem dessa razão. O projeto cartesiano de emancipação do arbítrio da Inquisição Medieval teria levado a humanidade à construção da bomba atômica e aos horrores de Auschwitz. A razão cartesiana procurava afastar o homem dos elementos sensoriais, uma vez que os sentidos seriam fonte de erros e ilusões. Logo, para se libertar precisava se voltar para a consciência pura em si mesma, ou seja, do puro *cogito*” (CRUZ, 2008, p. 49-50).

70 “Para Horkheimer, Descartes impôs a constituição de um sujeito que, geometrizando o mundo, estaria ao mesmo tempo descartando-o, pois, a mesma razão exercida na ciência, se manifestaria na política, no direito, no mercado e na história. A lógica desumanizada e amoralizada da ciência teria se espalhado nos meandros de convivência social, liberando, segundo Marcuse, instintos sociais de destruição. Um mundo dominado pela indiferença, no qual todos os valores, sejam eles estéticos, sensoriais, morais ou éticos estariam moldados pelo valor de troca em um mercado.” (CRUZ, 2008, p. 50-51)

71 “A origem do pessimismo da Escola encontra-se exatamente na perspectiva de que a razão instrumental, como mecanismo de castração a dominação do homem, se reproduz e se fortalece sufocando todas as oportunidades na história em que o homem buscou uma sociedade mais fraterna” (CRUZ, 2008, p. 54).

72 “Apesar de tênue e quase metafísica, sem apontar qualquer elemento concreto para a efetivação desse desejo, a proposta de uma renovação do conceito de razão, que absorvesse o sentido epistemológico da sensibilidade, da imaginação e da sensualidade – razão estética – não foi seu

Doutor (1952). Entre 1955 e 1959 trabalhou no reconhecido Instituto de Investigação Social de Dusseldorf, ensinou filosofia em Heidelberg e sociologia em Frankfurt. Propôs uma renovação no marxismo (1963) e inseriu-se na famosa polêmica de Adorno com os positivistas. Tornou-se professor titular (1964). Transferiu-se para os EUA no final dos anos 1960, onde dirigiu o Instituto Max Planck de Stanberg (1971/1980). Publicou a Teoria da Ação Comunicativa (1981).

Habermas foi influenciado pelo giro hermenêutico e estrutura seu pensamento em oposição à filosofia do sujeito, buscando pela comunicação a interatividade necessária para, segundo sua concepção, legitimar os consensos imprescindíveis à vida humana em comunidade, como descreve Ricardo Maurício Freire Soares (2007, p. 30):

Não é outro entendimento de Jürgen Habermas (1997, pp. 145-171), para que uma compreensão exclusivamente instrumental ou estratégica da racionalidade é de algum modo inadequada. Situa Habermas a ciência em face da pluralidade de interesses humanos, tais como a dominação da natureza, pela reprodução material da espécie, e o desenvolvimento da intersubjetividade, mediante o uso da linguagem que preside a ordenação da vida social e cultural. Ao propor uma reconstrução racional da interação lingüística [sic], sustenta Habermas que a ação comunicativa permite que os atores sociais movimentem-se, simultaneamente, em variadas dimensões, pois, através da competência comunicativa, os indivíduos fazem afirmações sobre fatos da natureza, julgam os padrões de comportamento social e exprimem os seus sentimentos pessoais. Com a racionalidade comunicativa, criam-se, portanto, as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas de agir.

Habermas, seguramente, é um dos grandes filósofos da pós-modernidade. Ele teve a competência de poucos para compreender a dinâmica dos tempos atuais, a coragem para enxergar as limitações de sua própria ideologia<sup>73</sup> e, por causa disso, a capacidade para apontar as falhas do marxismo e no

---

único legado. A proposta de preservar o ideal iluminista de emancipação, mesmo que em outras bases, e a abertura interdisciplinar são contribuições incontestáveis da Escola de Frankfurt e que pautarão também toda a obra de Jürgen Habermas” (CRUZ, 2008, p. 57).

73 “É exatamente nesse contexto, de procura por uma renovação humanizada do marxismo, que se encaixa a Escola de Frankfurt, esforçando-se para dar uma interpretação inusitada, tanto das ciências sociais quanto da filosofia, em torno de uma reconstrução da obra de Marx. Apesar de espelharem enorme desilusão e ceticismo com o progresso científico e social da humanidade, a Escola em questão teve como projeto uma renovação do materialismo histórico marxista em sua procura pelo Aufklärung e pela emancipação social. Inaugurada na década de vinte do século passado, teve como expoentes Horkheimer, Adorno e Marcuse, todos de origem judaica” (CRUZ, 2008, p. 48-49).



socialismo,<sup>74</sup> e apresentar alternativas factíveis ao pensamento liberal. Ao propor o diálogo e a comunicação como centro de seu pensamento, ao mesmo tempo indica um caminho distinto do ofertado pela filosofia do sujeito e resgata a democracia possível nas complicadas comunidades urbanas atuais.

## **2 O PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS.**

O pensamento de Habermas transcende rótulos. Inicialmente marxista da escola de Frankfurt, também é tido por liberal pela oposição ao Estado do Bem-Estar. Torna-se um pós-marxista (recusando a teoria marxista de classe) e um neokantiano (por retomar uma lógica transcendental). Herdeiro da capacidade crítica da escola da Frankfurt, capaz de recusar um dos pilares do marxismo (o determinismo econômico), Habermas é um pensador de seu tempo, espectador da extraordinária modificação nas sociedades humanas ocorrida no século XX. A obra de Habermas busca recuperar o ponto de contato entre teoria e prática (preocupação genuinamente marxista e frankfurtiana). É identificado como o último representante do “mal estar face a teoria” que caracterizou os filósofos da escola de Frankfurt. A principal questão que ele coloca é: “porque as teorias fracassam frente a prática?”.

A própria universalidade do saber está sustentada, e deve ser avaliada com base nos interesses que o motivam, e não na suposta “imparcialidade do método científico”. Habermas valoriza a razão prática como forma de oposição à dominação da razão técnica. Como no Eu kantiano, o sujeito habermesiano é purificado numa perspectiva de universalidade que se liberta dos elementos empíricos, embora tenha como objetivo apreender e explicar a realidade, mas discorda de Kant na visão sobre a condução da moral a regras de harmonia entre os indivíduos, porque, para ele, a comunicação e a comunhão são conceitos divergentes e reciprocamente excludentes, e é exatamente o diálogo, na sua visão, que estabelece as regras comuns de ação. Combate o que ele denomina “colonização do mundo da vida pelo conhecimento teórico”, movimento que provoca uma reificação do homem e propõe uma colonização do mundo das ciências pelo mundo da vida.

Nessa linha caminha a sua crítica ao positivismo: “a libertação dos valores e a pretensa neutralidade axiológica levaram, inicialmente a uma subordinação dos fins aos meios e transformou, num segundo momento, os procedimentos metodológicos em um sistema de valores eles mesmos”. Segundo ele a neutralidade não existe porque toda escolha de técnica, ou metodológica, é uma escolha ideológica.

---

74 “O socialismo deixa de ser uma alternativa viável no instante em que se percebe que, tal como no capitalismo, Thanatos estaria sufocando os instintos de solidariedade e criatividade (Eros)” (CRUZ, 2008, p. 54-55).

Há um mérito inegável de Habermas em propor uma solução realmente inovadora para o dilema e a tensão latente entre direito, validade e legitimidade. O máximo que o racionalismo cientificista conseguiu foi admitir a importância da legitimidade, mas lhe recusa a possibilidade de abordagem científica. Ao agrilhoar o direito à validade, viu-o perecer por inanição de legitimidade. O jusnaturalismo subordinou a validade a uma legitimidade fundada em valores absolutos, cuja metafísica distanciava de tal forma o modelo de realidade que o fazia vagar como espectro translúcido, cujo maior efeito parecia ser o de assombrar quem dele tinha medo.

O falso conforto de ambas as posições traz incômodos. Se o positivismo tentava extirpar o conteúdo axiológico do sistema, somente obscurecia a visão das opções valorativas escondidas no texto “puro” da norma. Se o jusnaturalismo considerava todo ordenamento de direito incapaz de refletir plenamente seus ideais de justiça, amaldiçoava cada um deles com a indiferença, classificando como não jurídica toda norma não conforme seu paradigma de comparação. As evidências desmoralizaram ambas as concepções pela incapacidade de funcionar com eficácia no plano real. Interessante, e isso não escapou a Habermas, que ambas as concepções se refugiam na teoria das/pelas dificuldades de operar na prática.

Habermas, ao ressaltar a questão da legitimidade e propor a adoção da ação comunicativa como instrumento de legitimação do direito, reinsere, ainda em tempo, o Direito no palco das lutas sociais e conclama toda a sociedade civil ao engajamento. Nada mais contemporâneo. Propor legitimidade pela comunicação interativa significa devolver ao homem a responsabilidade pelo Direito, excluindo do processo as instâncias metafísicas do jusnaturalismo e mantendo as técnicas ferramentais do positivismo nos limites de suas possibilidades. Ao apresentar a ação comunicativa como meio de legitimidade do direito por meio de sua aplicação na edição da legislação pelo parlamento, Habermas aproveita o esquema de validade formal e material do positivismo com todo seu potencial de estruturação do ordenamento sem, contudo, dar-lhe maior importância, papel ou atribuição que seja capaz de suportar, pois integra o conteúdo axiológico do jurídico por meio da participação da própria comunidade, como instrumento de legitimidade. A ideia de Habermas, assim, está em certa medida sintonizada com o pensamento de Gramsci acerca do deslocamento da história do Estado para a sociedade civil, pois a ação comunicativa legitima a produção de normas exatamente por associar o processo de criação ao de diálogo com a sociedade civil.

Há um outro componente no pensamento de Jürgen Habermas de enorme inserção no contexto da pós-modernidade: o compromisso com a construção do presente, uma vez desfeita a ilusão do futuro. Com efeito, a crença moderna acerca da capacidade de o progresso conduzir a Humanidade para um futuro utópico desmoronou junto com os projetos de implementação dessas utopias. Diante da desesperança quanto a um futuro

comum glorioso,<sup>75</sup> a Humanidade volta-se ou para o passado, o que se vê no fundamentalismo islâmico, renunciando à própria modernidade, como a se desculpar com Deus; ou para o presente, para a cultura do imediato, prática do ocidente. Explica Jacques Chevallier (2009, p. 17):

O abalo do mito do progresso (P.A. TAGUIEFF, 2004) é, sem dúvida, o aspecto mais significativo dessa crise da Razão, na medida em que ele coloca em questão a fé no futuro que se encontra no coração da modernidade. Sem dúvida este mito, nascido no século XVII, já tinha sofrido ataques ao longo do século XX e não desapareceu totalmente: no entanto, a exaustão da ideia de Progresso é atestada pela ênfase colocada no *presente*, sobre o “curto prazo”, em detrimento de projetos ou *a fortiori* de utopias, mas também pela referência ao *passado*, como o testemunha o sucesso reencontrado pelos fundamentalismos religiosos; o futuro aparece como cheio de incertezas e de ameaças potenciais, contra as quais convém se prevenir (princípio da precaução).

A teoria de Habermas revela-se tão incômoda por requerer a quebra de fortes e enraizados paradigmas – o da modernidade, vinculado a um futuro, e o anterior à modernidade, vinculado ao passado. O choque da pós-modernidade parece ter causado dois tipos de posicionamento: a) a resistência, a reação em sentido contrário, a resistência a todo o ideário da modernidade, fomentadora da posição adotada pelos fundamentalistas que, em resumo, simplesmente querem retornar ao passado, aos valores do passado “pré-racional”, recusando toda a modernidade; b) a negação, caracterizada por uma minimização da crise das instituições modernas e pela manutenção da crença nos valores essenciais da modernidade, em especial a razão que, para evitar as críticas, veste novas roupagens.

A complexidade do contexto pós-moderno revela-se para o homem como um ambiente hostil, daí o choque. Há uma crescente perda dos referenciais do passado; são informações em excesso, mudanças constantes e aceleradas, dúvidas e diversidade em demasia; há um ruído constante e, acima de tudo, incertezas demais, mais do que aparentemente a sociedade foi preparada para lidar. Uma reação natural é resistir, apegar-se às antigas e confortáveis certezas absolutas ou buscar novas verdades universais. Esse é o movimento do fundamentalista, apegado a crenças mitológicas, tradições imemoriais, convicções pessoais; tudo aquilo que forneça, mesmo quando dependa do

---

<sup>75</sup> No início do século XX, o futuro era onde todos queriam estar para vivenciar e saborear as maravilhas que seriam trazidas pelo progresso. O homem fora capaz de subjugar a natureza, transformaria o mundo em um lugar ideal para se viver, a tecnologia o levaria de volta ao paraíso e revogaria a expulsão de Deus. No início do século XXI, grande parte dos maiores medos da humanidade está no futuro, da própria humanidade e do planeta. O homem não se julga capaz sequer de consertar os danos causados à terra, muito menos de assegurar sua própria sobrevivência nos próximos anos.

alienamento do raciocínio, uma sensação psicológica de segurança, é um retorno emocional à infância.

O fundamentalismo pode parecer embolorado e anacrônico, ainda muito associado a extremismos religiosos, limitantes e até incapacitantes, capazes de eliminar a habilidade reflexiva e crítica, premissas de um diálogo inteligente. O termo evoca trajes e personagens estranhos, incompreensíveis em seus costumes e condutas, distantes e diversos em sua natureza. Vistos também como extremistas, são tão diferentes que seriam capazes de qualquer coisa – e também tudo se poderia fazer contra eles. Porém, superado o preconceito, observa-se que o fundamentalismo está mais próximo do que se admite suspeitar. O problema não é o fundamentalista acreditar deter a única verdadeira resposta, mas, precisando confirmar a solidez inexpugnável de sua fé para resgatar a serenidade perdida, concluir ter o direito de impor sua crença aos demais ou de eliminar as vozes destoantes. A disseminação desse fundamentalismo intolerante no seio de uma sociedade lança as bases para sustentação de políticas de exclusão e de opressão, discursos e atos de ódio, enfim, para a ruptura do organismo social a partir da equiparação do outro cidadão ao inimigo que pode e deve ser abatido.

O relativismo, à primeira vista, igualmente parece inócuo e inofensivo, com sua aparente indiferença, mal disfarçada de tolerância. Prega um *laissez faire* supostamente leve, calcado na ideia de liberdade particular extrema e permissiva que compatibilizaria todos os agires, legitimados pela autodeterminação individual. Agora o problema é o extremo oposto, pois, de um lado, o tecido social rompe por falta de costura e, de outro, a tolerância total precisa aceitar a intolerância fundamentalista, e as premissas de cooperação se rompem. Ignorar a dificuldade não é a solução, e o maior dano advém dos efeitos de se abandonar a busca pela verdade. Se o nó do fundamentalismo é a imposição violenta de uma única verdade, o nó do relativismo é o desinteresse pela verdade, como se cada um pudesse obter a salvação vivendo a verdade de sua individualidade egóica.

Habermas efetivamente traz algo de novo ao se desvincular dessas duas correntes e propor que o homem se volte para o presente (para a construção do presente), abandonando as referências tradicionais do passado e o culto do destino “*maktub*”, e faz isso essencialmente ao propor o método discursivo da ação comunicativa e obter resultados da interação e do compromisso dos agentes com a comunicação. Nem a falsa verdade absoluta e imutável, nem a frágil e incomunicável verdade pessoal, a busca da verdade coletiva possível por meio do diálogo. A verdade, assim, para Habermas, não provém nem da capacidade de “iniciados”, intérpretes autorizados ou especialmente capacitados de desvelar sentidos de emissões metafísicas, como para os fundamentalistas, nem de um renovado método de abordagem pessoal, dedutivo racional ou lógica de intermediação sujeito-objeto, como para os novos modernistas, mas de uma interação comunicativa sujeito-sujeito.

As semelhanças entre o direito e o agir comunicativo explicam-se porque o discurso desempenha papel constitutivo na produção e no emprego de normas do Direito. Para Habermas, nem a solução positivista, nem a jusnaturalista, acertam em propor um antecedente hierárquico ao direito, pois crê em uma legitimidade que é extraída do próprio processo de construção do direito, daí a sua conexão com o presente como referencial temporal, pois a ideia é responsabilizar e empoderar os agentes construtores da norma no agora. Assim, em relação ao direito, a ação comunicativa ofereceria um procedimento de legitimação democrática da criação legislativa das normas jurídicas, viabilizando uma verdade consensual, neste aspecto racional, capaz de impor-se sobre a sociedade com a mesma capilaridade das teorias contratualistas, mas com uma agilidade que lhe seria inalcançável.

Com efeito, de acordo com a teoria discursiva proposta por Habermas, direito e moral se originam simultaneamente, razão pela qual não se pode esperar mais que a moral forneça a fundamentação de legitimidade do direito. Se não há efetivamente uma esfera moral (anterior ao direito ou acima dele) para orientar as ações e fundar as normas jurídicas, a obrigatoriedade (e a legitimação) das normas jurídicas estaria em sua capacidade de resistir aos questionamentos típicos do processo democrático. A resistência aqui não tem correlação com a fundamentalista, que exclui qualquer outra alternativa à sua própria visão de mundo; ao contrário, significa ser capaz de sobreviver no embate das ideias divergentes. A resistência fundamentalista é exclusão, a resistência dialógica é inclusão. Esse tópico, presente em toda pós-modernidade, revela-se especialmente atual nesses dias de tensionamento de extremistas alérgicos à interação intersubjetiva senão entre intelectos siameses.

A solução do problema, para ele, também não está na tradição (leia-se: passado), mas no procedimento discursivo, pois o direito, separado da moral, seculariza-se. A legitimidade, em última análise, como no pensamento de Kant, está no seio da sociedade, não na estrutura de poder; na prática da liberdade, e não da obrigação. Com isso, segundo Simone Goyard-Fabre (2022, p. 363-364), alinha-se com uma interpretação de Kant “à luz da terceira Crítica”:

Para o filósofo do direito, a dificuldade provém do fato de a revivescência do kantismo, inserindo-se em registros diversificados, abandonar o mais das vezes a metodologia problematizante inerente à “revolução copernicana” e empenhar-se sobretudo em interpretar Kant à luz da terceira *Crítica*: privilegiam-se assim as duas temáticas da vocação prática da razão e da intersubjetividade, que se tornam as vigas de sustentação de uma teoria da ação comunicacional e de uma ética da discussão.

Habermas, porém, como visto, rejeita o imobilismo dos contratualistas para acreditar que a dinâmica dos processos discursivos de índole democrática construiria uma realidade mais legítima para a integração social, ainda que constantemente mutável. A ideia rompe um paradigma do senso comum, segundo o qual a segurança está na permanência, na estabilidade, na solidez granítica acenada pela tradição imanente jusnaturalista ou pela plenitude hermética do neopositivismo. Forçado a reconhecer a ingenuidade (infantilidade, em certa medida) das pretensões humanas de controlar o futuro, impedindo as inevitáveis transformações, Habermas investe na mudança como a única constante da vida, tão bem sintetizada na alegoria de Heráclito de Éfeso.<sup>76</sup> Nessa troca já manifesta a opção de substituir o ideal pelo concreto.

Em outras palavras, para ele apenas a normatividade do melhor argumento adquire obrigatoriedade, ou seja, detém legitimidade suficiente para se impor por meio de um processo de interação. Está, assim, no procedimento democrático fruto do agir comunicativo, o fundamento de validade do direito, fixado, portanto, no processo discursivo, formador da opinião e da vontade discursivas do cidadão e da sociedade. Tudo se traduz em diálogo, especialmente entre os pensamentos divergentes, por um processo dinâmico e contínuo de criação dos consensos possíveis a cargo dos interlocutores envolvidos na construção do presente. Para Habermas, segundo sua teoria discursiva do direito, fundamentada na composição entre direitos humanos e soberania do povo, o direito legitima-se pelas razões do melhor argumento, estabilizando a tensão entre facticidade e validade, já que esta última carece de demonstrar sua própria comprovação (ou seja, refuta-se uma validade imanente).

O desligamento do direito da normatividade da razão prática e sua independência da moral traduzem-se na secularização da vida institucional, na medida em que o direito reflita a vontade discursiva dos cidadãos, capacitando-se, assim, para efetivar a liberdade (grande objetivo da tradição). Na ordem inversa, a liberdade somente pode ser assegurada na medida em que o direito seja construído democraticamente pelos cidadãos capazes de envolverem-se e operarem segundo os ditames do agir comunicativo.

Essa é a forma de institucionalização da vida secular, pois o direito não pode se reportar a uma instância moral legitimadora, nem decorre de diretrizes de uma razão prática. Com essa compreensão, verifica-se que o posicionamento de Habermas rompe com o positivismo, inclusive em sua concepção reformatada, e com qualquer tipo de legitimação do direito referida a instâncias superiores.

---

76 Nenhum homem pode banhar-se duas vezes no mesmo rio... pois na segunda vez o rio já não é o mesmo, nem tão pouco o homem!

### 3 O PENSAMENTO DE DWORKIN E HART

A compreensão da crise da pós-modernidade e de seus efeitos sobre filosofias e ideologias, pelo ângulo da relação com a verdade e o referencial temporal, muito contribuem para a compreensão do pensamento de Jürgen Habermas, e a confrontação de suas ideias com as de Ronald Dworkin e Herbert Hart, sob o mesmo prisma, torna a imagem mais nítida.

Ronald Dworkin, mesmo se comprometendo com a preservação do núcleo duro da Constituição, permite a assimilação de conteúdo axiológico ao direito, optando, para isso, pelo escoramento de sua concepção substancialista do governo das leis nos princípios da moral constitucional.<sup>77</sup>

Com a inserção da moral no direito, Dworkin, como constata Brunella Casalini (2006, p. 289-290), legitima juridicamente o Poder Judiciário para se erguer contra o Legislativo na proteção dos princípios:

A legitimação do Poder Judiciário no interior da concepção liberal do *rule of law* é ligada, de fato, à possibilidade de sustentar que o juiz age corretamente não em termos puramente morais, mas em termos jurídicos. A ideia da Corte como “foro dos princípios” é a solução a que Dworkin chega através de uma reformulação da ideia do “governo da lei” que busca no interior do ordenamento constitucional a legitimidade de uma postura de não-deferência do poder judiciário em relação ao legislativo quando os direitos estão em jogo.

Para extrair essa conclusão, ele compreende a Constituição como um conjunto de princípios, ao invés de um conjunto de regras, o que parece querer “ampliar de forma considerável os poderes de ingerência do Poder Judiciário na atividade do poder legislativo”, ensejando dois riscos: “em primeiro lugar, um arbítrio absoluto por parte do juiz; em segundo, um desvirtuamento da lógica democrática” (CASALINI, 2006, p. 290).

Para escapar dos problemas que sua posição acarreta, Dworkin identifica na Constituição uma ação coletiva harmoniosa criadora de uma “comunidade ‘política de princípio’, que se forma como pessoa moral no ato da Constituição” (CASALINI, 2006, p. 291), pois, em sua compreensão, a Lei Maior seria a “expressão da identidade moral de uma “comunidade política

---

<sup>77</sup> “Também Dworkin tem por objetivo recuperar um ‘núcleo duro’ da Constituição sobre a base do qual construir um ‘governo da lei’, e não ‘dos homens’. O caminho escolhido para reafirmar a ideia de uma *rock-solid, unchanging constitution*, todavia, abandona definitivamente o formalismo jurídico: não o texto da Constituição, mas os princípios da moral constitucional são o dado objetivo ao qual Dworkin procura ancorar a sua concepção substancialista do *rule of law*. A filosofia do direito de Dworkin seria de difícil compreensão se não se levasse em consideração – como sugere Duncan Kennedy – a dupla exigência da qual ela nasce: de um lado, fornecer uma justificativa teórica da contribuição dada pela Corte Suprema para algumas importantes reformas liberais realizadas na segunda metade do século XX; de outro, mostrar como essa contribuição não foi um desvirtuamento da ideia do ‘governo da lei’” (CASALINI, 2006, p. 289).

de princípio”, isto é, uma comunidade cujos membros escolhem ser regidos por princípios comuns, e não apenas por regras resultantes de compromissos políticos” (CASALINI, 2006, p. 291).

Uma grande questão, porém, para classificar o pensamento de Dworkin, é o seu posicionamento acerca do número de respostas válidas que o sistema, funcionando perfeitamente, admite:

A práxis jurídica é uma práxis interpretativa e, como tal – admite Dworkin –, é profundamente política. Dworkin, todavia, para salvar a legitimidade da *judicial review*, procura demonstrar que o processo jurisdicional, por sua natureza, não pode ser reduzido a um assunto de preferências políticas pessoais. O apelo de Dworkin à teoria hermenêutica não está voltado, de fato, a ampliar *ad infinitum* o espaço das interpretações, mas tende, ao contrário, a provar que é sempre possível para o juiz chegar a uma “resposta certa” (*right answer*), ou a uma interpretação correta, e, portanto, objetiva, à luz do significado global do documento constitucional (CASALINI, 2006, p. 291-292).

A filiação de Dworkin ao conjunto dos doutrinadores para os quais o Direito deve oferecer apenas uma resposta certa, sob pena de comprometer sua segurança e seu caráter jurídico, pode ser melhor compreendida em face de ele adotar o que seria classificado por Andrei Marmor com o modelo comunicativo da interpretação.<sup>78</sup> Ao final, o juiz Hércules de Dworkin permanece atrelado a uma interpretação focada na intenção do emissor e fundada na filosofia do sujeito e, mais importante, voltada para a tradução de verdades postas em um referencial metafísico, a tal “comunidade política de princípios”. Tomando por base a classificação anteriormente proposta, Dworkin poderia ser classificado como um fundamentalista.

O marco temporal de Dworkin é o passado (a Constituição dos EUA) abordado por uma perspectiva não racional (focada nos princípios inspiradores de sua concepção) e resgatado por especiais “iniciados” no desvelamento de seus mistérios (os juízes Hércules). Trata-se de uma reação refratária à modernidade que se volta para o passado de tradição pré-moderna, talvez pelo receio natural de sociedades de história recente, como os Estados Unidos, das consequências de perderem o referencial do futuro que acalentou seu desenvolvimento.<sup>79</sup>

---

78 “Em segundo lugar, Dworkin chega a afirmar que a Constituição pode ser vista como um texto, ou uma narração, escrita por um único autor. Essas duas afirmações justificam a tese segundo a qual a atitude o juiz em relação ao ordenamento é similar àquela do intérprete em relação a uma obra literária” (CASALINI, 2006, p. 291-292).

79 “Ao contrário dos cidadãos da maioria dos outros países, os americanos sempre foram unidos mais por sonhos comuns de um futuro melhor do que por um passado comum. “Se perdermos esse futuro comum, sugeri Robert Reich, economista da Universidade de Brandeis “perderemos a cola que mantém nossa nação unida” (GLASSNER, 2003, p. 28).



Na ausência de outra tradição como a religiosa disponível aos muçulmanos, assim como de um passado imemorial, Dworkin recorre a “religião constitucional”, ou “*civil*” (CASALINI, 2006, p. 265), que caracteriza o constitucionalismo americano.

Reforçam esse caráter pré-moderno três aspectos do pensamento de Dworkin: a natureza absoluta do compromisso com a resposta única; o recurso a intérpretes dotados de capacidades superiores, apesar da lembrança pouco edificante que essa prática traz;<sup>80</sup> e o apelo à tradição grupal, em detrimento de uma proposta universalista.

Naturalmente essa opção de Dworkin requer, muito além de juízes Hércules, julgadores comprometidos com a Constituição, seus princípios e valores de uma maneira muito específica, semelhante a uma devoção. Intérpretes capazes de uma leitura protetiva de sua materialidade e organicidade, particularmente vinculados a sua herança e tradição, espinha dorsal do *common law*.<sup>81</sup> A estabilidade do *stare decisis et non queta movere* advém do quão firme é o solo assentado no passado. A viabilidade, mesmo teórica, da concepção de Dworkin, depende desse nível de compromisso e, por conta disto, não resiste a uma ação utilitarista do Poder Executivo no uso da competência de fazer as indicações dos membros da Suprema Corte, como revela a recente superação, após quase 50 anos, do precedente *Roe vs. Wade*<sup>82</sup> na questão da legalidade do aborto.

Dworkin, exatamente como os fundamentalistas islâmicos, tenta resgatar o conforto da resposta absoluta, mas de uma resposta que serve apenas para sua própria nação, pautada em sua tradição cultural e acessível apenas a uns poucos “sacerdotes” superdotados, condicionada ainda à escolha de magistrados capazes de se manterem fiéis no culto de adoração ao texto mitológico.

Aceita a proposta de legitimação de Dworkin, como farão os outros países que não têm à sua disposição a “comunidade política de princípios”, que não podem venerar sua carta política como a um deus? O que farão os próprios Estados Unidos da América se – ou quando – for subvertido o

---

80 “Exemplar, desse ponto de vista é o caso de Eichmann: ver H. Arendt, *Eichmann á Jerusalém*, 1ª. ed. 1963, trad. fr., Paris, Gallimard, 1966. Arendt lembra que um dos problemas dos SS era fazer que se calasse neles o horror que seus atos. Himmler era assim levado a dizer-lhes: ‘O que esperamos de vocês é sobre-humano, terão de ser sobre-humanamente sobre-humanos’ (*op. cit.*, p. 175)” (SUPIOT, 2007, p. 71).

81 Esta visão efetivamente tem eco na cultura jurídica estadunidense: “A Suprema Corte se rende às lições da experiência e à força da melhor argumentação, reconhecendo que o processo de tentativa e erro, tão proveitoso nas ciências físicas, também é apropriado à atividade judicial” (BRANDEIS, Juiz da Suprema Corte dos EUA, 1932).

82 Em 22 de janeiro de 1973, no caso *Roe vs. Wade*, a Suprema Corte afirmou a constitucionalidade do aborto por 7 votos a 2. Em 24 de junho de 2022, no caso *Dobbs vs Jackson Women’s Health Organization* superou este entendimento por 5 votos contra 4 (dos 9, dois indicados pelos Democratas).

compromisso<sup>83</sup> com a composição da Suprema Corte, o acesso foi influenciado por viés ideológico extremista ou mesmo utilitarista?<sup>84</sup> E os povos sob uma democracia mais frágil ou recente, sem instituições e textos seculares, como se defenderão da captura política dos órgãos incumbidos de manter vivo e forte o pacto fundante daquela nação?<sup>85</sup>

Na falta do Alcorão, utilizou-se o texto místico, ou mais mistificável, mais capacitado pela tradição histórica do povo americano para se construir uma unidade em torno de um senso de pertinência, como o que acalentava as comunidades pré-modernas, tentando resgatar um mundo no qual havia um lugar para cada coisa e cada coisa ficava em seu lugar. Porém, não existe retorno histórico, não se elimina a modernidade, nem a pós-modernidade. Soluções caseiras fundamentalistas acirram os ânimos do mundo, que já compreendeu que não existem saídas individuais, nem para homens, nem para países. A inviabilidade dessa ponte para um passado histórico idealizado resta evidenciada, também, quando a mais antiga democracia permanente do mundo permite a captura de uma de suas instituições mais sagradas – a Suprema Corte dos Estados Unidos – por uma lógica da política partidária da qual precisaria manter-se imune e distante.

A concepção de Dworkin enfrenta, atualmente, um choque de realidade, pois sua premissa maior é uma suprema corte composta por juízes capazes de fazer trabalhos dignos de Hércules diante dos *hard cases* que lhe são submetidos. Para isso, é preciso preservar sua composição, usando um filtro institucional no processo de indicação, pois para desempenhar esse papel,

---

83 O respeito às premissas institucionais da própria Suprema Corte, notadamente para preservar sua autonomia e independência, foi sempre a melhor política para manter seu papel político unificador e estruturante da federação americana.

84 A composição da Suprema Corte manteve-se equilibrada por bastante tempo, conferindo estabilidade às questões federativas relevantes, mas este balanceamento foi perdido pela submissão das nomeações a interesses políticos partidários. Algumas cláusulas não escritas comuns à tradição democrática do *common law* foram violadas. A utilização de uma circunstancial concentração de indicações dos Republicanos para mudar o perfil da corte, a obstaculização a uma indicação legítima de Barack Obama e, ao final, uma indicação forçada de Donald Trump após ter perdido a eleição foram instrumentos de uma desinstitucionalização capaz de produzir, simultaneamente, dois efeitos indicadores de déficits de legitimidade democrática: de um lado, a superação de precedentes consolidados, como o do aborto, com a adoção de posições contra majoritárias; de outro, a sedução do Partido Democrata por mais contaminação da política partidária, como o aumento do número de integrantes da Suprema Corte para “reequilibrá-la” (como feito em 1965 pela Ditadura Militar do Brasil).

85 A composição do Supremo Tribunal Federal no Brasil jamais se afastou da influência política, porém, após um período no qual foi perceptível a presença de um filtro mais eficiente de institucionalidade, verificou-se, à semelhança do que aconteceu nos EUA de Trump, um abuso no exercício dos poderes de indicação pelo uso de filtros pessoais e pela exigência de alinhamentos partidários e de subordinação incompatíveis com a independência necessária à função. A incapacidade de resistir ao abuso e ao desvio de finalidades no exercício de poderes institucionais é uma das fraturas nos pilares da proposta de Dworkin.

é necessário que o critério de escolha dos juízes não seja subordinado a interesses políticos menores, como a disputa pelo poder entre os partidos. Um membro da suprema corte deve julgar para todo o país, não para a facção política que o indicou. Os grandes instrumentos da democracia podem ser facilmente corrompidos<sup>86</sup> se for permitido o abuso de prerrogativas ou o desvirtuamento de suas finalidades.<sup>87</sup>

Herbert Hart, por sua vez, representa o neopositivismo, a proposta inversa de remodelar o racionalismo para superar suas imperfeições e resgatar uma pauta de futuro fundada na razão.

---

86 “Na ausência dessas normas, o equilíbrio se torna mais difícil de sustentar. Quando o ódio sectário pisoteia o compromisso dos políticos com o espírito da Constituição, o sistema de freios e contrapesos corre o risco de ser subvertido de duas maneiras. Sob um governo dividido, em que o Legislativo ou o Judiciário estão nas mãos da oposição, o risco é de jogo duro constitucional, em que a oposição estende o mais que puder suas prerrogativas institucionais - parando de financiar o governo, bloqueando todas as indicações presidenciais para o Judiciário e, eventualmente, até votando pelo afastamento do presidente. Nesse cenário, os cães de guarda legislativos e judiciários se tornam cães de ataque sectários. Sob um governo unificado, em que as instituições legislativas e judiciárias estão nas mãos do partido do presidente, o risco não é de confrontação, mas de abdicação. Se a animosidade sectária prevalecer sobre a tolerância mútua, os que estão no controle do Congresso podem priorizar a defesa do presidente à realização de seus deveres constitucionais. Num esforço para adiar a vitória da oposição, eles podem abandonar seu papel de supervisão, capacitando o presidente a escapar impune de atos abusivos, ilegais e autoritários” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 124).

87 A Suprema Corte precisa ser neutra, como explicam Levitsky e Ziblatt (2018, p. 81-82), e seu aparelhamento representa um risco para a democracia: “É SEMPRE BOM ter os árbitros do seu lado. Estados modernos possuem várias agências com autoridade para investigar e punir delitos tanto de funcionários ou mandatários públicos como de cidadãos comuns. Entre elas figuram o sistema judiciário, os órgãos de imposição da lei, os serviços de inteligência e as agências reguladoras e tributárias. Em democracias, essas instituições são destinadas a servir como árbitros neutros. Para autoritários potenciais, as instituições judiciárias e policiais representam, assim, tanto um desafio quanto uma oportunidade. Se elas permanecem independentes, têm a capacidade de denunciar e punir abusos governamentais. Este é o trabalho do árbitro, impedir fraudes. Não obstante, se controladas por sectários, essas instituições podem servir aos objetivos do aspirante a ditador, protegendo o governo de investigações e processos criminais que possam levar ao seu afastamento do poder. O presidente pode infringir a lei, ameaçar direitos civis e até violar a Constituição sem ter que se preocupar com a possibilidade de tais abusos serem investigados ou censurados. Com tribunais cooptados mediante alteração de sua composição e autoridades policiais rendidas, os governos podem agir com impunidade. Capturar os árbitros dá ao governo mais que um escudo. Também oferece uma arma poderosa, permitindo que ele imponha a lei de maneira seletiva, punindo oponentes e favorecendo aliados. As autoridades fazendárias podem ser utilizadas para assestar e atacar políticos, empresas e meios de comunicação rivais. A polícia pode reprimir duramente manifestações da oposição ao mesmo tempo que tolera atos de violência perpetrados por assassinos pró-governo. Agências de inteligência podem ser usadas para espionar críticos e descobrir material para chantagens”.

Sua matriz positivista permite-lhe transitar com mais tranquilidade pela criação judicial do direito<sup>88</sup> nos mesmos planos iniciais que o próprio Kelsen, como explica, ao refutar Dworkin exatamente ao contrariar a ideia sobre a existência de uma única resposta válida:

É verdade que, quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omissão, os juízes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito. Muito frequentemente, ao decidirem tais casos, os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objectivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta ao caso difícil que urge resolver. Isto, na verdade, constitui o próprio núcleo da «interpretação construtiva» que assume uma feição tão proeminente na teoria do julgamento de Dworkin. Mas embora este último processo, seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apoiam analogias concorrentes, e um juiz terá frequentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador contencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecidas e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz. Só se, para tais casos, houvesse sempre de se encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridades relativas a tais princípios concorrentes de ordem inferior, é que o momento de criação judicial de direito não seria meramente diferido, mas eliminado (HART, 1994, p. 337-338).

Hart mostra-se atento à crítica de Dworkin à sua concepção criadora dos direitos pelos juízes, revelando, a um só tempo, seu alinhamento com o pensamento positivista e o sumário dos fundamentos da irresignação do jurista americano:

Contra a minha concepção dos tribunais, enquanto exercem um poder discricionário tão limitados para resolver casos deixados incompletamente regulados pelo direito, Dworkin dirige três críticas principais. A primeira é a de que esta concepção é uma falsa descrição do processo judicial e do que os tribunais fazem nos «casos difíceis». Para demonstrar isto, Dworkin faz apelo à linguagem utilizadas pelos juízes e pelos juristas para descrever a tarefa do juiz, e à fenomenologia da elaboração de decisões judiciais. É dito

---

88 “Uma consideração principal ajuda a explicar a resistência à pretensão de que os juízes, por vezes, não só criam, como aplicam direito, e elucida também os principais aspectos que distinguem a criação de direito judicial da criação do órgão legislativo. Trata-se da importância caracteristicamente ligada pelos tribunais, quando decidem casos não regulados, ao procedimento por analogia, de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora *seja* direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente” (HART, 1994, p. 337).

que os juízes, ao decidirem os casos, e os juristas, ao insistirem com eles para os decidirem a seu favor, não falam do juiz como estando a «criar» direito, mesmo em casos dotados de novidade. Mesmo nos mais difíceis desses casos, o juiz não denuncia, com frequência, qualquer consciência de que há, como os positivistas sugerem, dois estádios completamente diferentes no processo de decisão: um em que o juiz descobre, em primeiro lugar, que o direito existente não consegue ditar uma decisão em qualquer sentido; e outro em que o juiz se afasta então do direito existente para criar direito para as partes *de novo* e *ex post facto*, em conformidade com a sua ideia do que é melhor. Em vez disso, os juristas dirigem-se ao juiz, como se este estivesse sempre preocupado em descobrir e dar execução ao direito existente e o juiz fala como se o direito fosse um sistema de direitos sem lacunas, em que se aguarda a descoberta pelo juiz de uma solução para cada caso, e não a pura invenção de tal solução pelo mesmo juiz (HART, 1994, p. 336-337).

Hart, em sua resposta, desqualifica a crítica de Dworkin pontuando a total irrelevância do conteúdo do texto das peças por meio das quais os operadores do direito (advogados, magistrados etc.) formalizam os atos processuais praticados no processo, e insiste que o cerne da questão é a existência de casos não regulados pelo direito (positivo):

Não há dúvida de que a retórica familiar do processo judicial encoraja a ideia de que não existem, num sistema jurídico desenvolvido, casos juridicamente não regulados. Mas com que grau de seriedade se deve aceitar tal ideia? Há, claro, uma longa tradição europeia e uma doutrina de divisão de poderes que dramatizam a distinção entre o Legislador e o Juiz e insistem em que o Juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero «porta-voz» do direito, que ele não cria ou molda. Mas é importante distinguir a linguagem ritual utilizada pelos juízes e juristas, quando os primeiros decidem os casos nos tribunais, das suas afirmações mais reflexivas sobre o processo judicial. Juízes da estatura de Oliver Wendell Holmes e de Cardozo, nos Estados Unidos, ou de Lorde Macmillan, de Lorde Radcliffe ou de Lorde Reid, na Inglaterra, e um conjunto de outros juristas, não só acadêmicos como práticos, têm insistido em que há casos deixados incompletamente regulados pelo direito, muitos casos podiam ser decididos num sentido ou noutro (HART, 1994, p. 337).

Na raiz da divergência entre Hart e Dworkin está também a questão da legitimação do Poder Judiciário para criar direito:

As outras críticas de Dworkin à minha concepção de poder discricionário judicial condenem esta última, não por ser descritivamente falsa, mas por dar apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta. Os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito (HART, 1994, p. 338).

Adiante, Herbert Hart expõe a sua motivação fazendo a referência necessária à questão da segurança jurídica como o grande nó a ser desatado com relação à criação do direito pelos tribunais, posterior à conduta regulada e, portanto, inalcançável aos cidadãos no momento em que estiverem agindo:

Dworkin formula uma outra acusação de que a criação judicial do direito é injusta e condena-a como uma forma de legislação retroactiva ou de criação de direito *ex post facto*, a qual é, com certeza, considerada, de forma geral, como injusta. Mas a razão para considerar injusta a criação de direito reside em que desaponta as expectativas justificadas do que, ao agirem, confiaram no princípio de que as consequências jurídicas dos seus actos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido, ao tempo dos seus atos. Esta objecção, todavia, mesmo que valha contra uma alteração retroactiva do direito por um tribunal, ou contra um afastamento do direito estabelecido, parece bastante irrelevante nos casos difíceis, uma vez que se trata de casos que o direito deixou regulados de forma incompleta e em que não há um estado conhecido do direito, claramente estabelecido, que justifique expectativas (HART, 1994, p. 338/339)

Hart, nesse particular, repele as críticas alegando: a) que a criação judicial é o preço a pagar “para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios” até baixo, se “os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos” (HART, 1994, p. 338); b) não constituir séria ameaça à democracia a concessão de poderes legislativos limitados ao Judiciário, como ordinariamente ocorre com o Executivo, sem que isso seja funesto para o fundamento político de um país; ao contrário, que tal prática iria, ao final, assegurar o controle democrático na última instância por um processo de revisão constitucional, como o americano.

Herbert Hart, com essa abordagem, toca no centro do problema: o papel regulatório do direito perante a sociedade e a dificuldade de compatibilizá-lo com qualquer direito surgido após a conduta já ter sido praticada. Tanto nos países saxões, nos quais há um compartilhamento da herança jurídica anterior à da Carta Magna e um profundo enraizamento do conceito de *law of the land* como direito tradicional e conhecido previamente por todos; quanto nos países de tradição continental europeia, nos quais a lei geral, por inspiração da revolução francesa, é a garantia da liberdade, é delicado falar em um direito que não está inacessível no momento no qual o cidadão age.

A solução neopositivista de Hart está na inclusão dos valores no ordenamento, mecanismo pelo qual se poderia resgatar a validação das normas dentro do próprio sistema, ou seja, sustentar a possibilidade de, operando dentro do sistema do direito positivo, extrair uma norma da outra,

mesmo que, no caso da decisão judicial, isso implique a admissão de uma dose considerável de liberdade no preenchimento da moldura, especialmente nos casos difíceis, assim considerados todos aqueles nos quais não há uma solução previamente determinada no próprio sistema.

Ao tentar recuperar a capacidade operativa do sistema do direito positivo, Hart, com seu “positivismo moderado”, assim designado por admitir explicitamente “que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos” (HART, 1994, p. 312), revela ser menos rigoroso com relação “ao grau de certeza que um positivista coerente deve atribuir a um corpo de padrões jurídicos” (HART, 1994, p. 313), e chega a considerar “bem-vinda” uma margem de incerteza, buscando, prioritariamente, recompor a razão como método de interação e apropriação de significados, e o reconhece expressamente:

Deveria tolerar-se uma margem de incerteza e, na verdade, deveria considerar-se a mesma bem-vinda, no caso de muitas regras jurídicas, de forma que pudesse tomar-se uma decisão judicial inteligente quando a composição do caso não previsto fosse conhecida e as questões em jogo na sua decisão pudessem ser identificadas e, assim, resolvidas racionalmente (HART, 1994, p. 313).

O (neo)positivismo de Hart mostra-se quando afirma a incompletude do direito nos casos difíceis, nos quais não há resposta, que permitiriam ao juiz exercer o tal “poder discricionário” repudiado por Dworkin, refratário tanto à possibilidade de incompletude do ordenamento, quanto à de criação do direito propiciada por tal poder.

Hart, assim, compreende o poder criativo do direito como uma mera competência para preencher o vazio<sup>89</sup> de um ordenamento imperfeito e, embora termine por reconhecer a inevitabilidade e até conveniência desse defeito, alinha-se com um referencial temporal para o futuro quando aposta suas fichas na solução racional.

Em suma, a razão, agora nas mãos dos juízes, resolveria tudo. Daí a procedência do temor de Dworkin e de outros doutrinadores quanto à possibilidade de instalar-se a ditadura da toga, uma vez inexistindo motivo prático para acreditar na supremacia da razão dos juízes sobre a razão dos estadistas, pela mão da qual o século XX assistiu a um desfile de horrores que voltam a assombrar o início do século XXI na brutalidade da guerra.

Não fosse o visceral antagonismo entre a concepção fundamentalista de Dworkin e a moderna relativista de Hart, marcada, no ângulo acima

---

89 Uma moldura bem maior, aproveitada a imagem de Kelsen.

explorado, pela oposição quanto ao referencial temporal, seria possível pensar em eliminar seus pontos de atrito.

De fato, uma concepção de poder discricionário, como a posta e defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, esvaziaria a objeção de Dworkin acerca da insegurança ou ausência de legitimação democrática do preenchimento de lacunas por decisões judiciais, pois a obrigatoriedade sustentada pelo doutrinador paulista, do agente reportar-se aos princípios gerais e especiais, convergiria para a mesma solução de Dworkin.

Porém, como visto, o dissenso é inconciliável por fundar-se em visões filosóficas êmulas. Sendo assim, transparece a inviabilidade de convergência entre as concepções de Dworkin e Hart sobre a forma de enfrentamento dos desafios da pós-modernidade pelo direito oriundo dos tribunais.

#### **4 DWORKIN, HART, HABERMAS E A SEGURANÇA JURÍDICA**

A segurança jurídica representa um dos escopos fundamentais dos sistemas jurídicos; tendo relação direta com a própria função social do direito, é uma meta cuja perseguição deve estar na ordem do dia de todos os juristas e operadores do direito. A crise da pós-modernidade traduz-se, no campo do direito, particularmente em insegurança.

O resgate da segurança jurídica desafia duas grandes questões: a da legitimidade e a da efetividade. As complexas comunidades características da pós-modernidade congregam uma extensa diversidade de valores e interesses que precisam ser compatibilizados pelo direito, sob pena deste não entregar a paz social que promete e que lhe é exigida pelas sociedades que regula. A ideia é verificar como as teorias de Dworkin, Hart e Habermas apresentam soluções para atingir tal ideal.

Dworkin propõe atender à necessidade de segurança jurídica mantendo o compromisso de sustentar a existência de uma única resposta certa, mas, para isso, precisa virar as costas ao presente para iniciar o rito de adoração ao passado glorioso da Constituição Norte-Americana.

A resposta de Hart quanto à insegurança gerada pelo poder discricionário conferido ao juiz diante dos casos difíceis, por seu turno, por muito evasiva, também não é satisfatória. A atribuição de competência legislativa ao Poder Executivo (e diversas outras fontes normativas, inclusive não estatais), embora seja uma verdade, padece dos mesmos vícios de legitimidade que se quer evitar, atenuados um pouco pelo processo eleitoral no caso do agente político sem, contudo, impedir o crescimento da judicialização da política pela submissão ao Poder Judiciário das normas editadas pelos demais poderes,



assim como da utilização dos juízes para obter a tutela de interesses jurídicos aos quais o Legislativo rechaçou proteção legal.<sup>90</sup>

Não se trata também de uma relação custo-benefício, nem de se evitar o caminho alternativo proposto por Hart (1994, 338), qual seja, “o reenvio da questão ao órgão legislativo”, mas de que a única outra solução possível – não dar repercussão jurídica ao fato relevante ocorrido – é rechaçada coletivamente. Com efeito, diante de uma situação fática não previamente regulada pelo direito positivo ou, pelo menos, não regulada por uma regra objetiva, só há duas alternativas possíveis: ou se mantém o fato fora do mundo jurídico, ou se dá repercussão jurídica a ele e, nesta hipótese, a questão da legitimidade reaparece.

Em muitas oportunidades, não importa a relevância social do fato: é a primeira opção que é adotada e o mundo do direito permanece alheio<sup>91</sup> ou equidistante.<sup>92</sup> Em outras, porém, e os chamados *hard cases* são exemplos claros, a comunidade quer a regulação jurídica opte pela solução do direito e, com a jurisdicização da vida, a judicialização dos conflitos é cada vez mais frequente.

Na verdade, simplesmente não existe a possibilidade de fechar a porta da Justiça a quem pretender levar qualquer caso aos tribunais, inclusive quando não tiver qualquer conteúdo jurídico, pois mesmo essa sentença, que rejeita o pedido por impossibilidade jurídica, é uma decisão jurídica,<sup>93</sup> na medida em que, detalhando a fronteira do direito com o não direito, contribui para a delimitação “geográfica” do mundo jurídico.

E o limite do jurídico é sempre um dos aspectos mais importantes a serem pesquisados pelos estudiosos e compreendidos pela comunidade, como pode ser elucidado com alguns exemplos, sejam reais e da própria

90 A observação trata apenas da (falta de) legitimidade democrática; não se faz juízo de valor das decisões, pois a questão não é se são boas decisões, é como lidar com as decisões quando ruins e deficientes de legitimidade, como, por exemplo, pode criar um Poder Judiciário cooptado por autoritários.

91 Às tendências da moda, por exemplo, que ditam as cores, os estilos, a forma de vestir – e, portanto, de produzir – roupas em todo o mundo. Apesar do volume absurdo de recursos econômicos e financeiros em derredor da indústria da moda, o direito somente ingressa nas relações produtivas, comerciais e de consumo. Não há pretensão tutelável juridicamente que assegure a este ou àquele estilista o direito de ditar a cor ou o estilo de sucesso no próximo verão europeu, não obstante qualquer um pudesse se julgar legítimo titular deste interesse.

92 Como ocorre em relação aos esportes, conectados a interesses econômicos e financeiros da indústria de produtos esportivos, da mídia, às paixões dos torcedores e até aos interesses político-nacionalistas (como veículo de mensagens ideológicas de dominação racial), mas regulados inteiramente por organizações privadas internacionais (FIFA, COI etc.) e locais (CBF, CBV etc.), nos quais expressamente se exclui a possibilidade de interferência do direito e da jurisdição.

93 O CPC/15, em boa hora, reconheceu que a impossibilidade jurídica do pedido deve ensejar a extinção do processo com apreciação do mérito.

Suprema Corte Norte-Americana, sejam fictícios, recursos para a ilustração da universalidade dessa situação.

Sem receber a mesma atenção da mídia, após mais uma série de mortes causadas por tiroteios facilitados pela liberdade de acesso dos americanos a armas – inclusive militares –, em 23 de junho de 2022, pelo placar de 6 a 3, a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou inconstitucional lei do Estado de Nova Iorque que restringia o porte de armas fora de casa. Não é demais, no particular, lembrar a independência legislativa dos estados americanos, uns com pena de morte, outros não; uns permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, outros não. Essa autonomia não foi suficiente, no entendimento da Suprema Corte, para que um Estado deliberasse restringir a circulação de armas nas mãos de particulares em seu território.

A recente alteração da posição da Suprema Corte com relação à tutela do direito ao aborto na Constituição tem recebido maior atenção, inclusive por inverter posicionamento anterior consolidado, mas não é o único exemplo da superação de precedentes, embora neste caso, acertadamente, a controvérsia concentre-se mais no retrocesso (e suas causas) do que na mudança em si.<sup>94</sup> Há uma pertinente crítica ao abuso do direito de fazer indicações, como ao exercício contrário a normas consagradas de bom senso de outras prerrogativas de poder.<sup>95</sup> A importante controvérsia gira em torno do exercício de prerrogativas ser ilimitado ou ter fronteiras determinadas pelas finalidades em função das quais foram instituídas.

No caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857), a Suprema Corte americana, com base na leitura do mesmo texto constitucional atualmente em vigor, estabeleceu, na interpretação da cláusula do *due process of law* introduzida pela V Emenda, que a propriedade dos escravos tinha o mesmo direito de ser protegida que qualquer outra, assegurando a validade do direito do proprietário mesmo em estados federados nos quais tivesse sido abolida a escravidão.

Já no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), separado por menos de 100 anos, a Suprema Corte, alterando o precedente judicial

---

94 Além do que representa a própria regressão de entendimento no processo civilizatório, há natural e justificada preocupação correlata à perda de outros direitos e garantias civilizatórios, especialmente de minorias, como efeito da eliminação da neutralidade político-partidária dos membros da Suprema Corte.

95 Donald Trump concedeu indultos a aliados políticos (Paul Manafort e Roger Stone) e pessoas de seu círculo íntimo (Charles Kushner, pai de seu genro). Iniciou anulando sentenças contra 65 condenados, 60 dos quais pessoas com as quais tinha vínculo pessoal ou político, inclusive por crimes eleitorais, e cogitou, vindo posteriormente a desistir, conceder a si mesmo um autoperdão preventivo contra qualquer condenação futura. No último dia de mandato, concedeu o perdão presidencial a mais 73, incluindo Steve Bannon. O Brasil também presenciou a utilização de graça para conceder liberdade a aliado político da presidência, liberando-o de condenação do Supremo Tribunal Federal por atos criminosos cometidos contra a corte, o que representou também um desrespeito a ato do STF no uso de suas competências constitucionais.

anterior dela própria (*Plessy vs. Fergusson* – 1896), na apreciação da mesma Emenda IV na qual se baseou o precedente modificado, que trata da igualdade, eliminou a segregação racial nas escolas nos EUA, considerando a educação separada de crianças e jovens brancos e negros praticada no Estado do Kansas uma prática inconstitucional.

Evidente que, não obstante o texto fosse o mesmo, não se tratava da *mesma* Suprema Corte e, portanto, também não havia a *mesma* Emenda IV.<sup>96</sup> Recuperando o enfoque acima, um idêntico pedido de provimento jurisdicional (objetivando uma medida contrária à segregação racial nas escolas), em dois momentos dos Estados Unidos, de sua Carta Magna e de sua Suprema Corte, esteve ora tutelado pelo ordenamento, ora não. Será que, em algum momento, para dissabor de Dworkin, a própria Suprema Corte traiu a “comunidade política de princípios” ou perdeu a noção da “identidade moral” da “comunidade cujos membros escolhem ser regidos por princípios comuns”? A resposta não parece ser afirmativa.

Fora a própria questão da escravidão, que flagelou todo o mundo ocidental em período histórico semelhante, o mesmo tipo de análise poderia ser feito com tantos temas recentemente analisados em face da Constituição brasileira, como a demarcação de terras indígenas, a pesquisa com células-tronco, o aborto de fetos anencefálicos etc.

É fato que, no Brasil, não se pode fazer referência a apenas uma Constituição;<sup>97</sup> foram várias, e com conteúdos substancialmente diferentes, mas o argumento prevalece em face de existirem institutos iguais, cuja compreensão se modificou ao longo do tempo, como, por exemplo, ocorre com uma das mais elementares normas do direito moderno: o princípio da legalidade.

Basta verificar a discussão em derredor da sindicabilidade do ato administrativo discricionário, para concluir que o conteúdo normativo do princípio da legalidade se alterou ao longo do tempo.

Com efeito, já prevaleceu a tese de que o ato administrativo, por ser ato de império, não poderia ser examinado pelo Poder Judiciário. Evoluiu-se, como registra Seabra Fagundes, para se entender a possibilidade de confrontar o ato com a legalidade, quando da atuação vinculada da administração pública, preservados os atos discricionários, sujeitos apenas a critérios de

---

96 Interessante notar também que, entre as duas decisões, foi necessária uma guerra civil para consolidar a abolição da escravatura. Parece que a Suprema Corte não quis arriscar uma decisão sua nesse sentido, ou tenha percebido que seccionaria a nação se o fizesse.

97 A rigor, também não os EUA, pois a Constituição sintética e estável é a que amarra o pacto federativo e é mantida viva e atual pela Suprema Corte dos Estados Unidos. As Constituições de cada Estado Membro são extensas e sofrem alterações constantes. A da Califórnia teve 110 páginas, criada em 1849, substituída em 1879, foi emendada aproximadamente 425 vezes desde 1911. A do Estado de Indiana é ainda maior. A Flórida já teve 5 constituições.

conveniência e oportunidade do agente público e, dessa forma, inacessíveis a qualquer controle jurisdicional. Passou-se a aceitar a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual se houver explicitação do motivo, mesmo que o ato seja discricionário, pode ser verificada sua pertinência pelo Judiciário.

Agora está em curso mais uma evolução, fundada na boa doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello segundo a qual, na atuação discricionária, o agente público não estaria diante de uma liberdade; ao revés, estaria obrigado a buscar, com auxílio inclusive dos princípios, a solução mais adequada ao interesse público, o que abre um outro campo de checagem judicial do mérito do ato administrativo.

Com os exemplos se pretende demonstrar a impossibilidade de confiar a construção do presente a um referencial metafísico do passado, por mais representativo que tenha sido (ou ainda seja), ou a edificação do futuro à razão, por mais sofisticação que apresente,<sup>98</sup> ratificando a originalidade e a utilidade do pensamento de Habermas na entrega de uma proposta de construção do presente fundada no que está disponível ou pode ser providenciado: comunidades interessadas e necessitadas em uma forma harmônica de convivência e, por isso, dispostas a travar um diálogo em torno de seus interesses.

A segurança jurídica pretendida pela complexa sociedade pós-moderna, dessa maneira, não advirá do recurso a uma instância metafísica superior, da aceitação do direito humano pela sua imagem e semelhança a um referencial legitimador absoluto, muito menos a cargo de uma compreensão de caráter sobre-humano. Por outro lado, também não será o aperfeiçoamento da razão pura capaz de construir um mecanismo perfeito de dedução de normas por meio de processos exclusivamente racionais ou lógicos que, acaso viáveis, poderiam ser entregues à inteligência artificial.

A singularidade e o valor do pensamento de Jürgen Habermas, sobre esse prisma, está exatamente em atribuir responsabilidade à própria Humanidade para conduzir o seu destino, em quebrar o paradigma da dependência de instâncias externas ao homem, sejam de ordem metafísica, sejam de ordem exclusivamente racionais.

Ao renunciar à inatingível perfeição divina da proposta que valida o direito na sua correspondência com padrões absolutos a serem desvendados e reproduzidos por processos intuitivos e rejeitar a infalibilidade (e a própria eficácia) de creditar, a processos puramente racionais, a capacidade de construir soluções jurídicas legítimas, Habermas optou por vincular à sociedade humana, por meio do diálogo, o critério de legitimação do direito.

---

98 Procede, no particular, a crítica de Habermas: “Após um século que, como nenhum outro, nos ensinou os horrores da não-razão existente, os últimos resquícios da confiança numa razão essencialista evaporaram-se” (HABERMAS, 1997a, p. 12).

Ao substituir a busca de verdades ou leis absolutas por um processo contínuo de construção do presente, de produção de consensos perecíveis, contingenciados por sua historicidade, Habermas requer a maioria das sociedades humanas, propondo-lhes a decisão consciente de aceitar maduramente as consequências dos próprios atos e a coragem de tomar a decisão de dirigir o rumo de sua existência no diálogo e no encontro.

A outrora temida relativização, embutida na proposta habermasiana, ao contrário do que possa parecer num primeiro momento, não deve gerar insegurança jurídica, pois as contradições são inerentes à natureza humana. A multiplicidade de interesses e valores característica da pós-modernidade é um fator que precisa ser enfrentado, não evitado, inclusive porque não vai se resolver sozinho.

Nenhuma solução que dependa da aceitação de uma única resposta ou um único caminho será viável nesse cenário. É preciso fazer do dissenso um fator positivo, não negativo. Nisso está a sabedoria da teoria da ação comunicativa de Habermas, pois pressupõe a divergência e sugere o diálogo como forma para sua superação. Mostra que o problema não é o conflito de ideias, mas sua eliminação pela violência ou pela coação. Assim é a razão comunicativa de Habermas e, por isso, tem a possibilidade de interagir com a pós-modernidade como ela é: não racionalizável.

Por essas características, revela ser a única, das posições analisadas, capaz de aceitar o desafio da pós-modernidade: construir, por meio do diálogo, unidade na diversidade. Dessa forma, revela-se a única capaz de atender aos desafios destes tempos.

## 5 CONCLUSÃO

As sociedades contemporâneas, não obstante a ampliação da área de influência do direito, ressentem-se de insegurança jurídica. A instabilidade afeta também as instituições e a democracia.

O neopositivismo de Herbert Hart confia, ao aperfeiçoamento da razão, a tarefa de propiciar um direito legítimo; reconstrói a legitimidade pela competência, acreditando que a incorporação de princípios ao ordenamento confere a flexibilidade necessária à criação judicial do direito nos *hard cases* e, com isso, ainda que se precise admitir a possibilidade de mais de uma resposta válida, a condição suficiente para estabilização das expectativas. Hart, porém, não é capaz de superar a crítica profunda à eficácia de sistemas fundados na razão pura, nem de oferecer proteção à sociedade contra os descontrolados efeitos de sua utilização, cuja memória recente do século XX não os deixa esquecer, em especial quando a aurora do século XXI parece querer repeti-los.

A proposta de Ronald Dworkin – de atribuir ao juiz Hércules a missão de resgatar os valores essenciais da Constituição Federativa norte-americana – revela-se fundamentalista, enquanto refratária à modernidade; regional e irracional, em especial no compromisso com uma única resposta de natureza absoluta. A atratividade de sua fundamentação, portanto, não é capaz de esconder sua inaplicabilidade nas sociedades atuais, mesmo nos Estados Unidos, especialmente fora dele, notadamente quando sua premissa de comprometimento institucional da própria Corte com o *stare decisis* é infirmada por sua captura pela pauta político partidária.

A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, no que propõe a utilização da razão comunicativa para conferir legitimidade democrática ao direito nas sociedades pós-modernas, oferece às comunidade atuais uma proposta muito mais concreta de segurança jurídica do que aquelas apresentadas por Herbert Hart e Ronald Dworkin, a partir do momento em que incorpora a confusa realidade do aglomerado de valores e interesses de tais sociedades e a transforma em matéria-prima da própria construção da legitimidade, notadamente quando elege o diálogo como forma de integração pacífica e civilizada da diversidade. Está mais claro do que nunca: sem diálogo qualificado e inclusivo não é possível construir uma democracia contemporânea.

O risco do extremismo bate à porta das nações, e o Brasil não é exceção. O autoritarismo manifesta-se pela impossibilidade de lidar com a alteridade, tentando se comunicar por meio de um monólogo impositivo, um contrato social de adesão fora do qual o cidadão se torna um pária extirpado de seus direitos e de sua Humanidade<sup>99</sup> até ser coisificado, a ponto de poder ser tratado como inimigo e aniquilado. Para alcançar seus desideratos, o pretendente a ditador eleva ao extremo o utilitarismo; os fins escolhidos podem se valer de todos os meios, lógica incompatível com os freios e contrapesos necessários à democracia.<sup>100</sup> O despotismo precisa eliminar o diálogo sincero e comprometido com o entendimento do outro, daí seu desprezo à verdade, à história e à ciência e o recurso às narrativas fantasiosas e mitológicas<sup>101</sup> e, por consequência, sua incompatibilidade com a democracia, em especial aquela que se legitima, segundo a proposta de Habermas, pelo entendimento qualificado típico da ação comunicativa.

---

99 Diz-se: “Direitos humanos somente para humanos ‘direitos’”.

100 “O sistema americano de freios e contrapesos exige, portanto, que funcionários e mandatários públicos usem suas prerrogativas institucionais de maneira judiciosa. [...] Estejam essas prerrogativas formalmente estipuladas na Constituição ou sejam apenas permitidas pela mesma, sua utilização como arma pode com facilidade resultar em impasse, disfunção e mesmo em colapso democrático.” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 125)

101 Disse Políbio: “O objetivo para o qual a história tende é a verdade. O objetivo do mito, ao contrário, é o de agradar ou assombrar.”

Habermas não luta para encaixar a disforme sociedade pós-moderna em compartimentos pré-moldados nos quais não cabe; ao contrário, canaliza a força potencial inerente a tais comunidades para um encontro intersubjetivo por meio da intercomunicação. Prega a convergência apesar das diferenças, o consenso em detrimento da dominação. A obra comunitária é defendida por todos que para ela contribuíram. A ação comunicativa, ao promover o diálogo qualificado, honesto e inclusivo, voltado para superar as diferenças sem as combater ou eliminar, ao adicionar diversidade, catalisar entendimento, obter a força da união, sempre atraindo os atores e atribuindo-lhes a responsabilidade de construir o melhor presente possível, com a participação e o comprometimento de todos, revela-se o caminho legítimo da segurança jurídica imprescindível à democracia.

Por tudo isso, aderir ao e praticar o pensamento de Habermas é profundamente revolucionário, adequado ao mundo atual e, mais do que nunca, necessário.

## REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra de. **Legitimação da criação do Direito pelos tribunais: uma proposta dialógica**. Rio de Janeiro: Autografia, 2021.
- CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. **Jurisdição no estado de bem-estar e do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Padma, 2009.
- CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **Estado de direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de: Einführung in das juristische denken. Tradução por: J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade.** São Paulo: Perspectiva, [s.d.].
- FERGUSON, Niall. **Civilização: oriente x ocidente.** Tradução por: Janaína Marcoantonio. Título original: Civilization: the West and the rest. São Paulo: Planeta, 2012.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GLASSNER, Barry. **Cultura do medo.** Trad. Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. V. 90.
- HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio.** Trad. Vamireh Chacon. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. V. 60.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997<sup>a</sup>. V. 1.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997<sup>b</sup>. V. 2.
- HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade.** Trad. Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manuel José Simões Loureiro, Maria Antónia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues de Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida, Sara Cabral Seruya. Lisboa: Dom Quixote, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HART, Herbert L. A. **Direito, liberdade, moralidade.** Trad. Gérson Pereira do Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.



- HOBBSAWM, Eric J. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução por: José Viegas. Título original: Globalization, democracy and terrorism. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Trad. Sérgio Tellaroli. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução por: João Baptista Machado. Tradução de: Das problem der gerechtigkeit. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. por Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2007.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Salvador: JusPODIVM, 2009.
- SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

# 8

## OPERAÇÃO LOGÍSTICA: NATUREZA E ENQUADRAMENTO NA LISTA DE SERVIÇOS

*Geórgia Teixeira Jezler Campello<sup>102</sup>*

O presente trabalho visa investigar a natureza e os possíveis enquadramentos legais do serviço de operação logística, que tem se apresentado como uma atividade cada vez mais frequente, resultado do dinamismo da economia, ao tentar atender às demandas do mundo moderno.

O Direito não acompanha a velocidade dos avanços sociais e tecnológicos e, por vezes, é conclamado a atuar com certo atraso, mormente o Direito Tributário, que não possui a adaptabilidade e a liberdade que são características do Direito Privado.

Contudo, se as atividades inovadoras se constituírem em serviços, por aportarem substrato econômico, devem estar sujeitas à tributação, sob o ponto de vista da política tributária e da igualdade.

É premissa básica, para se atender à igualdade, que onde houver capacidade contributiva devem incidir os tributos; além do que, considerando a neutralidade da tributação, não se deve conceber uma maior ou menor onerosidade pelo uso de um mecanismo mais avançado pelos contribuintes, quando comparado a uma operação tradicional no mercado interno. Entretanto é imprescindível que a materialidade – signo presuntivo de riqueza que representa a atividade – integre a competência tributária constitucionalmente conferida ao ente político, além do cumprimento de outras exigências constitucionais, como legalidade, anterioridade e não confisco, dentre outras.

As empresas que exercem a atividade de operação logística têm tentado o seu enquadramento exclusivamente no item 11.04 da lista de serviço anexa à Lei Complementar (LC) n. 116/2003,<sup>103</sup> o que tem gerado debates no âmbito do contencioso administrativo tributário.

---

102 Mestre em Direito pela PUC-SP. Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP. MBA em Direito Público pela FGV-Rio. Especialista em Filosofia Contemporânea pela Faculdade Mosteiro de São Bento da Bahia. Procuradora do Município de Salvador. Julgadora do Conselho Municipal de Tributos de Salvador.

103 “11.04 - Armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda de bens de qualquer espécie” (BRASIL, 2003).

Este artigo é um sucinto estudo sobre o tema, visando contribuir para a discussão e diminuir a insegurança jurídica, tanto para o Fisco quanto para os contribuintes, buscando identificar a natureza das atividades dos operadores logísticos, a sua realidade econômica e relação com o conceito de serviço, bem como descrever as subsunções legais mais adequadas à real atuação dessas empresas no mercado.

## **1 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE OPERAÇÃO LOGÍSTICA. ENQUADRAMENTO LEGAL. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO**

Os contribuintes, no âmbito dos processos administrativos tributários, têm advogado a tese de que, por exercerem a atividade de “operador logístico”, deveriam ser enquadrados única e exclusivamente no item 11.04 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003, de forma que o imposto seria devido no local do “armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda de bens”, porquanto os mencionados serviços estão incluídos na exceção prevista no art. 3.º, XVII, do mencionado diploma legal.

Cumpre, a princípio, analisar o tema da incorporação, pelo Direito Tributário, dos conceitos de Direito Privado e, por conseguinte, o tratamento do serviço de operação logística dado pela legislação tributária.

As estruturas jurídicas têm por finalidade não complicar, mas justamente simplificar os fatos sociais e, coercitivamente, discipliná-los e conduzi-los; isso só é possível mediante a dominação e deformação do fato social pelo instrumento da ação social: a regra jurídica (BECKER, 2007, p. 101).

Sobre o que dispõe o art. 109 do CTN, no sentido de que os princípios gerais de direito privado se utilizam para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários, preceituou Rubens Gomes de Sousa (1948, p. 458-459), em curso ministrado sobre o anteprojeto do CTN que:

O Direito Tributário tem por fim a atuação dos tributos. Mas não se podem impor tributos sem uma base; essa base é dada pelos institutos do direito privado, pelos atos, fatos ou negócios jurídicos disciplinados pelo direito privado. Mas não pelos atos, fatos ou negócios jurídicos como categorias jurídicas, mas unicamente como categorias econômicas; o conteúdo econômico dos institutos jurídicos de direito privado é que interessa ao Direito Tributário como base para a imposição de tributos.

Nessa linha interpretativa, portanto, o Direito Tributário não estaria propriamente submetido ao Direito Privado. A propósito, enfatiza Luís Eduardo Shoueri (2015, p. 763) que, se o legislador opta por um instituto, conceito e forma de Direito Privado, mas não o define com tintas próprias, ao intérprete é razoável considerar que os mencionados institutos não se desprendem do Direito Privado. Entretanto não se desconhece a dificuldade de

saber efetivamente quando o legislador tributário se vinculou a um instituto de Direito Privado, se ele não foi expresso nesse sentido, o que demandará tarefa do intérprete/aplicador na busca do sentido possível.

O mesmo, obviamente, não ocorre quando as expressões são empregadas pela Constituição para discriminar competências, uma vez que, nesse caso, a competência do legislador tributário fica restringida, nos termos do art. 110 do CTN:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Com relação ao “serviço de operação logística”, vale observar que o Direito Tributário não o tratou de forma específica, dando-lhe regulação própria. Desse modo, não se pode considerá-lo como integrante de uma determinada categoria de serviço passível de um enquadramento legal certo e pré-estabelecido.

Na própria Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) **não** se vislumbra um código claro e determinado para abarcar todos os serviços que envolvem a operação de logística, tanto assim que, a rigor, as empresas que deles se consideram prestadoras possuem inúmeras inscrições no CNAE.

Comumente, nos contratos sociais das empresas que se intitulam prestadoras do serviço de operação logística, há uma série de atividades que não se constituem apenas e especificamente no armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda de bens, mas muitas outras, dentre as quais: transporte rodoviário de carga municipal, exceto produtos perigosos e mudanças (CNAE 4930-2/01); transporte rodoviário de carga intermunicipal e interestadual, exceto produtos perigosos e mudanças (CNAE 4930-2/02); armazéns gerais, incluindo a emissão de warrant (CNAE 5211-7/01); atividade de agenciamento marítimo (CNAE 5232-0/00); atividade de despachante aduaneiro (CNAE 5250-8/02); agenciamento de cargas, exceto para o transporte marítimo (CNAE 5250-8/03); organização logística do transporte de carga (CNAE 5250-8-04); operador de transporte multimodal – OTM (CNAE 5250-8/05); depósito de mercadorias para terceiros e guarda-móveis (CNAE 5211-7/99); serviços combinados de escritório e apoio administrativo (CNAE 8211-3/00); serviço de transporte rodoviário de produtos perigosos (CNAE 4930-2/03); serviço de envasamento e empacotamento sob contrato (CNAE 8292-0/00) e assim por diante.

Isso porque muitas dessas empresas modernizaram-se, visando à prática de atividades que objetivam sistematizar o percurso dos produtos no mer-

cado, num processo de logística integrada, que podemos chamar de *supply chain management*, envolvendo toda a cadeia de produção.

Thomaz Wood Jr. e Paulo Knörich Zuffo (1998, p. 61) tratam dessa categoria de atividade e anunciam que o *supply chain management* pode ser definido como uma metodologia desenvolvida “[...] para alinhar todas as atividades de produção de forma sincronizada, visando a reduzir custos, minimizar ciclos e maximizar o valor percebido pelo cliente final por meio do rompimento das barreiras entre departamentos e áreas”. E prosseguem, assegurando que:

[...] trata-se de uma metodologia empregada principalmente por empresas de consultoria para implantação do conceito de logística integrada, envolvendo a adoção de práticas de *global sourcing*; parcerias com fornecedores, sincronização da produção, redução de estoques em toda a cadeia, revisão do sistema de distribuição, melhoria do sistema de informação, melhoria da previsão de vendas etc. Projetos deste tipo costumam focalizar preferencialmente a busca de melhor performance dentro da empresa, embora a tendência natural seja a de avançar as fronteiras, aproximando fornecedores e clientes (WOOD JR.; ZUFFO, 1998, p. 61).

O *supply chain management*, portanto, é um sistema que envolve basicamente todos os elementos de uma cadeia de produção, do fornecedor de matéria-prima até a entrega do produto (ou serviço) pelo comércio varejista (ou pela empresa prestadora de serviço) ao consumidor final, visando à otimização da cadeia de valores como um todo (POIRIER; REITER, 1996).

Trata-se, desse modo, de uma metodologia inovadora e que carrega substrato econômico, de modo que deve estar sujeita, como outras atividades e serviços, ao pagamento de tributos, em havendo capacidade contributiva; além do que, vale repetir, pela neutralidade da tributação, não se pode conceber uma menor onerosidade pelo uso, por parte de determinados contribuintes, de um sistema organizacional mais moderno.

Não se identifica, na Lei Complementar n. 116/2003, uma alusão ao serviço de logística como uma categoria própria, devendo o aplicador da lei, portanto, ao erigir os fatos impositivos com base nas provas que atestam a sua ocorrência, verificar quais serviços referenciados nos itens da lista anexa ao mencionado diploma legal foram efetivamente prestados pelo contribuinte, de forma isolada ou cumulativa, não sendo, portanto, o serviço de armazenamento, depósito, carga e descarga, arrumação e guarda e bens de qualquer espécie a única subsunção possível.

Ainda que, em tese, os serviços de operação logística afinem-se com os de transporte e de armazenamento, depósito, carga e descarga, arrumação e guarda e bens, o aplicador observará, ao analisar os objetos sociais e os contratos de prestação de serviços dos contribuintes que atualmente exercem

essas atividades, se elas têm ultrapassado os estreitos limites do item 11.04 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003.

Deve-se, nessa linha, avaliar a “causa” do negócio jurídico ou o propósito negocial do “contrato de serviço”, observando-se que “a incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço prestado” (art. 1.º, § 4.º, do CTN), o que denota a prevalência, para o Direito Tributário, da substância sobre a forma.

Vale salientar que os serviços prestados pelos operadores logísticos, em sua maioria, não têm sido realizados em seus depósitos ou armazéns, mas nos centros de distribuição dos tomadores dos seus serviços (logística *in house*). Essa verificação é de suma importância para afastar a simples aplicação do subitem 11.04 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003.

Sobre o serviço elencado no item 11.04, verifica-se que o Decreto n. 406/68 já tratava da tributação de armazéns gerais, armazéns frigoríficos, silos, depósitos de qualquer natureza, guarda-móveis, serviços de carga, descarga, arrumação e guarda dos bens depositados (item XX). O item 36 da lista constante do Decreto n. 834/69 dispunha acerca dos “serviços de armazéns gerais, armazéns frigoríficos e silos; carga e descarga, arrumação e guarda de bens, inclusive guarda móveis e serviços correlatos.” O item 56 da lista anexa à LC n. 56/87 previa a incidência do imposto sobre a “armazenagem, depósito, carga e descarga, arrumação e guarda de qualquer espécie (exceto depósito feito em instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central)”.

Armazenar é depositar provisoriamente mercadorias em armazém, em entreposto; pôr em depósito, conservar (ARMAZENAR, 2009). Segundo Sérgio Pinto Martins (2017, p. 289), é “guardar ou recolher em armazém”, ao tempo em que cita o Decreto n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, que institui regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, determinando os direitos e obrigações. Os armazéns gerais têm por fim a guarda e a conservação de mercadorias e a emissão de títulos especiais, que as representem (art. 1.º). Anexas aos seus estabelecimentos, as empresas de armazéns gerais poderão ter salas apropriadas para as vendas públicas, voluntárias, dos gêneros e mercadorias em depósito (art. 28).

No armazenamento, além da carga e descarga pode haver arrumação, embalagem e guarda de bens.

O Código Civil dispõe sobre o depósito, no art. 627: “pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame” (BRASIL, 2002). O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão (art. 628), obviamente, só haverá tributação no caso do depósito remunerado.

Desse modo, deve-se também analisar detidamente os contratos firmados pelos operadores logísticos com os seus tomadores para se identificar

o local efetivo da prestação do serviço e, portanto, apurar onde se localiza o estabelecimento prestador. Se realizado nos centros de distribuição dos contratantes, pode-se estar diante dos serviços de administração em geral, inclusive em bens e negócios de terceiros (item 17.12 da lista anexa à LC n. 116/2003), quando a empresa prestadora se torna responsável por toda a gestão (administração) do centro de distribuição do tomador.

Como pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a lista de serviços tributáveis pelo ISS, a despeito de taxativa, admite a interpretação extensiva intramuros, qual seja, no interior de cada um de seus itens, permitindo a incidência da mencionada exação sobre serviços correlatos àqueles expressamente previstos na aludida lista de serviços.<sup>104</sup>

Sob esse ângulo, sobreleva notar o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 75.952/SP, no sentido de que “A lista a que se referem o art. 24, II da Constituição, e 8º do Decreto-lei n. 83/69 é taxativa, embora cada item da relação comporte interpretação ampla e analógica”.<sup>105</sup>

O termo “Administração” significa “1. Ato, processo ou resultado de administrar; 2. Ato de governar, dirigir ou gerir; governo, direção, gerência” (ADMINISTRAÇÃO, 2020). Com relação à atividade de “administração”, pode-se afirmar, com base no art. 2.º da Lei n. 4.769/65, que dispõe sobre o exercício da profissão de técnico de administração, que é uma atividade exercida mediante a emissão de pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior; pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da administração como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos.

A atividade de administração de bens, portanto, pode, em determinados casos, vir a englobar armazenamento, carga, depósito, arrumação e guarda de bens, sem se desfigurar juridicamente.

O item 17.12 da lista anexa à Lei n. 7.186/2006 encontra-se expressamente explicitado nas alíneas que decompõem os serviços de “17 – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres,” seguidos por subitens como:

17.01 – Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e for-

---

104 Precedentes do STJ: RESP 121428/RJ, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 16.08.2004; RESP 567.592/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 15.12.2003 e RESP 256.267/PR, Relator Ministro José Delgado, DJ de 18.09.2000.

105 RE 75.952/SP, Relator Ministro Thompson Flores, DJ de 02/01/1974.

necimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares; [...]

17.03 – Planejamento, coordenação, programação ou organização técnica, financeira ou administrativa;

17.04 – Recrutamento, agenciamento, seleção e colocação de mão-de-obra;

17.05 – Fornecimento de mão-de-obra, mesmo em caráter temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores, avulsos ou temporários, contratados pelo prestador de serviço; [...]

17.09 – Perícias, laudos, exames técnicos e análises técnicas; [...]

17.12 – Administração em geral, inclusive de bens e negócios de terceiros; [...]

17.16 – Auditoria;

17.17 – Análise de Organização e Métodos; [...]

17.20 – Consultoria e assessoria econômica ou financeira (BRASL, 2006).

Enquadrado o serviço no item 17.12 da Lista anexa à Lei n. 7.186/2006, vale enfatizar que passa a se considerar prestado no local do estabelecimento prestador, nos termos do art. 3.º da Lei Complementar n. 116/2003, devendo-se perscrutar, em cada caso, a existência de estabelecimentos prestadores dos contribuintes do ISS nas localidades onde os serviços são efetivamente prestados, para se averiguar a que Município o ISS é devido.

## 2 CONCLUSÃO

O aumento da quantidade de empresas que atuam como operador logístico, na atualidade, é um fato observável, sendo que a legislação tributária não pré-estabelece um único e específico enquadramento legal para a gama e a complexidade de atividades oferecidas por esses contribuintes no mercado.

Sinal desse desajuste se vê, ainda, na busca de correspondência das atividades executadas por esses prestadores de serviços com aquelas listadas no CNAE.

O serviço de operação logística, especialmente o de logística integrada e os prestados nos centros de distribuição dos próprios tomadores, não se constituem propriamente no “armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda de bens”, como já demonstrado neste trabalho, ao tratar da evolução histórica da legislação que contemplou esses serviços, sendo



possível, inclusive, a subsunção das atividades prestadas por essas empresas no subitem 17.12 e outros constantes do item 17 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003.

Não se identifica, na Lei Complementar n. 116/2003, uma alusão ao serviço de operação logística como uma categoria própria, devendo o intérprete e aplicador, portanto, ao erigir os fatos imponíveis com base nas provas que atestam a sua ocorrência, verificar quais serviços referenciados nos itens da lista anexa aos mencionados diplomas legais foram efetivamente prestados pelo contribuinte, de forma isolada ou cumulativa, não sendo, portanto, o serviço de armazenamento, depósito, carga e descarga, arrumação e guarda e bens de qualquer espécie a única subsunção possível.

## REFERÊNCIAS

- ADMINISTRAÇÃO. **Michaelis – Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=bpyp>. Acesso em: 4 maio 2023.
- ARMAZENAR. In: **Dicio – Dicionário da Língua Portuguesa**. 2009. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/armazenar/>. Acesso em: 4 maio 2023.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968**. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0406.htm). Acesso em: 4 maio 2023.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 834, de 8 de setembro de 1969**. Dispõe sobre a entrega das parcelas, pertencentes aos Municípios, do produto da arrecadação do imposto sobre circulação de mercadoria, estabelece normas gerais sobre conflito da competência tributária, sobre o imposto de serviços e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0834.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0834.htm). Acesso em: 4 maio 2023.
- BRASIL. **Lei complementar n. 116, de 31 de julho de 2003**. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp116.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm). Acesso em: 4 maio 2023.
- BRASIL. **Lei Complementar n. 56, de 15 de dezembro de 1987**. Dá nova redação à Lista de Serviços a que se refere o art. 8º do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, e dá outras providências. Disponível em: ht-

[tps://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp56.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp56.htm). Acesso em: 4 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 4 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 4.769, de 9 de setembro de 1965**. Dispõe sobre o exercício da profissão de Técnico de Administração, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14769.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14769.htm). Acesso em: 4 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em: 4 maio 2023.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual do ISS**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

POIRIER, C. C., REITER, S. E. **Supply chain optimization**. San Francisco: Berrett-Koehler, 1996.

SALVADOR. **Lei n. 7.186, de 27 de dezembro de 2006**. Institui o Código Tributário e de Rendas do Município do Salvador. Disponível em: <https://www.sefaz.salvador.ba.gov.br/Arquivos/Cmt/LEI%20N%C2%BA%207.186-2006%20-%20C%C3%B3digo%20Tribut%C3%A1rio%20de%20Rendas%20-%2027.12.2006.pdf>. Acesso em: 4 maio 2023.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUSA, Rubens Gomes de. Curso de Direito Tributário, 3.<sup>a</sup> aula. **Revista de Estudos Fiscais**, n. 11, nov. 1948.

WOOD JR., Thomaz; ZUFFO, Paulo Knörich. Administração da produção e sistemas de informação. *Supply Chain Management*. **RAE**, v. 38, n. 3, jul./set. 1998.

## 9

# BREVES REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

*Gustavo Hasselmann*<sup>106</sup>

Tem sido recorrente, no Brasil atual, a veiculação, nas mídias escrita e falada, de notícias envolvendo o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal (STF). Com efeito, não há um dia sequer que a imprensa deixa de divulgar notícias em que o Judiciário, em especial o STF, figure como protagonista maior em temas sensíveis à sociedade, tais como saúde educação, habitação, meio ambiente, corrupção (a exemplo do mensalão e da lava-jato etc.).

Até meados do século XX, na maioria dos países do Ocidente, o Poder Legislativo desfrutava de uma posição de proa, vale dizer, sobranceira em relação aos outros poderes do Estado. O Judiciário funcionava, até meados do século XX, como um fiel cumpridor das leis (sobretudo dos códigos, como o Código de Napoleão). Na França, o Judiciário era tido como a “boca da lei”, sendo-lhe vedada qualquer interpretação proativa e criadora de direitos.

O Judiciário, a partir de meados do século XX – de revés do que se sucedeu no mencionado período anterior –, passou a protagonizar uma posição decisiva na vida política e social das nações democráticas.

Essa mudança, segundo alguns pensadores, deveu-se, inclusive, ao fato de que, ao final da Segunda Guerra Mundial, as constituições, notadamente das nações democráticas, passaram a ter força normativa, aplicável, portanto, diretamente na resolução dos conflitos havidos na sociedade. Antes desse marco histórico, as constituições eram meras e retóricas proclamações de direitos, sem força normativa alguma, destinadas, ao menos, a inspirar e conformar a função dos legisladores.

---

106 Procurador do Município de Salvador-BA, em que ingressou por concurso de provas e títulos. Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Licenciado em Filosofia pela Faculdade Batista Brasileira. Especialista em Processo Civil e Direito Administrativo, ambos pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro do Instituto dos Advogados da Bahia (IAB), onde ingressou com a aprovação de trabalho jurídico, e do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Ex-juiz do Tribunal de Justiça Desportiva da Federação Baiana de Futebol.

Nesse viés, após a Segunda Guerra Mundial, o Judiciário – com realce para as supremas cortes, em sociedades democráticas, abertas, plurais e complexas – assumiu o papel de guardião maior da Constituição, aplicando os seus princípios e regras jurídicas, revestidos estes de grande amplitude semântica, ao cipoal de casos submetidos ao seu crivo.

Trata-se, o fenômeno acima descrito, da chamada judicialização da política que, segundo a melhor doutrina, consiste na ingente participação do Judiciário na vida política e social das nações democráticas.

Nesse diapasão, leciona Boaventura de Souza Santos (1996), no artigo “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, publicado no n. 30 da Revista Brasileira de Ciências Sociais:

Um dos fenômenos mais intrigantes da sociologia política e da ciência política contemporânea é o recente e sempre crescente protagonismo social e político dos tribunais: um pouco por toda Europa e por todo o continente americano, os tribunais e juízes, os magistrados do Ministério Público, as investigações da polícia criminal, as sentenças judiciais surgem nas primeiras páginas dos jornais, nos noticiários televisivos e são temas frequentes de conversa entre cidadãos. Trata-se de um fenômeno novo ou apenas de um fenômeno que, sendo velho, colhe hoje uma nova atenção pública?

Registre-se, por oportuno, que o tema da judicialização da política é por demais amplo e controvertido entre os doutrinadores do direito e da ciência política, carecendo ainda de maiores estudos e aprofundamentos. O mesmo ocorre com o ativismo judicial que, historicamente, teve início na Suprema Corte Americana de Warrente. Ambos os temas em essência não se confundem, como veremos adiante, mas têm entre si umbilical relação.

Alguns autores apontam como causas da judicialização da política (não exaustivas, frise-se) alguns fatores, a saber: o controle concentrado e\ou difuso da constitucionalidade das leis ou atos normativos, exercido pelo Poder Judiciário, notadamente pelas supremas corte nas democracias (no Brasil, nesse diapasão, esse controle é exercido, precipuamente, pelo STF, a exemplo das ADI, ADC, ADPF, bem assim do recurso extraordinário com repercussão geral); a abertura semântica das normas das constituições democráticas, repletas, via de regra, de princípios de conteúdos abertos ou indeterminados que, ao mais das vezes, fazem com que os conflitos de interesses desaguem no Judiciário, notadamente nas supremas cortes; no caso particular do Brasil, a nossa Constituição de 1988 – por ser demasiadamente analítica, cobrindo todos os quadrantes da vida social ou política – rende ensejo a inúmeras demandas que desaguem no Judiciário, notadamente no STF; a proliferação das ações coletivas, como é o caso, no Brasil, das ações populares e cíveis; a crise de representatividade nos outros dois poderes, notadamente no Legis-

lativo (no Brasil ocorre, segundo expressão cunhada pelo cientista político Sérgio Abranches, o chamado presidencialismo de coalisão, em que – através do toma lá da cá, é dizer, troca de votos no parlamento por emendas e cargos no executivo – matérias relevantes são decididas ).

A propósito, são elucidativas as lições do ministro do STF Luís Roberto Barroso 2015, p. 437), no que concerne à judicialização da política:

*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas , em caráter final, pelo Poder Judiciário.

Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

De outro lado, o fenômeno do ativismo judicial é recorrente nas democracias contemporâneas, consistindo na interpretação proativa, audaciosa e criativa da Constituição pelo Judiciário, de modo a sanar as omissões ou mora dos outros poderes, notadamente do Legislativo, na edição de seus respectivos atos normativos. Frise-se que a mencionada interpretação da Constituição deve ser implementada à luz das peculiaridades de cada caso submetido ao crivo do Poder Judiciário, notadamente das supremas cortes, observando inclusive o princípio instrumental da razoabilidade.

A antítese do ativismo judicial é a autocontenção, que se dá quando o Judiciário busca tão-somente impugnar os atos normativos dos outros poderes, notadamente as leis, a partir de uma interpretação da Constituição muito limitada e restrita, para não dizer literal. Na autocontenção o Judiciário, em especial as supremas cortes, cinge-se a detectar e fulminar os atos normativos dos outros poderes, principalmente a lei, demitindo-se, o Judiciário, do seu poder de suprir as omissões ou mora dos outros poderes, em especial do Legislativo, na edição de seus respectivos atos normativos.

De logo, importa assinalar que o ativismo judicial, em nosso entender, pode conter aspectos positivos e negativos. Como exemplo dos primeiros podemos citar a decisão do STF em mandado de injunção que versava sobre a aplicação das regras do direito de greve no setor privado aos funcionários públicos.

Ainda na senda dos aspectos positivos do ativismo judicial, podemos trazer a lume dois lapidares julgados do STF: o primeiro, atinente à execução provisória da pena a partir da condenação em segunda instância; o segundo, relativo à restrição do foro privilegiado para alcançar somente os crimes cometidos no exercício do mandato e em função dele, julgamento este já ultimado, com aplausos maciços da sociedade. Em ambos os casos o STF, a partir do encetamento de uma interpretação proativa, audaciosa e criativa da

CF, em observância, também, das peculiaridades de cada caso e ao princípio da razoabilidade, produziu julgados merecedores de elogios.

Acresce ao que vem de ser exposto, a propósito dos aspectos positivos do ativismo judicial, as ações judiciais na área da saúde, em que constatamos a ingerência do Judiciário no Executivo, com vistas a fazer este cumprir o seu dever de prestações públicas relacionadas ao direito constitucional à saúde.

Quanto aos aspectos negativos do ativismo judicial podemos citar três casos emblemáticos no STF, a saber: a descriminalização do aborto de feto anencefálico; a descriminalização do aborto realizado até o terceiro mês de gestação; finalmente, a descriminalização do uso de drogas. Todos esse casos – à exceção do aborto de fetos anencefálicos, em que o STF reescreveu os artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, para incluir dito aborto no rol das hipóteses lícitas de aborto – pendem de julgamento definitivo no STF.

Preleciona Barroso (2015, p. 442) a respeito do ativismo judicial:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo judicial é a *autocontenção*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.

O ministro arrola, no seu livro *A judicialização da Vida*, alguns emblemáticos casos no STF de ativismo judicial; alguns, no nosso entender, positivos, e outros negativos, como acima mencionado, estes últimos por representarem chapada, direta e irrazoável invasão da competência dos outros poderes, notadamente do Legislativo.

Assim sendo, posicionamo-nos no sentido de que o ativismo judicial deve ser procedido com cautela e parcimônia, a partir de uma interpretação proativa e devidamente fundamentada da Constituição e atenta às peculiaridades de cada caso e ao princípio instrumental da razoabilidade, sob pena da invasão direta, flagrante e chapada nas competências dos outros Poderes, notadamente do Legislativo.

De outra parte, advogamos a tese de que, em situações nas quais exsurjam decisões trágicas ou dramáticas, ou ainda flagrantes desacordos morais razoáveis, expressões cunhadas pelas doutrina e jurisprudência, melhor seria que fossem submetidos ao crivo do Executivo e Legislativo, através de seus representantes eleitos pelo povo, sem embargo da possibilidade de tais decisões poderem ocorrer ao Judiciário.

Ademais, entendemos que – com a devida permissão dos que pensam em contrário –, em democracias representativas ainda frágeis e insipientes

como a nossa, em que impera o chamado presidencialismo de coalisão, é inelutável o ativismo Judicial, notadamente das supremas cortes, sem embargo da constatação óbvia de que, em regimes democráticos, melhor seria que os problemas fossem resolvidos, em grande medida, na arena política, pelos representantes eleitos pelo povo.

De outra parte, finalmente, importa assinalar que não se pode, de pronto e abstratamente, desvelar se o ativismo judicial, em especial do STF, é positivo ou negativo. É preciso que se analise de forma detida e acurada o caso concreto, para se aferir se houve ou não ostensiva usurpação das competências do Legislativo e do Executivo pelo Judiciário.

Pensamos que o tema em foco ainda demanda maiores estudos e aprofundamentos, devendo ser enfrentado pelas doutrina e jurisprudência.

Com efeito, a discussão em derredor do ativismo judicial, sobretudo nas democracias modernas, ainda só está começando.

## **REFERÊNCIAS**

BARROSO Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 30, p. 29-62, 1996.

# 10

## MARCOS NORMATIVOS E COMBATE À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO MUNICÍPIO DE SALVADOR

*Lilian Oliveira de Azevedo Almeida*<sup>107</sup>

O presente artigo tem como objetivo discutir a questão da intolerância religiosa e apresentar o arcabouço normativo do município de Salvador. Este é um tema que permeia as relações ao longo do processo histórico, especialmente no que concerne à cidade mais negra fora do continente africano.

Compreende-se que o trabalho na advocacia pública municipal enseja ocasiões de lidar com as diversas questões que permeiam as relações sociais, marcadamente a intolerância religiosa. Atuar no contexto soteropolitano requer, do agente público, uma sintonia com os desafios mais prementes que se põem na lida cotidiana.

Para que o procurador ou procuradora municipal contribua de modo efetivo na consolidação e garantias de direito, precisa se inteirar de temas afetos à maioria da população.

O município de Salvador vem, no processo histórico, assumindo uma postura vanguardista no trato das questões relativas à negritude e à justiça racial. Há um importante repositório de normativas que asseguram à população negra os caminhos para luta e garantia dos seus direitos.

O Programa de Combate ao Racismo Institucional (PCRI) é um programa internacional implementado pela Prefeitura Municipal de Salvador, sob a coordenação da Secretaria da Reparação, para o combate ao racismo institucional e a promoção da igualdade racial em todos os órgãos e entidades da administração pública municipal (PROGRAMA..., [202-?]).

Em Salvador, o programa teve início em 2005 e é fruto das lutas do Movimento Negro. Nasce também do processo da III Conferência Mundial contra Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e todas as formas

---

107 Procuradora do Município de Salvador. Presidente da Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM). Vice-presidente da Associação de Procuradores do Município de Salvador (APMS). Especialista em Direito Público Municipal. Integrante do Comitê do Programa de Combate ao Racismo Institucional (PCRI) da Procuradoria Geral do Município de Salvador. Integrante do Selo Juristas Negras. Advogada.



correlatas de intolerâncias, realizada em Durban, na África do Sul, em 2001 (PROGRAMA..., [202-?]).

Em 22 de março de 2013, foi assinado o Decreto Municipal n. 23.837, que dispõe sobre a criação, composição, estruturação, competências e funcionamento do Grupo de Trabalho Intersetorial (GTI) de combate ao racismo institucional e de promoção da igualdade racial da Prefeitura Municipal de Salvador. O GTI é formado por servidores (as) do poder público municipal e de instituições da sociedade civil organizada – conselhos municipais das comunidades negras e mulheres.

Para integrar o Comitê Técnico de Combate ao Racismo Institucional, para o biênio de novembro de 2016 a novembro de 2018, na condição de titulares e suplentes, foram indicados, através da Portaria n. 08/2016, os representantes dos órgãos e instituições.

Hoje, esse é um programa premiado nacionalmente, o que inspira a olhar para frente e vislumbrar outros horizontes. O PCRI combate o racismo institucional, porém, uma vez sendo identificados casos de violação de direitos da população negra, especialmente a intolerância religiosa, há que se ter instrumentos institucionais para a devida apuração. Nesse sentido foi criada a Comissão de Análise e Avaliação da Denúncia (Caad).

## **I COMISSÃO DE ANÁLISE E AVALIAÇÃO DE DENÚNCIAS – CAAD**

Antes de apreciarmos em que consiste a Caad, convém observar as disposições da Lei Complementar n. 1, de 15 de março de 1991, que institui o Regime Jurídico Único dos Servidores do Município do Salvador e traz, em seu bojo, regramento quanto ao regime disciplinar, determinando, em seu art. 188, que “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurado ao acusado ampla defesa” (SALVADOR, 1991).

No contexto da caminhada normativa do regime disciplinar municipal, note-se que surge como novidade a Comissão de Análise e Avaliação de Denúncias (Caad), procedimento trazido pelo Decreto Municipal n. 34.799/2021, ao regulamentar o Estatuto da Igualdade Racial e Combate à Intolerância Religiosa (Lei Municipal n. 9.451/2019).

Observe-se de forma elucidativa os artigos 66 a 70 do Decreto Municipal n. 34.799/2021:

Art. 66. A ofensa à dignidade humana e a violação dos direitos humanos sujeitará o infrator e/ou a infratora às sanções previstas no Código Penal, além de respectiva responsabilização civil pelos danos provocados, mediante as seguintes condutas:

I - praticar induzir ou incitar, através das mídias de comunicação por meio de publicação que inferiorize ou incite ódio às religiões de matriz africana;

II - recusar ou dificultar o acesso a cargo público ou a emprego em empresa privada;

III - negar ou dificultar a entrada e circulação de alguém em estabelecimentos comerciais ou órgãos públicos de qualquer tipo portando trajes da Religião de Matriz Africana;

IV - impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou privados;

V - impedir o acesso ou uso de transportes públicos;

VI - recusar matrícula em escola ou qualquer estabelecimento de ensino, público ou privado; de adeptos ou pessoas com seus específicos trajes e indumentárias de povos de Religião de Matriz Africana;

VII - tratar de forma desigual o empregado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao pagamento de salário e as demais condições de trabalho;

VIII - impedir ou dificultar de qualquer forma o casamento ou a convivência familiar e social;

IX - ofender a dignidade de alguém, atribuindo-lhe qualidades negativas ou xingamentos relacionados à sua cor da pele;

X - autorizar a ausência nas Unidades de Ensino aos estudantes e as estudantes da Rede Municipal, em dias sagrados e de obrigações religiosas sem implicar em falta e prejuízo e com direito à prestação alternativa das atividades escolares.

XI - outras condutas, que embora não estejam descritas neste Decreto, tenham também elementos motivadores o pertencimento étnico-racial ou a religiosidade da vítima.

Art. 67. A Secretaria Municipal da Reparação, deverá monitorar e coibir a exploração comercial, vexatória, desrespeitosa e inadequada, bem como a folclorização de símbolos, signos e personalidades representativas das religiões de matriz africana, no âmbito do Município de Salvador.

Art. 68. O Poder Público Municipal dará tratamento às denúncias relativas às condutas listadas no art. 66 deste Decreto, podendo para isso:

I - celebrar acordos e convênios nos termos necessários com o Ministério Público do Estado da Bahia, à Defensoria Pública do Estado da Bahia;

II - disponibilizar canal para acolhimento de denúncias dos indivíduos e grupos atingidos por ocorrências de racismo, discriminação racial e intolerância religiosa;

III - organizar o processo para a formalização da denúncia, com as comprovações apresentadas, bem como potenciais depoimentos de testemunhas, caso haja, com o repasse simultâneo para a **Comissão de Análise e Avaliação de Denúncias** para que se procedam outros encaminhamentos pelas autoridades, e então seja expedido um parecer qualificando a infração.

Art. 69. A Comissão de Análise e Avaliação de Denúncias, referenciada neste Decreto, deverá ser composta por 05 (cinco) membros titulares.

I - 03 (três) representantes do Poder Público, sendo um deles obrigatoriamente o representante da Secretaria Municipal da Reparação;

II - 02 (dois) representantes do Conselho Municipal das Comunidades Negras.

§ 1º A Comissão será presidida por representante do Poder Público Municipal.

§ 2º Pelo trabalho exercido na Comissão, todos os membros, incluindo o Presidente, não serão remunerados e nem receberão qualquer tipo de pagamento, vantagem ou benefícios, sendo, porém, considerado de relevante serviço público.

Art. 70. Competirá à Comissão de Análise e Avaliação a apuração da veracidade dos fatos.

§ 1º As denúncias que não contenham informações mínimas imprescindíveis a apuração ou que se revelem desde logo infundadas, sem consistência serão arquivadas.

§ 2º Havendo indícios mínimos de veracidade, a Comissão autuará a denúncia em processo administrativo próprio e determinará a notificação pessoal do denunciado para apresentar defesa no prazo de dez dias úteis;

§ 3º É facultada a juntada de documentos e indicação de testemunhas, a fim de garantir o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º Rejeitada a defesa e confirmada a infração, a Comissão de Análise e Avaliação de Denúncia encaminhará o relatório às instâncias competentes para as providências cabíveis.

§ 5º As intimações e notificações a que se refere este Decreto deverão ser feitas pessoalmente, por via postal ou por meio eletrônico, juntando ao respectivo processo administrativo o correspondente comprovante de recebimento, sob pena de nulidade.

§ 6º Das decisões proferidas nos processos administrativos, caberá recurso à autoridade superior, na forma da Lei (SALVADOR, 2021).

Qual seria então o papel da Caad no cenário do regime disciplinar do Município de Salvador? Pelas disposições do Decreto n. 34.799/2021 (art. 70), entende-se que a comissão realiza um procedimento administrativo preparatório, meramente investigativo, que coleta dados essenciais, desprovida de maiores rigores formais, com o objetivo primordial de reunir informações que servirão como suporte para uma legítima instauração de apuração disciplinar, se for o caso.

Importa para auxiliar o entendimento, lançar mão das lições trazidas no Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU:

Nesse sentido, tem-se que a reação mais adequada diante da notícia da ocorrência de irregularidade – onde ainda não se tenha os elementos indispensáveis para a instauração de uma apuração rigorosa, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa –, é a instauração de um procedimento disciplinar de cunho meramente investigativo, de caráter restrito, a fim de levantar as informações que servirão como suporte para uma legítima instauração de processo disciplinar. Ao agir dessa forma, terá a autoridade atuado em perfeita harmonia com os princípios reitores da atividade administrativa, a exemplo dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade, não se que dando inerte frente à notícia de suposta irregularidade (BRASIL, 2022).

Os trabalhos realizados pela Caad objetivam fazer uma investigação preliminar das informações, verificando se há indícios mínimos que sustentem a denúncia, reunindo a gama de dados possíveis para nortear a autoridade competente, quanto a eventual apuração disciplinar, tendo em mira o respeito à legislação pertinente à temática, com um olhar sistêmico quanto a sua atribuição para que o regime disciplinar posto na LC n. 01/1991 seja observado.

A Caad busca contribuir, de forma prática, para a execução da política pública municipal de Promoção da Igualdade Racial e Combate à Intolerância Religiosa, visto que traduz esta preocupação do Município do Salvador, que consiste em “[...] garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos, o combate à discriminação e às demais formas de intolerância racial e religiosa” (SALVADOR, 2019).

No entanto, para que as pessoas e suas respectivas religiões efetivamente alcancem proteção e respeito, faz-se necessário, sobretudo na seara jurídica, que se aprofunde o tema, que tem contornos estruturantes.

## **2 INTOLERÂNCIA RELIGIOSA**

O capítulo X do Decreto n. 34.799/2021 versa sobre racismo e intolerância religiosa. O artigo 65 preleciona que:

A prática do racismo e a discriminação entre indivíduos, provocada por questões étnico-raciais, perpetrada por grupos sociais ou pelo estado por motivo de crença, consciência, de religiosidade ou de outras convicções, constitui uma ofensa à dignidade humana e deve ser condenada como uma violação dos direitos humanos, e das liberdades civis fundamentais.

Nesse sentido, aponta-se que os referidos direitos estão consignados na Constituição Federal, na Declaração Universal de Direitos Humanos e enunciados detalhadamente nos pactos internacionais de direitos humanos.

Falar de intolerância religiosa, que é uma temática ampla e complexa, é encarar uma das interfaces do racismo estrutural, sem deixar de assinalar que sua repercussão pode resvalar em qualquer religiosidade. Contudo, Lívia Maria Santana e Sant'Ana Vaz,<sup>108</sup> que atua na Promotoria de Justiça de Combate ao Racismo e à Intolerância Religiosa do Ministério Público do Estado da Bahia, em entrevista ao juiz de direito Rodolfo Pamplona Filho – Programa Papeando com Pamplona –, definiu racismo religioso nos seguintes termos:

Quando falamos de racismo religioso temos uma concepção interseccional do fenômeno que envolve a discriminação racial e a discriminação religiosa. Então, a interseccionalidade ela é uma categoria analítica que vai nos ajudar a compreender o mundo na sua complexidade, sem definir focos em eixos específicos, como raça, gênero, classe, não a gente vai entender que esses eixos se combinam, eles vão se interseccionar pra criar vulnerabilidades peculiares mais intensas contra determinados grupos, e aqui nós falamos de racismo religioso. Então, como nós dizemos intolerância religiosa nós temos um grande guarda-chuva, que são atos de ódio, discriminação, preconceito que podem atingir qualquer religiosidade. Mas, quando nós falamos no Brasil especificamente racismo religioso, isso está associado à origem africana e negra das religiões de matriz africana, portanto, é um fenômeno bem específico.

O Centro da Promoção da Liberdade Religiosa (Ceplir) destacou um recorte dos seus atendimentos entre os anos de 2016 e 2017, em que 65% foram referentes a religiões de matriz africana ou afro-brasileira, tendo sido a religião do candomblé a que recebeu o maior índice, 34%, o que desperta atenção para esses atos de violência (UFF, 2017, p. 22).

A Defensoria Pública do Estado da Bahia, através da *Cartilha Direitos das Religiões Afro-Brasileiras*, considera salutar que a expressão intolerância religiosa seja reconsiderada, pois “A garantia constitucional ultrapassa o mero ato de tolerar, devendo ser entendida como a necessidade de que todas as religiões sejam de fato respeitadas, daí a importância de se utilizar o vo-

108 PAPEANDO COM PAMPLONA. Racismo Religioso. **YouTube**, 20 de janeiro de 2022. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ZUPh6GFv3Xc&t=182s>. Acesso em: 15/09/2022.

cábulo “discriminação religiosa” ao se tratar de atos de violência” (BAHIA, 2016, p. 21).

O Estatuto da Igualdade Racial e Combate à Intolerância Religiosa do Estado da Bahia, a Lei n. 13.182, de 6 de junho de 2014, e o Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa no âmbito do Município de Salvador, trazem, no capítulo das “Disposições preliminares”, um conceito para a expressão intolerância religiosa, a saber:

Toda distinção, exclusão, restrição ou preferência, incluindo-se qualquer manifestação individual, coletiva ou institucional, de conteúdo depreciativo, baseada em religião, concepção religiosa, credo, profissão de fé, culto, práticas ou peculiaridades, rituais ou litúrgicas, e que provoque danos morais, materiais ou imateriais, atente contra os símbolos e valores das religiões afro-brasileiras, ou seja, capaz de fomentar ódio religioso ou menosprezo às religiões e seus adeptos.

O racismo, enquanto um sistema de opressão, está presente em toda manifestação de preconceito e discriminação raciais, nas intolerâncias correlatas e, no caso das tradições culturais e religiosas de origem africana e afro-brasileira, caracteriza-se pelas formas perversas que estigmatizam alguns grupos, com o objetivo de exaltar outros, valorizando e conferindo prestígio para uns em favor da subalternização dos demais. Assim, elabora múltiplas combinações de violações, de modo que é possível compreender que, se uma pessoa é discriminada racialmente, conseqüentemente os seus demais elementos identitários – religiosos, epistêmicos, culturais, sociais, ancestrais, entre outros – também são violados.

O Ministério Público do Estado da Bahia, através da cartilha *Racismo: começa com ofensa, termina com justiça*, explicita que o nosso país estabelece como crime as discriminações no campo religioso, independente das suas práticas, dogmas ou ritualísticas. Entretanto, indicadores relativos aos registros de ocorrências de intolerância religiosa traduzem um dado que se coaduna com os argumentos declarados pelo MPBA: “atinge principalmente pessoas de grupos raciais discriminados, em especial os praticantes de religiões afro-brasileiras” (BAHIA, 2017, p. 7).

Com o intuito de exemplificar quais as práticas criminosas que se enquadram na tipificação trazida pela legislação vigente para a intolerância religiosa, a mesma publicação aponta que o crime de racismo é também consolidado quando se consegue “Ridicularizar alguém por causa de sua crença; Impedir ou perturbar cerimônia religiosa; Desprezar publicamente ou vandalizar ato ou objeto de culto religioso” (BAHIA, 2017, p. 7).

Para Sidnei Nogueira (2020, p. 19), a prática da intolerância religiosa pode ser identificada ao longo da história da Humanidade, entretanto assinala que “suas formas de manifestação têm sido modificadas de acordo com

a organização política, cultural e econômica de cada sociedade em determinado tempo e espaço”.

É imperativo que se construa a cultura do respeito à diversidade. O país é plural desde as suas origens, e não se concebe como natural a postura discriminatória em face das escolhas religiosas ou de qualquer natureza por parte das pessoas. O aparato norteador é o conjunto de leis que apontam os caminhos a serem perseguidos na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

### **3 OS MARCOS NORMATIVOS**

Este tópico pretende tão somente oferecer, em sentido amplo, os passos dados rumo ao estabelecimento de sociedades pautadas na harmonia e no respeito. De acordo com o artigo XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou particular.

Tal senso de liberdade é característico das garantias constitucionais previstas na CF/88 ao reconhecer a plenitude do direito crença e livre prática da religião da sua preferência sem qualquer sorte de intimidação. A Declaração Universal de Direitos Humanos exala direitos básicos e essenciais à existência humana.

Com base no artigo 2.º da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatadas de Intolerância foi promulgada pelo Decreto Federal n. 10.932 ,de 10 de janeiro de 2022, assevera: “Todo ser humano é igual perante a lei e tem direito à igual proteção contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, em qualquer esfera da vida pública ou privada”.

No cenário normativo, observa-se que o Brasil é signatário de vários pactos internacionais que tratam do tema, e quanto ao regramento interno, a Constituição Federal de 1988 assegura, de maneira nítida e inequívoca, a liberdade religiosa, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (BRASIL, 1988).

Além da previsão constitucional, nosso ordenamento jurídico possui alguns mecanismos punitivos infraconstitucionais que visam assegurar o direito à liberdade religiosa, como, por exemplo, a Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989, conhecida também como Lei Caó, a qual, a princípio, criminalizava apenas os crimes que se referem a raça e cor, sendo retificada no ano de 1997, através da Lei n. 9.459/97, que reeditou o artigo 1.º (“Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”) e o artigo 20 (“Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”) e seus incisos, a partir dos quais tipifica, também, as condutas discriminatórias e preconceituosas de caráter religioso.

Por outro lado, o Código Penal Brasileiro, em seu art. 140, § 3.º, prevê o crime de *injúria qualificada pela utilização de elementos referentes à religião*. Já o artigo 208 do mesmo Código Penal estabelece punições para o chamado *ultraje a culto*, que pode se traduzir em atos que ridicularizem a crença religiosa, atos que perturbem culto ou cerimônia religiosa e ainda na conduta de vandalizar um objeto de culto religioso.

Ainda sobre o tema, no âmbito do Município do Salvador, tem-se o Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa (Lei n. 9.451/2019) e o seu Decreto Regulamentador n. 34.799/2021, trazendo o capítulo X, sobre o combate ao racismo e à intolerância religiosa, com dispositivos sobre o assunto, já mencionados e transcritos neste estudo.

Importa destacar a importância da sanção presidencial à Lei n. 14.532, de 11 de janeiro de 2023, que altera a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Esta lei é um substancial instrumento de combate ao racismo estrutural que grassa no Brasil.

Acompanhar a evolução dos marcos normativos sobre essa temática é um avanço importante para cada procurador e procuradora do município. Por certo, todo caso de violação de direitos das pessoas em algum momento



pode chegar para apreciação jurídica. Convém ressaltar que é de relevância plural que cada profissional esteja ciente das normativas que cercam o tema.

#### 4 CONCLUSÃO

Assim, após essa breve contextualização, percebe-se que o tema é urgente e a necessidade de uniformização das questões referentes ao combate à intolerância religiosa precisa estar presentes no âmbito do Município do Salvador, por todas as questões já externadas, bem como por caminhararmos à frente de outras unidades da federação que sequer implementaram leis tão caras à população, sobretudo praticantes de religiões de matriz africana que, pelos dados, ainda são as vítimas preferenciais das práticas de intolerância religiosa.

É de relevância considerável que a advocacia pública municipal se inteire dessa temática, uma vez que a questão é tormentosa, porquanto toca a sensibilidade do que é o “sagrado” ou mesmo no direito de não ter religião de cada ser humano. Portanto, dos procuradores e procuradoras, para além do respeito, traduz-se em um verdadeiro chamado quanto à responsabilidade com o sentido de proteger as vidas envolvidas em questões religiosas desse viés.

É preciso, portanto, observar e aprofundar os marcos normativos que envolvem o assunto, visando à efetivação de direitos e garantias de grupos vulnerados, sobretudo em face da religião que praticam, com o olhar igualmente atento à especificidade do racismo nesse contexto, para que haja a promoção e o respeito da diversidade e liberdade religiosa no âmbito das procuradorias municipais.

#### REFERÊNCIAS

- BAHIA. Defensoria Pública do Estado da Bahia. **Direitos das Religiões Afro-brasileiras**: um povo, várias crenças. Salvador: Defensoria Pública do Estado da Bahia, 2016.
- BAHIA. **Lei n. 13.182 de 6 de junho de 2014**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa do Estado da Bahia e dá outras providências. Disponível em: <https://encurtador.com.br/opJY8>. Acesso em: 5 ago. 2022.
- BAHIA. Ministério Público do Estado da Bahia. **Racismo**: começa com ofensa, termina com justiça (Cartilha cedida pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco). Salvador: Ministério Público do Estado da Bahia, 2017.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 1.º ago. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília: Controladoria-Geral da União, maio 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/correg/arquivos/publicacoes/manual-teorico-de-processo-administrativo-disciplinar.pdf>. Acesso em 5 ago. 2022

BRASIL. **Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância**. 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.932-de-10-de-janeiro-de-2022-373305203>. Acesso em: 5 ago 2022.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 1.º ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei ,. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm). Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.532 de 11 de janeiro de 2023**. Tipifica como crime de racismo a injúria racial. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/14532.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14532.htm). Acesso em: 10 de maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 5 ago. 2022

NOGUEIRA, Sidnei. **Intolerância Religiosa**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2020.

PROGRAMA de Combate ao Racismo Institucional. Prefeitura de Salvador, [202-?]. Disponível em: <https://reparacao.salvador.ba.gov.br/programa-de-combate-ao-racismo-institucional-pcri/>. Acesso em: 6 ago. 2022.

SALVADOR. **Decreto n. 34.799 de 19 de novembro de 2021**. Regulamenta dispositivos da Lei n. 9.451, de 27 de junho de 2019, na forma que indica e dá outras providências. Disponível em: <https://encurtador.com.br/vILMT>. Acesso em: 5 ago. 2022.~

SALVADOR. **Lei complementar n. 1, de 15 de março de 1991**. Institui o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Município do Salvador. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/estatuto-do-servidor-funcionario-publico-salvador-ba>. Aceso em: 5 ago. 2022.

SALVADOR. **Lei n. 9.451/2019**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa no âmbito do Município de Salvador e dá outras providências. Disponível em: <https://encurtador.com.br/avJ28>. Acesso em: 5 ago. 2022.

UFF. Universidade Federal Fluminense. **Liberdade Religiosa e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2017. Disponível em: [https://www.uff.br/sites/default/files/informes/cartilha\\_liberdade\\_religiosa\\_download.pdf](https://www.uff.br/sites/default/files/informes/cartilha_liberdade_religiosa_download.pdf). Acesso em: 5 ago. 2022.

# II

## A DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO AMPARADA EM TESE INCONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS E O TRÂNSITO DE TÉCNICAS DE ARGUIÇÃO DE INEFICÁCIA DO TÍTULO JUDICIAL

*Lucas Andrade Pereira de Oliveira*<sup>109</sup>

### I O ORDENAMENTO JURÍDICO COMO UM SISTEMA

A concepção de Direito e o significado deste é tema de acirrado debate na filosofia do Direito. Não por outra razão, os jusfilósofos buscam enquadrá-lo de diversas maneiras: como norma, como lei, como o justo ou mesmo como sistema.

Antes desse enquadramento, é fundamental rememorar as lições do professor Calmon de Passos (2005, p. 1), para quem o Direito é linguagem produzida do homem para homem: “[...] que objetiva definir ou determinar o que é lícito ou ilícito, proibido devido ou facultado. O Direito só se materializa, destarte, como linguagem. Daí ser exato dizer-se que ele existe apenas quando e enquanto produzido pelos homens”. É, portanto, uma linguagem prescritiva, que declara o que é o certo e o errado, uma linguagem revestida de poder.

Nesse sentido, o Direito no Estado Democrático, criação humana para regulamentar as diversas relações sociais, precisa ser coerente, harmônico e o mais justo possível. É por isso que se defende adequada a concepção de pensar o Direito e o ordenamento jurídico que dele advém como um sistema, aberto aos valores sociais<sup>110</sup> e em constante modificação, seja pelo legislador

---

109 Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em Processo pelo Centro de Cultura Jurídica da Bahia (CCJB/Faculdade Maurício de Nassau). Procurador do Município do Salvador. Ex-procurador do Estado da Bahia. Advogado.

110 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2009, p. 71-72), atento à concepção valorativa aplicada ao processo, aduz: “O processo não se encontra *in res natura*, é produto do homem e, assim,

ou mesmo pelo intérprete, no ato de aplicação dos textos que compõem esse sistema.

Outra concepção de suma importância advinda da hermenêutica contemporânea é a distinção entre texto e norma jurídica. A concepção tradicional na qual se estadeava grande parte dos juristas (procuradores, advogados, magistrados, membros do Ministério Público, dentre outros) tinha como padrão a lei como norma jurídica, a partir da qual se extraía o *dever ser* – a ordem cogente de obediência necessária. A concepção hermenêutica hodierna diferencia o texto legal e a norma jurídica que se extrai desse texto. Norma, portanto, é aquilo que o intérprete, por meio da linguagem jurídica, diz que é norma, e o texto é estéril, é prescrição que só se torna norma a partir daquilo que o intérprete diz que é o seu significado.<sup>111</sup>

Essas concepções gerais possuem importância notável no modo como os operadores do Direito leem as leis e as interpretam, adequando-as às situações fáticas. São, portanto, concepções gerais que servem para todo o ordenamento jurídico.

Na aplicação das leis processuais, essas concepções também se fazem presentes. Inicialmente, para compreender o Direito Processual como um sistema (CANARIS, 1996), aberto, coerente e harmônico, que deve guardar consonância com os ditames constitucionais. E também na assimilação de que os textos legais processuais somente serão normas jurídicas quando in-

---

inexoravelmente, da sua cultura. Ora, falar em cultura é falar em valores, pois estes não caem do céu, nem são a-históricos, visto que constituem frutos da experiência, da própria cultura humana, em suma. Não se pode esquecer que o pensamento prático, paralelo ao fenômeno jurídico, tem por sujeito e fato de referência o *eu* situado e enraizado no próprio movimento da vida histórica e da cultura, tomando por objeto e por campo operário essa mesma vida e cultura históricas. A observação é particularmente importante no que concerne ao processo, por hipótese estreitamente vinculado à realização prática do direito”.

111 Conforme Eros Roberto Grau (2003, p. 80): “A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser – a interpretação – uma atividade de que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. [...] As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. [...] As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem [...]”.

terpretados e quando extraído o seu significado pelo intérprete do Direito, com consequente aplicação.<sup>112</sup>

Essa metodologia de pensar o processo igualmente se aplica ao microssistema dos juizados especiais, o que implica dizer que tal microssistema precisa ser pensado como um sistema harmônico, aberto aos valores e em coerência com a Constituição Federal. E mais, as Leis n. 9.099/95, n. 10.259/2001 e n. 12.153/2009 são textos legais a partir dos quais o intérprete extrai as normas jurídicas (regras e princípios) que regulam o sistema das demandas de pequenas causas no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, aquilo que está escrito nas leis dos juizados não é a norma (regra ou princípio), a qual, em verdade, é construída pelo intérprete a partir dos textos legais, formando-se um microssistema de regras e princípios coerentes e harmônicos.

## **1.1 O MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS E SEU DIÁLOGO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O microssistema dos juizados especiais surge, sob o ponto de vista sociológico, no contexto das ondas renovatórias do acesso à justiça, na busca por aperfeiçoar a tutela jurisdicional, a partir da constatação da existência de diversas situações ou demandas reprimidas, a exemplo das causas de pequeno valor, das demandas consumeristas e de locação. Essas demandas não eram, satisfatoriamente, atendidas pelo sistema tradicional de Justiça Civil.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) identificaram, no final da década de 1980, em diversos países ocidentais, notadamente europeus, reformas criando juizados e justiças de pequenas causas como fruto das ondas renovatórias do acesso à justiça. Pontuam os doutrinadores:

Essas reformas nas pequenas causas, embora ainda muito recentes, de certa forma resumem o movimento de Acesso à Justiça, porque elas correspondem a um esforço criativo, abrangente e multifacetado para reestruturar a máquina judiciária envolvida com essas causas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 113).

O Brasil foi, igualmente, impactado pela criação do sistema dos juizados especiais, aqui originados nos conselhos de conciliação e arbitragem criados no Rio Grande do Sul, em 1982, e disseminados por vários estados da federação. Em seguida, foi editada a Lei n. 7.244, em 1984, instituidora dos juizados de pequenas causas. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, em seu

---

112 O art. 926 do CPC aponta para essa ideia de ordem e harmonia quando estabelece deveres para os Tribunais em manter a jurisprudência íntegra, estável e coerente: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

art. 98, inciso I,<sup>113</sup> estabeleceu a criação dos juizados nos âmbitos da União, do Distrito Federal, dos territórios e dos estados. Por fim, imprimindo máxima efetividade ao texto Constitucional, foram criadas a Leis n. 9.099/95 (que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais), n. 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais) e n. 12.153/2009 (lei que cria os juizados especiais da Fazenda Pública no âmbito dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios).

As três últimas leis citadas compõem o atual microssistema dos juizados especiais no Brasil, devendo-se interpretá-las de forma integrada. Alexandre Freitas Câmara (2012, p. 5) assim sintetiza: “Reconheço, pois, a existência de um ‘diálogo de fontes’ entre as três leis, de forma que as mesmas tenham de ser interpretadas como se formassem (e efetivamente o fazem) um só microssistema normativo”.

Pontue-se, ainda, que as referidas leis dos juizados especiais, criando o respectivo microssistema, surgem em um momento histórico cunhado como a era das *descodificações*,<sup>114</sup> superando um outro momento histórico denominado como a era das *codificações*.<sup>115</sup>

Entretanto, se houve a era da codificação, na sequência superada pela da descodificação, atualmente, com os novos códigos, a exemplo do Código Civil de 2002 e do Código de Processo Civil de 2015, vive-se um momento de *recodificação*,<sup>116</sup> em que a perspectiva do diálogo entre as fontes normativas se altera. Os códigos passam a influenciar com mais intensidade e, por vezes, com intervenção, direta e textual, no microssistema.<sup>117</sup>

113 “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau [...]” (BRASIL, 1988).

114 Alexandre Freitas Câmara (2012, p. 3) a denomina como era da descodificação ou dos estatutos.

115 Alexandre Freitas Câmara (2012, p. 3) explica que: “O direito viveu, durante um certo tempo (que vai, aproximadamente, do começo do século XIX, com a aprovação do Código Civil francês, até a virada da década de 1960, para a de 1970, com a aprovação do Código Civil português e do Código de Processo Civil brasileiro) a chamada era das codificações”.

116 Sobre o movimento de descodificação e recodificação, conferir: Irti (1999); Hinestrosa (2014); Didier Jr.; Zanetti Júnior, (2020, p. 71-74).

117 Fredie Didier Jr. (2020, p. 75) elenca diversos pontos de influência do CPC-2015 sobre os juizados especiais: “Em relação ao processo dos juizados especiais, o CPC-2015 trouxe duas normas jurídicas novas: i) suspensão dos processos pendentes em razão da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 982, I, CPC); ii) permissão expressa do incidente de desconsideração de personalidade jurídica nos Juizados (art. 1.062, CPC), excepcionando a proibição de intervenção de terceiros nos Juizados. Além dessas novas normas, o CPC alterou,

Nessa era de recodificação, a dogmática da prevalência da lei especial sobre a geral precisa ser revisitada, especialmente numa época de intensa troca de técnicas, em que os códigos, diante da sua evolução, trazem tecnologia jurídica que pode ser aplicada, direta e especificamente, ao microsistema. De fato, seria um contrassenso admitir um microsistema menos eficiente, quando há a possibilidade de utilização de técnicas gerais compatíveis com os princípios informativos do microsistema.

Outro aspecto de suma importância a se considerar é a forma como o diálogo existente entre o microsistema dos juizados especiais e o Código de Processo Civil acontece.

As Leis n. 9.099/95 (que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais) e n. 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais) não trouxeram previsões expressas de aplicação subsidiária ou supletiva do CPC aos casos em trâmite no sistema dos juizados.

Analisando a Lei n. 9.099/95, observa-se que há quatro referências ao Código de Processo Civil, a saber:

Art. 3º [...] II- As enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil [...].<sup>118</sup>

Art. 48. Caberão embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil [...],<sup>119</sup>

Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações.

Art. 53. A execução de título executivo extrajudicial, no valor de até quarenta salários-mínimos, obedecerá ao disposto no Código de Processo Civil, com as modificações introduzidas por esta lei (BRASIL, 1995).

---

expressamente, a redação de alguns artigos da Lei n. 9099/1995 (arts. 48, 50 e 83), de modo a compatibilizá-la com a nova legislação (arts. 1.064, 1.065 e 1.066, CPC). Finalmente, o CPC criou regras de direito transitório, para manter a competência dos juizados especiais para as causas que tramitavam sob procedimento sumário, ao tempo do CPC-1973 (art. 1.063, CPC). Regra importantíssima, pois o procedimento sumário foi extinto pelo CPC-2015 e, caso não houvesse essa norma de direito transitório, uma série de causas deixariam de tramitar perante os Juizados, criando inúmeros problemas de direito intertemporal. Esse breve relato já demonstra o evidente equívoco de ideia de que o CPC-2015 não se aplica aos juizados especiais Cíveis”.

118 O CPC de 2015: “Art. 1.063. Até a edição de lei específica, os juizados especiais cíveis previstos na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, continuam competentes para o processamento e julgamento das causas previstas no *art. 275, inciso II, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*” (BRASIL, 2015, grifo nosso).

119 Redação dada pelo CPC-2015 (Lei n. 13.105/2015).

Por outro lado, quando a Lei n. 9.099/95 fez referência ao Código de Processo Penal e ao Código Penal, trouxe previsão expressa de aplicação subsidiária: “Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei” (BRASIL, 1995).

Essa omissão legislativa nas Leis n. 9.099/95 e n. 10.259/2001, quanto à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, indicando apenas pontualmente quando o Código de Processo Civil seria aplicável e, por outro lado, admitindo a aplicação subsidiária do Código Penal e de Processo Penal, revela um silêncio eloquente, com um claro desiderato de afastar a aplicação, no âmbito dos juizados especiais, do procedimento comum do Código de Processo Civil.

Ocorre, todavia, que na prática dos juizados especiais, diante das diversas lacunas existentes nas referidas leis, utiliza-se, rotineiramente, o Código de Processo Civil. Tome-se como exemplo a técnica de antecipação dos efeitos da tutela, adotada no procedimento comum do Código de Processo Civil, que sempre foi amplamente utilizada no sistema dos juizados especiais.

Nada obstante, em 2009, a Lei n. 12.153, que dispõe sobre os juizados especiais da Fazenda Pública no âmbito dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios, admitiu, expressamente, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil a esses juizados, fazendo menção expressa ao CPC-1973 no art. 27.<sup>120</sup>

Assim, adotando-se a premissa de que as três leis suprarreferidas compõem o microsistema dos juizados especiais, cada uma com suas peculiaridades, é possível compreender-se que, com a Lei n. 12.153/2009, passou a ser, textual e explicitamente, prevista a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil<sup>121</sup> a todo o microsistema.

---

120 “Art. 27. Aplica-se subsidiariamente o disposto nas Leis nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001” (BRASIL, 2009).

121 Alexandre Freitas Câmara (2012, p. 195-196) comenta a situação: “ A Lei 12.153/2009 afirma, expressamente, em seu art. 27, que lhe são aplicáveis subsidiariamente a Lei 9.099/1995 e a Lei 10.259/2001. Ainda que isso não fosse dito expressamente, porém, assim, seria, já que – como se tem sustentado nessa obra desde a primeira edição – existe hoje no ordenamento processual brasileiro um Estatuto dos juizados especiais, atualmente composto pelas três Leis (Lei 9.099/1995, Lei nº 10.259/2001 e Lei nº 12.153/2009) que tratam da matéria. Assim, como se poderá ver melhor ao longo da exposição, as três leis interagem o tempo todo, dialogando entre si, de modo a permitir a construção de um verdadeiro microsistema dos juizados especiais. De outro turno, e nesta passagem a Lei 12.153/2009 é superior às outras leis que compõem o Estatuto dos juizados especiais, o mesmo art. 27 afirma, expressamente, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil”.



Nesse contexto, é importante mencionar a existência do Fórum Nacional de Juizados Especiais (Fonaje),<sup>122</sup> criado em 1997 com o desiderato de assegurar uniformidade de funcionamento do microsistema dos juizados especiais. O Fonaje vem editando enunciados (cíveis, criminais e da Fazenda Pública) que servem de diretrizes interpretativas sobre a aplicação das leis dos juizados especiais, inclusive versando alguns deles sobre a aplicação do Código de Processo Civil no aludido microsistema.

Nesse sentido, cumpre pontuar que o Enunciado Cível n. 161 do Fonaje trouxe importantes orientações sobre a forma como as normas do CPC-2015 devem ser aplicadas ao sistema dos juizados especiais, admitindo aplicação do CPC quando houver remissão expressa e específica, nas leis do microsistema, e nas hipóteses de compatibilidade com os princípios dos juizados constantes do art. 2.º da Lei n. 9.099/95. Eis o enunciado:

ENUNCIADO 161 – Considerado o princípio da especialidade, o CPC/2015 somente terá aplicação ao Sistema dos juizados especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95 (CNI, 2020b).

Como o enfoque deste trabalho é a aplicação de dispositivos legais do CPC que tratam da impugnação<sup>123</sup> ao cumprimento de sentença, é fundamental tecer algumas considerações sobre a interpretação contida no Enunciado n. 121 do Fonaje.

O Fonaje editou enunciado cível apontando que, no caso dos embargos à execução, somente seriam impugnáveis as hipóteses constantes do art. 52, IX, da Lei n. 9.099/95. Leia-se: “ENUNCIADO 121 – Os fundamentos admitidos para embargar a execução da sentença estão disciplinados no art. 52, inciso IX,<sup>124</sup> da Lei n. 9.099/95 e não no artigo 475-L do CPC, introduzido pela Lei 11.232/05 (XXI Encontro – Vitória/ES)”.

Esse enunciado cível, contudo, não leva em consideração a expressa previsão de aplicação subsidiária do CPC contida no art. 27 da Lei n. 12.153/2009. Desse modo, entendendo-se os juizados especiais como um

---

122 “O Fórum foi criado em 1997 com o objetivo de reunir os coordenadores estaduais dos juizados especiais Cíveis e Criminais para o aprimoramento dos serviços judiciais a partir da troca de informações e da padronização de procedimentos em todo o território nacional” (CNI, [2020a]).

123 A Lei n. 9.099/95 ainda o nomina de embargos à execução, adotando dicção de período anterior as reformas promovidas pela Lei n. 11.232/05 que atingiram o CPC-1973.

124 “Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações: [...] IX - o devedor poderá oferecer embargos, nos autos da execução, versando sobre: a) falta ou nulidade da citação no processo, se ele correu à revelia; b) manifesto excesso de execução; c) erro de cálculo; d) causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença” (BRASIL, 1995).

microsistema, pode-se concluir que a aplicação subsidiária do CPC pode e deve ser ampliada para que as hipóteses de impugnação ao cumprimento de sentença do CPC sejam admitidas nos juizados.

Ademais, vale salientar que os enunciados do Fonaje não possuem força cogente, tão somente servem de norte interpretativo. No caso em especial desse Enunciado n. 121, malgrado seja um enunciado cível, ele foi editado no XXI Encontro ocorrido em Vitória-ES, em 2007, antes da promulgação da Lei n. 12.153/2009, legislação que trouxe a previsão expressa de aplicação subsidiária do CPC.

Entrementes, caso ainda assim não se admita a extensão das hipóteses de impugnação ou embargos, além daquelas previstas no art. 52, IX, da Lei n. 9.099/95, indubitavelmente essa ampliação deve ser aceita nos juizados especiais da Fazenda Pública dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e dos territórios (Lei n. 12.153/2009), diante da previsão expressa de aplicação do CPC, de forma subsidiária.

Adite-se a isso a circunstância de o CPC-2015 haver mencionado, expressamente, além da aplicação subsidiária, a aplicação supletiva do código aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais (art. 15, do CPC), aplicação que pode ser estendida também ao microsistema dos juizados especiais, o que será pormenorizado com mais vagar no próximo item.

Pontue-se, ademais, que em relação ao CPC-2015, Fredie Didier Jr. (2020) esclarece importante distinção em relação ao diálogo que havia entre o CPC de 1973 e os microsistemas normativos. Para o doutrinador, “[...] o CPC-2015 nasceu pressupondo esses microsistemas, mantendo sua posição de núcleo e fonte de normas gerais, supletivas e subsidiárias, mas, e aqui está a novidade, sendo também fonte de normas jurídicas processuais específica para esses microsistemas” (DIDIER JR., 2020, p. 75).

É exatamente sobre esse diálogo entre o CPC-2015 e o microsistema dos juizados especiais, especialmente no que tangencia a possibilidade de declaração de ineficácia da coisa julgada que contém tese inconstitucional, que este trabalho pretende discorrer. Notadamente, na possibilidade do trânsito das técnicas existentes no CPC-2015, de declaração de ineficácia da sentença que possua tese declarada inconstitucional pelo STF.

## **1.2 O TRÂNSITO DE TÉCNICAS ENTRE O PROCEDIMENTO DO PROCESSO CIVIL COMUM E O PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS: UMA VIA DE MÃO DUPLA**

O microsistema dos juizados especiais, na área cível, contempla diversos procedimentos para as causas da sua competência. É o que se pode desumir, analisando as Leis n. 9.099/95, n. 10.259/2001 e n. 12.153/2009. Extrai-se da Lei n. 9.099/95 a existência de um procedimento geral, comum

e aplicável aos procedimentos especiais dos juizados especiais federais e das Fazendas Públicas em juízo (Lei n. 10.259/2001 e Lei n. 12.153/2009).

Contudo, em comparação com o procedimento comum da parte geral do CPC, o microssistema dos juizados, em sua totalidade, Leis n. 9.099/95, n. 10.259/2001 e n. 12.153/2009, perfectibiliza a criação de diversos procedimentos especiais.

Portanto, a depender do ponto de vista, os procedimentos constantes no microssistema dos juizados especiais podem ser considerados como comuns (o procedimento cível da Lei n. 9.099/95 é comum e geral, em face das Leis n. 10.259/2001 e n. 12.153/2009) ou especiais (as Leis n. 9.099/95, n. 10.259/2001 e n. 12.153/2009 estabelecem procedimentos especiais em relação ao procedimento comum do CPC).

Na trilha desse raciocínio, convém trazer à lume as lições de Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha (2018, p. 94):

Comum e especial são, nesse sentido, atributos relacionais: o procedimento pode ser comum ou especial, a depender o paradigma examinado. [...] Note-se que o procedimento dos juizados especiais é, no primeiro sentido, comum e, no segundo, especial. [...] Não há erro na escolha deste ou daquele sentido.

A perspectiva do presente trabalho é analisar o microssistema dos juizados especiais, que contém procedimentos especiais em relação ao procedimento comum, geral, do CPC.

Ademais, com o paradigma inaugurado pelo CPC de 2015, ao analisarem-se os procedimentos especiais, não mais convém fazer uma interpretação pelo critério da especialidade,<sup>125</sup> puramente, mas também à luz da aplicação subsidiária e supletiva, conforme se pode extrair da interpretação do art. 15 do CPC, também aplicável, em nosso entender, à relação entre procedimento comum e procedimentos especiais do microssistema dos juizados especiais.

A aplicação subsidiária ocorre quando há lacuna na lei, já a aplicação supletiva representa a possibilidade de aplicação em concomitância de ambos os procedimentos, observando-se a tutela mais adequada ao caso concreto.<sup>126</sup>

---

125 Norberto Bobbio (1995, p. 205), em concepção tradicional, aduz: “Existe um conflito entre critério de especialidade e critério cronológico quando uma norma precedente e especial é antinômica em relação a uma norma sucessiva e geral. Também neste caso, o critério de especialidade prevalece sobre o cronológico e, portanto, a norma precedente e especial prevalece sobre a posterior e geral”.

126 Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Cunha (2018, p. 92-94) fazem importante comentário: “Parte da literatura que comentou o CPC-2015 ignora a diferença entre aplicação subsidiária e supletiva e, mesmo diante da inédita redação do art. 15, continuando a mencionar apenas a aplicação subsidiária; outros tentaram distinguir as duas possibilidades, confundindo-as. Concordamos com Carolina Tupinambá e Daniel Amorim Assumpção Neves,

Nesse sentido, adota-se a ideia de que existe uma relação de complementariedade pautada na compatibilidade de técnicas existentes no procedimento comum e nos procedimentos especiais.<sup>127</sup>

Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Cunha (2018) esclarecem que o art. 327, 2.º, do CPC, é uma cláusula geral de flexibilização do procedimento, havendo uma “mão dupla” de influência: tanto o procedimento comum pode, com suas técnicas várias, amplas e flexíveis, ser utilizado no procedimento especial, quanto as técnicas dos procedimentos especiais podem ser utilizadas no procedimento comum.<sup>128</sup>

Diante das redações dos novéis arts. 327, § 2.º e 1.049, parágrafo único, do CPC, o procedimento comum do CPC passa a ser um *locus* ou *habitat* de técnicas diferenciadas dos procedimentos especiais (DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 89).

Portanto, deve-se observar uma teoria dos procedimentos especiais em que se enfoque não o procedimento especial, isoladamente, mas as técnicas processuais deles decorrentes. Assim, havendo compatibilidade, as técnicas procedimentais dos procedimentos especiais poderão ser utilizadas no procedimento comum ou mesmo em outros procedimentos especiais (art. 327, § 2.º, do CPC).<sup>129</sup>

Nesse sentido, é possível que o procedimento comum se valha de técnicas especiais, bem como que o procedimento especial se valha de técnicas

que alertaram que os conceitos não são equivalentes. Na aplicação subsidiária, frise-se, a atividade é de integração, suprimimento de lacuna. Na aplicação supletiva, como ambas as normas incidem, há complementariedade entre elas. Há, por assim dizer, uma incidência simultânea, não exclusivista, e, portanto, não cabe mais falar no critério da especialidade para impedir a incidência da regra geral do procedimento comum”.

127 Vaticinam Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Cunha (2018, p. 94): “Assim, no sistema do atual CPC, parece-nos que a relação entre procedimento comum e os procedimentos especiais, menos que de exclusão, é uma relação de complementariedade, pautado pela compatibilidade da técnica especial ao procedimento comum. Trata-se de uma interação muito mais consentânea com os ideias de eficiência processual (art. 8º)”.

128 “O §2º do art. 327 do CPC é, na verdade, uma cláusula geral de flexibilidade procedimental. É possível importar para o procedimento comum técnicas especiais de tutela jurisdicional, mas também é possível a via inversa: importar para o procedimento especial regra do procedimento comum, a fim de se concretizarem normas fundamentais” (DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 74).

129 Na dicção de Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Cunha (2018, p. 87): “A solução parece não ser mais focar em procedimentos especiais, mas nas técnicas especiais. Assim, passou-se do direito ao procedimento especial ao direito à técnica processual especial, não necessariamente embutida num procedimento especial; ou do procedimento especial obrigatório à técnica processual especial obrigatória, que pode ser observada no próprio procedimento comum. De fato, parece ser mais adequado ao Direito Processual contemporâneo ir pelo caminho de permitir a veiculação de uma pluralidade de técnicas processuais diferenciadas em um mesmo procedimento, seja este comum ou especial”.

do procedimento comum, em relação de complementariedade e trânsito de mão dupla.

Assim, o procedimento dos juizados especiais, como uma espécie de procedimento especial, amparado no citado art. 327, § 2.º, do CPC, pode se valer de técnicas e normas do procedimento comum para a resolução das questões que lhe são submetidas. Assim também o procedimento dos juizados pode fornecer técnicas ao procedimento comum, aperfeiçoando a tutela desse procedimento geral.

### 1.3 SEGURANÇA JURÍDICA EM PROCESSOS FLEXÍVEIS, SIMPLES E INFORMAIS

Outra premissa importante, que é preciso desenvolver, é a necessidade de garantir segurança jurídica, mesmo em um processo flexível, simples e informal.

Antes, porém, é importante distinguir um processo de procedimento flexível de um processo de procedimento rígido. O procedimento rígido é aquele que entrega pouca margem à possibilidade de adaptabilidade a ser promovida pelas partes, pelo juiz ou pelas circunstâncias da relação jurídica de direito material. São procedimentos preestabelecidos pelo legislador, calcados numa visão universalizante e que serviria para todo e qualquer caso.<sup>130</sup>

Por sua vez, o procedimento flexível é aquele que permite a adaptabilidade ao caso concreto, em que o legislador estabelece paradigmas legais amplos, facultando a adaptabilidade pelas partes, pelo juiz ou diante das circunstâncias do caso em análise.<sup>131</sup>

---

130 Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Cunha (2018, p. 37) apontam que, “Na verdade, na visão tradicional, os procedimentos são todos rígidos e inflexíveis. Quanto mais rígido, mais previsível o procedimento, atendendo as exigências da segurança jurídica, primado do paradigma racionalista, cuja metodologia buscava aproximar-se das ciências naturais e matemáticas”.

131 Um dos princípios de grande relevo, no que tangencia a flexibilização do procedimento é o da adequação. Galeno Lacerda (1976), em clássico texto sobre o referido princípio, esclarece que ele pode atingir três esferas, a adaptabilidade subjetiva, ligada aos sujeitos da relação envolvidos no processo; ao objeto, ligado à relação entre Direito Material debatido e finalidade, concernente ao fim em que se busca no processo. A doutrina elenca, ainda, a distinção entre princípio da adequação e princípio da adaptabilidade do procedimento: “Fala-se em *princípio da adequação* para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador, para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material; e *princípio da adaptabilidade* (da flexibilização ou da *elasticidade processual*) para designar a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa” (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020). Garjardoni e Zufelato elencam, também, três espécies de adaptabilidade procedimental: a adaptação legal (legislativa), a adaptação judicial (promovida pelo juiz) e a adaptação feita pelas partes (art. 190, do CPC). Destacam, ainda, que o CPC de 2015,

Nesse sentido, é possível compreender-se que o processo comum brasileiro, a partir do CPC/2015, adotou um modelo flexível. Doutrina abalizada assim leciona:

Tolera-se, doravante de modo expresso, a combinação do procedimento padrão (comum) com os procedimentos especiais, em verdadeira admissão, neste quadrante, do *modelo da flexibilização legal genérica* a que já nos referimos, em que caberá ao juiz, observadas as condicionantes do item precedente (finalidade, contraditório e motivação), eleger atos do procedimento especial que, em sendo compatíveis com o procedimento comum, podem ser aplicados para processamento e julgamento de um ou mais dos pedidos cumulados (que, se processados autonomamente, gozariam do procedimento especial e das suas técnicas diferenciadas) (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020).

Em sentido semelhante, Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo Cunha (2018, p. 78) ensinam que “[...] o Código tem a tônica da flexibilidade do procedimento das formalidades dos atos processuais, seja uma flexibilidade operada pelo juiz (*case management*), seja pelas partes (negócios processuais)”.

Portanto, o procedimento comum brasileiro é flexível. Entretanto, mesmo existindo flexibilidade, não significa que o procedimento abdique da segurança jurídica. Há segurança jurídica com a previsibilidade<sup>132</sup> e as diversas possibilidades previamente estabelecidas pelas diferentes formas para a resolução de uma causa através do Código de Processo Civil.<sup>133</sup>

---

ao contrário do CPC de 1973, que adotou um modelo rígido, passou a acolher um modelo legal genérico, mais flexível (vide artigos 355; 334, § 4.º; 932, IV c/c 1.011, I, todos do CPC/2015).

132 Antonio do Passo Cabral (2014, p. 315-316), sustentando a ideia de segurança e continuidade jurídica, não dispensa a necessidade de previsibilidade: “São vários os aspectos ou características da segurança compreendida no conceito de continuidade jurídica. O primeiro deles é a previsibilidade, que tem um lado objetivo e outro subjetivo. Na dimensão subjetiva, a previsibilidade significa calculabilidade, uma característica há muito admitida como componente da segurança jurídica. [...] Além disso, na vertente da segurança-continuidade, a previsibilidade pretende ainda uma proteção da confiabilidade do ordenamento jurídico. Trata-se da confiança de que a ordem jurídica é composta não de um amontoado de regras e atos descoordenados, não de um emaranhado de pontos perdidos, mas sim de um sistema coeso e coerente, que autoriza projeções futuras e avaliações da repercussão dos atos praticados no passado. Incorpora-se à segurança jurídica não apenas um significado *ex post*, referente à constância e estabilidade dos atos pretéritos já praticados, mas também um elemento *ex ante*, assumindo importante viés prospectivo. E estes aspectos não têm relevância puramente individual, refletindo-se também na própria estabilidade do tráfego jurídico a partir do que se pode retratar como a dimensão objetiva da previsibilidade [...]. Mas esta dimensão objetiva da previsibilidade só é assegurada se o sistema como um todo é dotado de coerência”.

133 Discorrendo longamente sobre o processo civil brasileiro, segurança jurídica e o CPC-2015, Paulo Mendes de Oliveira (2018, p. 167) assevera que “um processo seguro não é somente

No caso dos juizados especiais, o procedimento também é flexível, pois vigem, expressamente, os princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade (art. 2.º da Lei n. 9.099/95). Contudo, à semelhança do que ocorre no procedimento comum, a flexibilidade não significa insegurança ou a condução de um processo sem um grau de previsibilidade.

Acrescente-se que os princípios da informalidade e da simplicidade, conquanto apontem para a ausência de forma rígida do ato processual ou do procedimento, não afastam do processo dos juizados a dogmática jurídica acompanhada, também, da previsibilidade.

É preciso pontuar, ainda, que a prática nos juizados especiais fez nascer, pela sua reiteração, um Direito Processual consuetudinário,<sup>134</sup> não previsto, expressamente, em lei, mas aceito pelos julgadores (juízes leigos e togados, bem como pelas turmas recursais). Não é o foco deste trabalho tratar do Direito Processual costumeiro muito presente nos juizados especiais, mas apontar que, mesmo sendo costumeiro, há segurança jurídica para a prática dos atos.

Em comparação entre processo civil comum e procedimento dos juizados especiais, é preciso dizer que ambos são flexíveis, mas o procedimento dos juizados comporta ainda maior grau de flexibilidade, com informalismo e simplicidade. E essas características, reitere-se, não afastam a segurança jurídica necessária, com previsibilidade sobre os procedimentos e as técnicas processuais adotadas.

É com fundamento em tais premissas de um processo flexível, informal e simples que se defenderá, neste trabalho, a possibilidade de arguição, por qualquer instrumento jurídico, da ineficácia da sentença transitada em julgado que contenha tese declarada inconstitucional pelo STF.

## 2 A COISA JULGADA NOS JUIZADOS ESPECIAIS

A coisa julgada no procedimento dos juizados especiais, em comparação à coisa julgada no processo civil comum, possui as mesmas características.<sup>135</sup>

---

aquele que garante a bilateralidade de instância por meio de expedientes técnicos e neutros às circunstâncias do seu tempo. Ao contrário, a segurança processual depende das circunstâncias sociais e jurídicas presentes em dado tempo e espaço, de maneira a tornar o processo um instrumento que corresponda às expectativas da sociedade quanto à forma do exercício do poder estatal e que seja um instrumento que atinja os seus objetivos com eficiência. Segurança processual compreende, portanto, tutela efetiva, com respeito às garantias fundamentais dos cidadãos”.

134 Portanto, um Direito Processual consuetudinário que, pela sua repetição, é fonte de norma jurídica processual (SOUZA, 2019).

135 Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 840-841) sustenta: “A sumariedade da cognição no processo dos juizados especiais e a simplicidade de seu procedimento (elementos que o qualificam como processo diferenciado) não interferem na aptidão que a sentença de mérito ali proferida tem de ficar oportunamente coberta pela autoridade da coisa julgada. São circunstâncias que não

Também a partir de tal consideração, pode-se sustentar que a técnica de arguição de ineficácia do título transitado em julgado que possua tese declarada inconstitucional pelo STF, contida nos arts. 525, § 12, e 535, § 5.º, ambos do CPC, deve, igualmente, ser transferida aos e utilizada nos juizados especiais, adotando-se o trânsito de técnicas.

## 2.1 A COISA JULGADA CONTENDO TESE INCONSTITUCIONAL

Tema muito debatido na doutrina diz respeito à coisa julgada que contém tese inconstitucional. Por um lado, já se defendeu que a coisa julgada inconstitucional poderia ser rescindida a qualquer tempo (DELGADO, 2001; DINAMARCO, 2003, p. 24; THEODORO JÚNIOR.; FARIA, 2008, p. 179-223).<sup>136</sup> Por outro, já se alertou para as perigosíssimas consequências e a insegurança que é defender a possibilidade de rescisão de decisão transitada em julgado por vício de inconstitucionalidade.<sup>137</sup> Tem prevalecido que a coisa julgada inconstitucional somente deve ser rescindida nas hipóteses expressamente previstas em lei. É o que ocorre na situação de o STF declarar, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, uma determinada tese como inconstitucional ou contrária à Constituição. Nesses casos, poder-

---

diminuem a segurança com que o juiz sentencia nem geram insegurança para as partes litigantes. Por isso, nenhuma ressalva fez a lei especial e, conseqüentemente, têm plena aplicação os preceitos do direito processual comum disciplinadores da coisa julgada material, seus pressupostos, seus limites [...]”.

136 DELGADO, 2001; DINAMARCO, 2003, p. 24. THEODORO JÚNIOR.; FARIA, 2008, p. 179-223. Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria (2020, p. 686) resumem as posições: “O primeiro a suscitar a tese da relativização da coisa julgada no Brasil foi José Augusto Delgado, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça. Defendeu a partir da sua experiência na análise de casos concretos, a revisão da carga imperativa da coisa julgada toda vez que afrontasse a moralidade, a legalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, ou se desafinasse com a realidade dos fatos. A lição foi difundida por autores como Humberto Theodoro Jr., Juliana Cordeiro e Candido Rangel Dinamarco”.

137 Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria (2020, p. 689) alertam: “Permitir a revisão da coisa julgada por um critério atípico é perigosíssimo. Esquecem os adeptos dessa corrente que, exatamente por essa especial característica do direito litigioso, àquele que pretende rediscutir a coisa julgada bastará alegar que ela é injusta/desproporcional/inconstitucional. E, uma vez instaurado o processo, o resultado é incerto: pode o demandante ganhar ou perder. Ignora-se esse fato. O resultado do processo não se sabe antes do processo; a solução é, como disse, construída. É por isso que a ação rescisória (instituto que é a síntese de vários meios de impugnação das sentenças desenvolvidos em anos de história da civilização contemporânea) é típica e tem prazo para ser ajuizada. A coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la”. Excelente painel sobre o tema com diversas visões doutrinárias sobre o assunto, mas, em sua maioria, os autores são refratários à ideia de relativização da coisa julgada fora das hipóteses legais, na obra coletiva. No mesmo sentido Leonardo Greco, Gisele Góes, Nelson Nery Jr., Luiz Guilherme Marioni, dentre outros (DIDIER JR., 2008).



-se-ia invocar a decisão do Supremo Tribunal Federal para rescindir decisão transitada em julgado ou pugnar pela ineficácia do título executivo.

O presente estudo tem como objetivo tratar exatamente dessa hipótese de coisa julgada com tese inconstitucional, declarada e reconhecida pelo STF, como contrária à Constituição.

Ainda sob a égide do CPC de 1973, foram inseridas as disposições dos arts. 741, parágrafo único,<sup>138</sup> e 475-L, §1.º,<sup>139</sup> em que se permitiu alegar inexigibilidade do título executivo pela via da impugnação ou dos embargos à execução, caso o título contivesse tese inconstitucional.

A inovação foi alvo de intenso debate, passando alguns doutrinadores a defender que essa seria uma nova hipótese de rescisão da decisão transitada em julgado, e não simples declaração de inexigibilidade, pela via dos embargos à execução ou impugnação. Todavia, parece-nos que a hipótese pode ser de simples ineficácia ou inexigibilidade do título executivo, bem como de rescisão, a depender do tipo de tutela que se objetiva (simples declaração de inexigibilidade pela via de exceção, na execução, ou desconstituição, pela via da ação rescisória).

É possível encontrar, pelo menos, quatro posições doutrinárias em relação ao enquadramento da decisão transitada em julgado que se apresenta posteriormente contrária à decisão do STF sobre a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Araken de Assis (2008)<sup>140</sup> defende, por exemplo, que, com a previsão da tese inconstitucional a ser impugnada por embargos ou impugnação ao cum-

138 “Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: [...] II - inexigibilidade do título; [...] Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 11.232, de 2005) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)” (BRASIL, 2015).

139 “Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (...)II – inexigibilidade do título: [...] §1º Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)” (BRASIL, 2015).

140 A remissão àqueles incisos esclarece que o juízo de inconstitucionalidade da norma, na qual se funda o provimento exequendo, atuará no plano da eficácia: em primeiro lugar, desfaz a eficácia de coisa julgada, retroativamente; ademais, apaga o efeito executivo da condenação, tornando inadmissível a execução. Embora não se reproduza, integralmente, o §79-2 da Lei do Bundesverfassungsgericht, o qual ressalva a subsistência do julgado contrário à Constituição, trata-se de consequência natural de o fenômeno se passar no terreno da eficácia. Assim, a procedência dos embargos não desconstituirá o título e, muito menos, reabrirá o processo já encerrado. [...] Assim, o art. 741, parágrafo único, e o art. 475-L, § 1º, tornam *sub conditione* a eficácia de

primeto de sentença, a decisão transitada em julgado estaria sob condição. Assim, a tese declarada inconstitucional pelo STF passaria a tornar o título ineficaz, por meio da impugnação ou dos embargos à execução.

Eduardo Talamini (2008), por sua vez, em sentido contrário, explica que a tese declarada inconstitucional pelo STF não seria uma hipótese de inexistência, mas que atingiria a justiça da decisão,<sup>141</sup> por isso uma nova causa de rescisão. No mesmo sentido, defendendo ser causa de rescisão do título transitado em julgado, Nelson Nery Jr., citado por Talamini (2008).<sup>142</sup>

Ainda, há uma terceira corrente apontando que a hipótese seria de reconhecer que a sentença se baseou em uma norma jurídica inexistente, por ter sido declarada inconstitucional com eficácia *ex tunc* pelo STF, consoante defendem Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2008),<sup>143</sup> os quais asseveram que seria hipótese de sentença juridicamente inexistente.

---

coisa julgada do título judicial que, preponderante ou exclusivamente, serviu de fundamento da resolução do juiz. Pode-se dizer, então, que toda sentença assumirá uma transparência eventual, sempre passível de ataque via embargos ou impugnação. E a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a incomum e a insólita característica de surgir e subsistir *sub conditione*. A qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do art. 467. E isto se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória (art. 495)” (ASSIS, 2008, p. 39-64).

141 “A sentença que ao decidir o mérito aplica uma norma inconstitucional, não é só por isso “nula” ou “inexistente”. Acima se viu que nem mesmo a própria lei inconstitucional pode ser considerada uma “não-lei” ou “lei inexistente”: ela existirá, conquanto inválida. Mas, a título de argumentação, ainda que pudéssemos dizer que a lei inconstitucional é uma “não lei”, um nada, nem assim poderíamos afirmar que a sentença que a aplica no julgamento do mérito é inexistente. Nem de nulidade, propriamente, padece essa sentença. Trata-se, isso sim, de sentença injusta ou errada. O defeito está no conteúdo da solução que ela dá à causa. Não reside nos seus pressupostos de existência nem de validade. Para confirmar o que ora se diz basta comparar essa hipótese com aquelas em que: (a) o juiz, por falha de interpretação, resolve a causa “aplicando” uma norma que não existe nem jamais existiu; (b) o juiz aplica uma norma que já estava revogada por ocasião dos fatos da causa. Em tais hipóteses, verdadeiramente não há norma a amparar a sentença, mas nem por isso dir-se-á que o provimento inexistente. A decisão conterá um erro in iudicando, um defeito de conteúdo. Só poderá ser revista através dos mecanismos de revisão legalmente previstos” (TALAMINI, 2008, p. 130).

142 Segundo Nelson Nery Jr., citado por Talamini (2008, p. 300): “Nesse caso os embargos têm verdadeira função rescisória, funcionando, portanto, como se fossem uma ação rescisória ajuizada no curso do processo de execução”.

143 “Portanto, segundo o que nos parece, tendo sido atendido pedido formulado pela parte com base em lei inconstitucional, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em ‘lei’ que não é lei (‘lei’ inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de

Por fim, entendendo-a ainda como espécie de nulidade, Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro<sup>144</sup> apontam que, com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, a sentença que carrega tese inconstitucional passou a ter um vício que gera invalidade.

Parece-nos que a hipótese, inicialmente introduzida do CPC de 1973 e ampliada no CPC de 2015, admitindo não apenas a impugnação ao cumprimento de sentença, mas também a ação rescisória de sentença transitada em julgado que carrega tese inconstitucional declarada pelo STF, tanto pode ser declarada ineficaz quanto pode ser rescindida, a depender do meio de impugnação adotado, já que o ordenamento jurídico processual criou ambas as hipóteses.

Observe-se que a declaração de inconstitucionalidade de uma tese cria, no sistema jurídico, a possibilidade de apresentação, em face do título transitado em julgado, de uma nova situação jurídica, a saber, a declaração de ineficácia desse título. Nesse sentido, uma decisão transitada em julgado, com tese inconstitucional declarada pelo STF, não deixa de existir enquanto sentença, nem possui nulidade (a coisa julgada, inclusive como preclusão máxima, acoberta eventuais nulidades), mas pode não ter eficácia, sendo, pois, inexigível, diante da impugnação ou da demonstração de que possui tese contrária à Constituição. Portanto, foi criada essa hipótese que gera a situação jurídica de ineficácia do título. Atinge-se, no plano da eficácia, a sentença ou acórdão transitados em julgados.<sup>145</sup>

O título executivo possui, como características, a liquidez, a certeza e a exigibilidade. Nesse sentido, a situação jurídica criada com a tese declarada

agir, em casos como esse, nasceria, não da *necessidade*, mas da *utilidade* da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar autoridade de coisa julgada” (WAMBIER; MEDINA, 2008. p. 388)

144 “Dúvida não mais pode subsistir que a coisa julgada inconstitucional não se convalida, sendo nula e, portanto, o seu reconhecimento independe de ação rescisória e pode se verificar a qualquer tempo e em qualquer processo, inclusive na ação incidental de embargos à execução” (THEODORO JÚNIOR.; FARIA, 2008, p. 196-197).

145 Em sentido contrário, Eduardo Talamini (2008, p. 141-142), sustentando que, no plano da eficácia ao qual estaria submetido às condições e ao termo, somente incidiria antes da exigibilidade do título: “Afinal, o título é inexigível quando a obrigação nele representada ainda não precisa ser cumprida, eis que pendente termo ou condição. E isso nada tem a ver com a hipótese prevista na regra em exame, seja qual for a interpretação que se lhe dê. Ao que tudo indica, a alusão que o dispositivo faz a “inexigibilidade” foi uma tentativa (inútil e atécnica) do “legislador” de enquadrar a nova hipótese de embargos em alguma das categorias já existentes, para assim diminuir as censuras e a resistência à inovação”. Olvida-se o doutrinador de que as condições resolutive atingem o plano da eficácia a partir de situações jurídicas posteriores à exigibilidade do negócio, não havendo óbice para que uma situação eficaz prevista pela lei ocorra posteriormente à formação do título executivo. Trata-se de opção legislativa operando no plano da eficácia, negando exigibilidade posterior à formação do ato jurídico.

pelo STF como inconstitucional irá retirar a exigibilidade do título judicial, mediante, a princípio, impugnação.

Contudo, essa mesma decisão do STF pode ser fundamento para ação rescisória, pois o precedente proferido pelo STF possui uma norma jurídica, a saber, a *ratio decidendi*, que, ao ser violada, dá ensejo à possibilidade de ação rescisória com fundamento no art. 966, V, do CPC (a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando “violar manifestamente norma jurídica”). Nesse caso, mediante ação rescisória, a tese acolhida pelo STF não atingirá, apenas, o plano da eficácia, mas irá desfazer a própria existência do título transitado em julgado, proferindo-se em seu lugar uma nova decisão.

O regime jurídico adotado pelo CPC para um mesmo fato jurídico, a saber, tese declarada inconstitucional pelo STF, é dúplice. Pode ensejar o pleito de declaração de ineficácia ou inexigibilidade, por meio da impugnação ao cumprimento de sentença, se a tese foi declarada inconstitucional antes do trânsito em julgado da sentença exequenda (arts. 525, §§ 12 e 14, 535 §§ 5.º e 7.º, do CPC), ou a rescisão, ataque à existência e constituição do título, visando ao desfazimento deste, por meio de ação rescisória, por violação à *ratio decidendi* do precedente do STF, nas situações em que a tese foi declarada inconstitucional após o trânsito em julgado da sentença exequenda.

## 2.2 A VEDAÇÃO AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

O microsistema dos juzados especiais foi concebido com o objetivo de dar celeridade às causas de menor complexidade e de baixo valor econômico. Assim, tem como seus princípios reitores a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Nesse ensejo, o legislador vedou, expressamente, a utilização da ação rescisória, no art. 59 da Lei n. 9.099/95, com a seguinte dicção: “[...] não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei” (BRASIL, 1995).

A ação rescisória é utilizada para desconstituir decisão judicial transitada em julgado que ofender manifestamente a norma jurídica: se se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; se for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; se resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou ainda de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; se ofender a coisa julgada; se for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; se obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado,

prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; e se for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos (art. 966 do CPC e seus incisos).

Isso implica dizer que o ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Código de Processo Civil, criou instrumento ou remédio para combater diversas anomalias injurídicas, contrárias ao ordenamento jurídico, contidas em decisão judicial transitada em julgado.

Ao vedar a utilização da ação rescisória, no âmbito do microsistema dos juizados, amparado na celeridade<sup>146</sup> e na busca de efetividade do processo, o legislador ignorou que as decisões judiciais proferidas com esteio no procedimento dos juizados especiais seriam passíveis de serem produzidas com um dos defeitos ensejadores das ações rescisórias. Ou, quiçá, a *voluntas legislatoris* estivesse sopesada entre a celeridade e a possibilidade de eventuais decisões defeituosas passíveis de ações rescisórias, e tivesse optado por fazer prevalecer a celeridade.

Contudo, o fato de o legislador haver vedado, textualmente, o uso da ação rescisória não implica dizer que outros meios de rescisão, ou mesmo impugnação em face da eficácia do título judicial, amparados pelo ordenamento jurídico, não possam ser utilizados. É o que ocorre, por exemplo, na utilização da denominada *querela nulitatis*, que, igualmente, é ação peculiar que ataca o título transitado em julgado com o fim de extirpar do sistema jurídico um vício de ausência de participação no processo.

Alexandre Freitas Câmara (2012)<sup>147</sup> tem defendido a utilização da *querela nulitatis*, normalmente utilizada no âmbito do procedimento comum, como meio adequado a desconstituir a sentença produzida no sistema dos juizados especiais. A proposta, conquanto bem interessante, não tem sido acolhida pelos tribunais, que veem na opção uma forma de substituição inadequada do uso da ação rescisória. De outro turno, é importante pontuar que a *querela nulitatis* é ação que tem como odesiderato afastar vício de inadequada participação no processo, encontrando também esse óbice em relação a sua utilização.

É importante rememorar, também, que já se tentou utilizar o mandado de segurança como sucedâneo de ação rescisória, no âmbito dos juizados

---

146 Explica Ricardo Cunha Chimenti (2012, p. 335): “A vedação à ação rescisória encontra respaldo nos princípios norteadores do Sistema Especial, principalmente no princípio da celeridade”.

147 “A *querella nullitatis* passou a ser, pois, o meio processual adequado para pleitear-se a declaração de ineficácia da sentença transitada em julgado que tenha sido proferida com violação a norma constitucional. No sistema dos juizados especiais Cíveis, em todos os casos em que a sentença de mérito, transitada em julgado, tenha sido proferida com violação a norma constitucional ou em qualquer dos casos previstos no art. 485 do CPC” (CÂMARA, 2012, p. 154).

especiais, o que não tem sido aceito, majoritariamente, pelas turmas recursais.<sup>148</sup>

É certo que o art. 59 da Lei n. 9.099/95 foi criado, como dito antes, amparado na celeridade e com o objetivo de que a ação rescisória não fosse utilizada como mais um “recurso”, como abusivamente, por vezes, acontece. Ainda mais levando-se em consideração que, por se tratar de pequenas causas, o valor do depósito – requisito indispensável para o ajuizamento da rescisória, calculado sobre o valor da causa – poderia ser facilmente realizado, banalizando, por conseguinte, o instituto.

Assim, de maneira geral, a ação rescisória, até o momento, é de utilização vedada no sistema dos juizados especiais, em razão da dicção do art. 59. Diz-se até o momento porque tramita no STF a ADPF n. 615, que suspendeu a execução de várias ordens de pagamento de pequeno valor, que possuíam fundamento em tese inconstitucional, e o STF poderá adotar o princípio da supremacia da Constituição e compreender que, em situações excepcionais, a ação rescisória será cabível no microsistema dos juizados especiais.

A referida ADPF, de relatoria do ministro Roberto Barroso, teve apreciação e deferimento da medida cautelar:

**Ementa:** DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONJUNTO DE DECISÕES JUDICIAIS QUE REJEITAM ARGUIÇÕES DE INEXEQUIBILIDADE DE SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS TRANSITADAS EM JULGADO ANTES DE DECISÃO CONTRÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSSÍVEL VIOLAÇÃO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. CAUTELAR DEFERIDA. 1. A coisa julgada mereceu importante proteção constitucional em nome da segurança jurídica e outros preceitos constitucionais. Não constitui, porém, direito absoluto, como reconhecido pela legislação e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. De fato, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) prevê que, antes de consumada a execução, é possível arguir a “inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação” quando o fundado em lei ou ato considerado inconstitucional (art. 535, III e §5º). Embora o dispositivo se refira à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sua lógica se aplica à decisão do Tribunal de Justiça proferida em ação direta. 3. Ademais, prevê o CPC/2015 a possibilidade de ação rescisória, se o julgamento de inconstitucionalidade tiver sido proferido após o trânsito em julgado da decisão exequenda. Nessa hipótese, o prazo será contado da data da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 535, §8º). 4. Como se vê, o Sistema Jurídico Brasileiro prevê, expressamente, a ponderação da coisa julgada com a supremacia da Constituição que, mais do que um princí-

---

148 Súmula n. 268 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

pio, é uma premissa lógica dos modelos de Constituição Rígida. 5. Diante disso, é plausível a tese de que o art. 59 da Lei 9.099/99 – que inadmitte ação rescisória nas causas processadas perante os juizados especiais – não é impeditivo de se arguir, antes de consumada a execução, a ocorrência de coisa julgada inconstitucional. Assim sendo, a impugnação do título executivo deve ser apreciada. 6. Perigo da demora configurado dada a iminência de o Distrito Federal ter sequestrados cerca de R\$ 70 milhões para quitar mais de 8.500 RPVs, expedidas pelos juizados especiais da Fazenda Pública locais. 7. Deferimento da cautelar, para suspender todos os processos em quaisquer fases, incluindo a execução de decisões transitadas em julgado, que envolvam a extensão da Gratificação de Atividade de Ensino Especial - GAEE a professores que não atendiam ou não atendiam exclusivamente a alunos portadores de necessidades educativas ou em situações de risco e vulnerabilidade, consoante o disposto no art. 21, §3º, I, da Lei Distrital n. 4.075/2007, e no art. 20, I, da Lei Distrital n. 5.105/2013.

Contudo, independentemente do que venha a decidir o STF, o certo é que se entende ser plenamente aplicável aos juizados especiais a declaração de ineficácia de título executivo amparada em norma declarada inconstitucional pelo STF, mediante impugnação ou embargos (arts. 525, § 12, e 535, § 5.º, do CPC).

Esses dispositivos permitem, pelo menos no âmbito dos juizados especiais da Fazenda Pública, a utilização da impugnação ou embargos para apontar a ineficácia do título executivo amparado em norma inconstitucional, se a decisão do STF é anterior a sentença ou acórdão com tese inconstitucional. Se a decisão do STF que declarou a tese inconstitucional é superveniente à sentença ou a acórdão transitados em julgado, seria o caso de ação rescisória, mas como esta é vedada no âmbito dos juizados, defende-se que a arguição de inexigibilidade pode ser feita por qualquer meio, inclusive, simples petição, desde que o título ainda não tenha sido satisfeito (ou pago). É o que se passa a desenvolver no item a seguir.

### **2.3 A ARGUIÇÃO DE ACÓRDÃO OU SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS**

Sobre a declaração de inconstitucionalidade o sistema geral do CPC, como esclarecido anteriormente, criou duas situações distintas para que se possa arguir a ineficácia do título transitado em julgado, a saber: se o julgado (sentença ou acórdão transitado em julgado) é posterior e contrário à decisão do STF que consagra alguma (in)constitucionalidade, seria o caso de arguir a ineficácia do título mediante a impugnação de sentença (arts. 525, §12, e 535, § 5.º, do CPC); todavia, se o acórdão do STF for posterior à sentença ou decisão judicial transitada em julgado, trata-se de situação que empolga o manejo de ação rescisória.

Entretanto, no âmbito dos juizados especiais, a ação rescisória é incabível, o que poderia levar à conclusão de que não há meio adequado para impugnar a eficácia da sentença ou acórdão transitados em julgado amparados em tese declarada inconstitucional, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença ou acórdão.

Nada obstante, o que se extrai da legislação dos juizados especiais são os princípios da *informalidade e da simplicidade*, o que implica dizer que, mesmo existindo a previsão expressa de vedação à ação rescisória, a decisão transitada em julgado contendo tese inconstitucional pode ser combatida por qualquer meio, simples petição, impugnação, recurso etc.

A digressão tem importância relevante, pois a decisão transitada em julgada estadeada em tese inconstitucional, com declaração de inconstitucionalidade posterior ao trânsito em julgado, ficaria sem meio adequado para seu pedido de ineficácia, uma vez que o CPC estabelece que o meio adequado é a ação rescisória (art. 525, § 15, e art. 535, § 8.º, ambos do CPC/2015).

A prevalecer tal lógica, estaríamos diante de um sistema jurídico desordenado, na seara dos juizados especiais, pois as decisões com teses inconstitucionais, se proferidas depois da decisão do STF, poderiam ser remediadas através da impugnação de sentença. Entretanto, se a decisão do STF vier de maneira superveniente reconhecendo a inconstitucionalidade da tese contida em uma sentença ou acórdão transitados em julgado, a solução da via estabelecida para o procedimento comum, a saber, a ação rescisória, estaria vedada, no âmbito dos juizados, em razão do multicitado art. 59 da Lei n. 9.099/95. Por tal motivo, defende-se que, no âmbito dos juizados especiais, o acórdão ou sentença transitados em julgado que carregam tese inconstitucional podem ser neutralizados por *simples petição* ou alegação nos autos, com esteio na simplicidade e informalidade – art. 2.º da Lei 9.099/95.

Aqui se tem uma distinção a ser considerada. À semelhança do que ocorre com a impugnação (arts. 525 §§ 12 e 14, e 535, §§ 5.º e 7.º, do CPC), quando a decisão do STF é anterior ao acórdão ou sentença que carregam tese inconstitucional, o objetivo da impugnação é apontar a inexigibilidade do título executivo, portanto, destituí-lo de eficácia e exigibilidade (art. 525, III, do CPC). Mas essa impugnação não possui a aptidão de rescindir ou desconstituir o título judicial, o que somente seria possível pela via da ação rescisória. Nesse sentido, diz-se que o título transitado em julgado é exigível até o dia em que se declare a sua ineficácia. Portanto, se já foi realizada a satisfação ou o cumprimento desse título judicial, através do pagamento, a declaração de ineficácia não terá o condão de devolver valores eventualmente já satisfeitos.

Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha (2020, p. 616) esclarecem no mesmo sentido:



A distinção é importante. A impugnação apenas reconhece a inexigibilidade do título e impede o cumprimento da sentença, não tendo o condão de desfazê-la, nem de permitir que haja, por exemplo, a repetição do que já foi pago voluntariamente. Se o executado pretende receber o que pagou voluntariamente, terá de ajuizar ação rescisória para desfazer ou rescindir a decisão exequenda e, então, repetir o valor pago.

Portanto, no âmbito dos juizados especiais, é possível invocar subsidiariamente os arts. 525, §§ 12 e 14, e 535, §§ 5.º e 7.º, do CPC e, mediante impugnação, arguir a inexigibilidade de decisão transitada em julgada que contraria declaração de tese de (in)constitucionalidade pelo STF, sendo essa tese anterior ao trânsito em julgado da sentença ou acórdão. Contudo, se a tese de (in)constitucionalidade, por meio de declaração do STF, vier de maneira posterior à decisão já transitada em julgado, e inexistindo nos juizados a ação rescisória, são inaplicáveis os art. 525, § 15 e art. 535, § 8.º, do CPC. Porém, mediante a técnica da informalidade e da simplicidade, a inexigibilidade pode ser arguida por qualquer meio, impugnação, simples petição, recurso, desde que o título ainda não tenha sido satisfeito.

A tese aqui defendida foi ventilada no Processo n. 8002576-45.2019.8.05.0001 e encontrou amparo no âmbito dos juizados especiais da Fazenda Pública, em Salvador, que declarou ineficaz o título executivo judicial transitado em julgado sobre o qual sobreveio acórdão do STF, em controle difuso de constitucionalidade, que declarou a tese que fundamentava a decisão transitada em julgado como inconstitucional. Veja-se:

8002576-45.2019.8.05.0001

AUTOR: FERNANDA DE KACIA DOS SANTOS LEITE. RÉU: MUNICÍPIO DE SALVADOR.

Vistos, etc.

Relatório dispensado.

Razão assiste a executada. Em verdade o título judicial que embasa a presente execução tornou-se inexecutável diante do quanto decidido pelo STF no AG.REG no Rec Extraordinário 1.264.117, quando o eminente Relator Min. Alexandre de Moraes restabeleceu, *in totum*, a sentença monocrática deste juízo que deu pela improcedência do pedido. Desta forma acolho a impugnação manejada pelo Município e extingo a execução pela inexecutabilidade do título exequendo.

Proceda ao arquivamento dos autos com baixa no sistema.

Intimados via sistema.

Salvador, 27 de junho de 2020

Josevando Souza Andrade

Juiz de Direito.

Em nosso entendimento, repita-se, amparado na simplicidade e na informalidade, a alegação de inexigibilidade da decisão transitada em julgado que se ampara em tese inconstitucional pode ser feita por qualquer meio – *uma simples petição*, por exemplo –, adotando-se a mesma técnica da objeção de pré-executividade.

Contudo, como ressaltado, se o acórdão ou decisão transitados em julgado já tiverem sido satisfeitos, a simples alegação de ineficácia não seria suficiente. Nesse caso, o título ficaria imune à rescisão, pois a hipótese de vedação é textualmente prevista pelo art. 59 da Lei n. 9.099/95. Poderá, contudo, o STF, abrir um caminho ainda não trilhado, a partir da decisão final da citada ADPF n. 615.

#### **2.4 O TRÂNSITO DE TÉCNICAS PARA ARGUIR-SE A INEFICÁCIA DO TÍTULO EXECUTIVO TRANSITADO EM JULGADO NO PROCEDIMENTO COMUM**

Amparados na exegese dos arts. 327, § 2.º e 1.049, parágrafo único, ambos do CPC, Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha (2018) têm defendido que o novo CPC consagrou um procedimento comum flexível em que é possível haver o trânsito de técnicas dos procedimentos especiais para o procedimento comum, bem como o revés, o trânsito de técnicas próprias do procedimento comum serem utilizadas nos procedimentos especiais.

Sobre o trânsito de técnicas dos procedimentos especiais para o procedimento comum, e vice-versa, detalham os citados doutrinadores:

O §2º do art. 327 do CPC é, na verdade, uma cláusula geral de flexibilização procedimental. É possível importar para o procedimento comum técnicas especiais de tutela jurisdicional, mas também é possível a via inversa: importar o procedimento especial regra do procedimento comum, a fim de se concretizarem normas fundamentais (DIDIER JR.; CABRAL, 2018, p. 73).

Com fulcro nas premissas da simplicidade e da informalidade, defendeu-se no item anterior que é possível arguir por qualquer meio a ineficácia ou inexigibilidade do título executivo judicial transitado em julgado, diante da superveniência de declaração conflitante de tese de (in)constitucionalidade pelo STF.

Essa técnica de arguição, por qualquer meio, de ineficácia do título estadeado em tese declarada inconstitucional, no âmbito dos juizados especiais, vindo a ser consagrado pela jurisprudência, poderá ser exportada para o procedimento comum, para nele também se viabilizar a arguição de ineficácia da decisão, por qualquer meio, invocando-se, para tanto, o trânsito de técnicas estatuído nos arts. 327, § 2.º e 1.049, parágrafo único, ambos do CPC.

A tese é polêmica e parece encontrar óbice no dogma da necessidade intransponível da ação rescisória para atacar o título judicial transitado em julgado.<sup>149</sup> Contudo, a flexibilidade do procedimento comum, sem olvidar a segurança jurídica, admite que essa arguição de ineficácia do título por simples petição, por exemplo, ocorra sem qualquer ofensa ao devido processo legal. Nesse sentido, a permissão de arguição por simples petição, com amparo no trânsito de técnicas do procedimento especial dos juizados para o procedimento comum, em nosso compreender, vai exatamente ao encontro de um processo que respeita a celeridade e a segurança jurídica.

Observa-se que, no procedimento comum, a teor dos arts. 525, § 15, e art. 535, § 8.º, do CPC, a previsão é de ação rescisória, que pode ser ajuizada em até dois anos, após a decisão do STF que declarou a (in)constitucionalidade da tese, tornando o acórdão ou sentença transitada em julgada passível de ineficácia e rescisão. Ora, se a decisão ainda não foi satisfeita, ou seja, se o título executivo ainda não foi consumado, não há óbice para que se argua a ineficácia desse título, mediante simples petição, obedecendo-se ao prazo de dois anos, que seria o mesmo para uma ação rescisória.

Explica-se mais detidamente. Se é possível o ajuizamento de ação rescisória no prazo decadencial de dois anos, a partir do trânsito em julgado da decisão do STF (arts. 525, § 15, e art. 535, § 8.º, do CPC), para desconstituir acórdão ou sentença que carrega tese supervenientemente declarada inconstitucional, igualmente é possível, ao menos, a simples declaração de ineficácia, desde que o título judicial, como acima mencionado, ainda não tenha sido satisfeito. Caso o título já tenha sido cumprido e realizado, a única via cabível seria a ação rescisória, pois esta sim teria o condão de desconstituir o título e permitir um novo julgamento com a repetição do valor pago.

A possibilidade é de interesse, notadamente da Fazenda Pública em juízo, que, tendo inúmeros títulos judiciais na fila para pagamento de requisição de pequeno valor (RPV) ou de precatório, poderá, por meio de simples petição, pleitear a ineficácia do título que ampara as diversas ordens de pa-

---

149 Leonardo Greco (2008), por exemplo, faz severas críticas às hipóteses elasticizadas, no Direito brasileiro, para o ajuizamento da ação rescisória. Para ele, a inovação da utilização da impugnação com base em tese declarada inconstitucional pelo STF não encontrava respaldo da Constituição; seria uma hipótese inconstitucional. Para ele, “[...] a segurança jurídica, como direito fundamental, assegurada pela coisa julgada, não permite, como regra, a propositura de ação de revisão da coisa julgada como consequência da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal” (GRECO, 2008, p. 261, grifos nossos).

gamentos, sem a necessidade do ajuizamento de múltiplas ações rescisórias idênticas, respeitando-se, por evidência, os princípios do contraditório e da ampla defesa em face do credor do título, que poderá alegar que a causa que gerou a inconstitucionalidade não é idêntica à sua, pugnano pela higidez e constitucionalidade do seu título.

Na ADPF n. 615 relata-se a existência de inúmeros títulos transitados em julgado, no âmbito dos juizados especiais da Fazenda Pública, com débitos na ordem de 70 milhões de reais. Nesses casos, simples petições de inexigibilidade de títulos inconstitucionais poderiam ser manejadas para obstar a eficácia da decisão transitada em julgado.

O trânsito da técnica extraída do procedimento dos juizados especiais para o procedimento comum poderá, em situações como a mencionada acima, poupar o ajuizamento de, talvez, centenas de ações rescisórias, livrando o Judiciário de múltiplas ações idênticas, além de reduzir o gasto público com a dedicação de tempo e energia dos procuradores do ente público. De outro turno, até para a parte credora do título inconstitucional poder-se-ia extrair certa vantagem, pois se desincumbiria da contratação de novos honorários ou de eventual sucumbência em uma ação rescisória no procedimento comum.

Cumprе rememorar que a técnica de arguição de matéria de objeção ou reconhecível de ofício por simples petição não é estranha ao sistema jurídico, que tem admitido tais arguições mediante objeção de pré-executividade, vulgarmente conhecida como exceção de pré-executividade. Não que aqui se trate de matéria de objeção, havendo-se utilizado da comparação somente para justificar que a inexigibilidade do título amparado em tese posteriormente declarada inconstitucional também pode ser arguida por simples petição.

Em suma, não há óbice para o trânsito de técnica de simples arguição de ineficácia, a ser também utilizada no procedimento comum, com arrimo nos arts. 327, § 2.º, e 1.049, parágrafo único, ambos do CPC.

## **2.5 O PRAZO PARA PLEITEAR A DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DA SENTENÇA OU ACÓRDÃO AMPARADOS EM TESE CONTRÁRIA A ENTENDIMENTO DO STF**

A questão sobre o prazo para pleitear a ineficácia da decisão transitada em julgada amparada em tese inconstitucional pode ensejar diversos entendimentos.

Neste trabalho, tentando manter coerência com os textos do ordenamento jurídico vigente, defende-se que o pedido de ineficácia da sentença ou acórdão amparado em tese inconstitucional, além de poder ser feito por qualquer meio, tem, a princípio, o mesmo do prazo da ação rescisória, a sa-

ber, dois anos a partir da decisão do STF, para os casos em que a decisão do STF é posterior ao trânsito em julgado da sentença ou acórdão que contém tese inconstitucional; ou dois anos da prolação da sentença ou acórdão que contém tese inconstitucional, para os casos em que a decisão ou precedente do STF é anterior a tais julgados.

Por uma interpretação literal do CPC, chega-se às seguintes conclusões sobre os prazos para buscar-se a inexigibilidade ou desconstituição da sentença ou acórdão amparados em tese declarada inconstitucional pelo STF:

a) se o acórdão ou sentença com tese inconstitucional for posterior à decisão do STF, é possível insurgir-se contra o título por impugnação, no prazo de 15 ou 30 dias (para a Fazenda Pública), arguindo-se a sua inexigibilidade, ou mediante ação rescisória, em até dois anos, contados do trânsito em julgado do título executivo judicial que contém tese inconstitucional que ultraja a norma jurídica (*ratio decidendi*) que caracteriza o precedente;

b) se o acórdão ou sentença que contém tese inconstitucional for anterior à decisão do STF, será de dois anos o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, contados do trânsito em julgado decisão proferida pelo STF (arts. 525, § 15, e 535, § 8.º, do CPC).

Tem-se, portanto, sempre o prazo de dois anos, com seus respectivos marcos de contagem e termo *a quo*, para que se realize a situação mais gravosa, a saber, rescindir e desconstituir o título judicial contendo tese declarada inconstitucional, por meio da ação rescisória; ou de 15 dias, para o particular, ou 30 dias, para a Fazenda Pública, para impugnação da sentença, quando a decisão do STF for anterior ao título que contém tese inconstitucional.<sup>150</sup>

No caso de utilização da ação rescisória, a desconstituição do título carrega em si algo mais drástico do que a mera inexigibilidade conseguida por simples arguição. A desconstituição desfaz o título e pode gerar, no caso das ações desconstitutivas em face de título que contém tese inconstitucional, além da declaração de inexigibilidade, a ordem de devolução dos valores porventura percebidos com o título desfeito. Ora, se é possível o mais gravoso em um prazo de até dois anos, por que somente seria possível o menos gravoso em 15 dias, em geral, ou 30 dias, para a Fazenda pública, exclusivamente mediante impugnação?

É por isso que se defende que o prazo de dois anos também se aplica ao mero pedido de inexigibilidade, por qualquer meio, seja impugnação, seja uma simples petição, dando coerência ao sistema.

---

150 Essa hipótese é possível, inclusive, caso já ultrapassado o prazo de dois anos do trânsito em julgado do título com tese inconstitucional, desde que esteja no prazo para a impugnação, arguindo-se a simples ineficácia do título, e não a sua desconstituição.

Essa interpretação transcende a interpretação literal dos arts. 525 §§ 12 e 14, e 535, §§ 5.º e 7.º, do CPC, que admite a arguição de inexigibilidade do título que carrega tese inconstitucional somente pela via da impugnação, quando o acórdão do STF for anterior ao título com tese inconstitucional. Sustenta-se, contudo, que a mera petição serve para que se declare a inexigibilidade do título que contém tese inconstitucional, desde que ainda não tenha sido satisfeito, e respeitando-se o prazo geral para a propositura da ação rescisória.

Pontue-se, ainda, uma situação *sui generis* constante nos arts. 525, § 15, e 535, § 8.º, do CPC, em que o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória é contado a partir do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade pelo STF. A previsão literal conduz à conclusão de que a parte, inclusive quando for administração pública, poderá ajuizar ações rescisórias mesmo depois de muitos anos, desde que sobrevenha decisão do STF que reconheça como inconstitucional a tese constante de um título transitado em julgado.

Defende-se, entretanto, que o ordenamento jurídico hodierno não deveria comportar tamanha elasticidade e insegurança em derredor dessa situação jurídica. Faz-se imperioso observar o mínimo de segurança jurídica nas relações processuais, como corolário da boa-fé processual. Assim, um crédito de precatório, por exemplo, que inclusive pode ser objeto de transação, não pode ficar à mercê de insegurança temporal ilimitada. Sustenta-se, portanto, com esteio na cláusula da *supressio*,<sup>151</sup> que a administração pública poderá perder o direito de rescindir o julgado em decorrência do longo período decorrido entre o trânsito em julgado do título judicial e a declaração de inconstitucionalidade do STF.

Registre-se que o ordenamento jurídico brasileiro já traz parâmetro temporal razoável para limitar o direito de exercício da rescisão do título que contém tese inconstitucional. Trata-se da previsão do art. 54 da Lei n. 9.784/99, lei que rege o processo administrativo em âmbito federal, que estabelece: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé” (BRASIL, 1999).

Nesse sentido, se decai em cinco anos o direito de a administração anular atos administrativos favoráveis aos destinatários, pode-se concluir que, igualmente, decairá em cinco anos, a partir da data da expedição da ordem

---

151 Fredie Didier Jr. (2010, p. 85) esclarece: “*Verwirkung* (*supressio*, de acordo com a sugestão de MENEZES DE CORDEIRO): perda de poderes processuais em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido”.

de pagamento do RPV ou do precatório, o direito de a administração pública desconstituir o título, pela via da ação rescisória.

O que se propõe, no particular, não é a revogação dos arts. 525, § 15, e 535, § 8.º, do CPC, mas uma interpretação conforme os ditames da boa-fé processual e da segurança jurídica, no sentido de que os dois anos, contados a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, sejam limitados, também, pelo prazo de cinco anos, a partir da data da expedição da ordem de pagamento da requisição de pequeno valor ou do precatório, sob pena de desconstituir situação jurídica benéfica ao destinatário (art. 54 da Lei n. 9.784/99).

Note-se que aqui não se está defendendo que os cinco anos são contados a partir do trânsito em julgado do próprio título com tese inconstitucional, pois a situação jurídica administrativa de credor titular de ordem de pagamento em face da administração pública somente se constituirá com a expedição da ordem de pagamento do RPV ou do precatório.<sup>152</sup>

Ressalte-se que a limitação aqui proposta se ampara nos princípios processuais da boa-fé, da segurança jurídica, além da expressa previsão constante no art. 54 da Lei n. 9.784/99, e tem em consideração que para a expedição judicial da ordem de pagamento, que possui natureza administrativa, demanda-se, rotineiramente, um longo tempo de processamento judicial.

Em síntese, a leitura dos citados parágrafos (arts. 525, § 15, e arts. 535, § 8.º, do CPC) deve ser feita da seguinte maneira: prazo decadencial de dois anos, a partir do trânsito em julgado da decisão do STF que declarou a tese inconstitucional, respeitado o marco inicial dos cinco anos da constituição administrativa do crédito mediante a expedição judicial de pagamento da RPV ou do precatório.

### 3 CONCLUSÕES

Ante o exposto, pode-se concluir que uma interpretação sistemática e coerente do ordenamento jurídico-processual, no âmbito dos juizados especiais, impõe que as sentenças ou acórdãos transitados em julgado com teses reputadas inconstitucionais pelo STF, em controle difuso ou concentrado, possam ser impugnadas por qualquer meio, inclusive por simples petição, independentemente do momento em que foi proferida a decisão pelo STF, quer antes, quer depois da decisão transitada em julgado.

A interpretação literal das normas de regência somente permite tal arguição de tese inconstitucional pela via da impugnação, para os casos em que a decisão do STF é anterior à decisão transitada em julgado; ou mediante ação rescisória, quando a decisão do STF é superveniente. Entretanto, le-

---

<sup>152</sup> Assinala Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 368): “Realmente, ao julgar a ADI 1.098/SP, o Supremo Tribunal definiu que a ordem judicial de pagamento, bem como os demais atos necessários a tal finalidade, concernem ao campo administrativo e não ao jurisdicional”.

vando-se em consideração que no sistema dos juizados especiais é vedado o uso da ação rescisória, entende-se, com esteio na informalidade e na simplicidade, que a alegação de inexigibilidade pode ser feita por simples petição, adotando-se técnica semelhante à das matérias de objeção de executividade.

De outro turno, defende-se que essa técnica de alegação, por qualquer meio, de inexigibilidade do título com tese inconstitucional, pode ser validamente transportada para o procedimento comum, desde que o título não tenha sido satisfeito, evitando-se, assim, o ajuizamento de ação rescisória.

Sustenta-se, por fim, que o prazo para a mera alegação de inexigibilidade do título tem como limite o tempo para o ajuizamento da ação rescisória, devendo-se observar que, no caso de tese declarada inconstitucional pelo STF de forma superveniente, o prazo de contagem dos dois anos, a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, deve ser contemporizado com o prazo de cinco anos, contado a partir da expedição da ordem de pagamento da RPV ou do precatório, em atenção aos princípios da boa-fé processual e da segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *In*: DIDIER, Freddie (org.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. **Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/12153.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12153.htm). Acesso em: 12 dez. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 12 dez. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 12 dez. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm). Acesso em: 12 dez. 2020.



- CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da Fazenda Pública**: uma abordagem crítica. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CNJ. **Enunciados Cíveis**. 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis/>. Acesso em: 11 dez. 2020.
- CNJ. **Enunciados do Fórum Nacional de Juizados Especiais**. 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DELGADO, José. Pontos polêmicos das ações de indenizações de áreas naturais protegidas – efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 103, 2001.
- DIDIER JR. Fredie; **Curso de processo civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 22ed. Rev. atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 1
- DIDIER JR. Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermis. **Curso de processo civil**: processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 4.
- DIDIER JR., Fredie (org.) **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. 2. tir. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo *Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2020. v. III.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, processo estrutural e tutela provisória. V. 2. 15. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: JusPodivm, 2018.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. III.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativização da coisa julgada material. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 109, 2003.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 21, n. 3, 2020. Disponível em: [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br). Acesso em: 12 dez. 2020.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. *In*: DIDIER, Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- HINESTROSA, Fernando. Codificación, Descodificación y Recodificación. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 27, p. 3-13, jul./dez. 2014.
- IRTI, Natalino. **L'Età della Decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.
- LACERDA, Galeno. O Código como Sistema legal de Adequação do Processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, Comemorativa do Cinquentenário, Porto Alegre, 1976.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71-72.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilidade processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. III.
- SOUZA, Marcus Seixas. **Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática**. Salvador: JusPodivm, 2019.
- TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. *In*: DIDIER, Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. 2. tir. Salvador: JusPodivm, 2008.
- THEODORO JÚNIOR; Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *In*: DIDIER, Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. *In*: DIDIER, Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

# 12

## **A IDEIA DE GOVERNANÇA TRAZIDA PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, OS AGENTES PÚBLICOS E A FIGURA DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO**

*Luciana de Melo Borba Carneiro*<sup>153</sup>

Após vários anos de debates, a Nova Lei de Licitações e Contratos foi publicada em 1.º de abril de 2021. A Lei Federal n.º 14.133 foi aprovada, mantendo o estilo analítico da Lei n.º 8.666/93, no que tange à extensão de seus artigos, como também em relação à repetição de diversos dispositivos. Por outro lado, a nova lei traz grandes avanços, no sentido de dispor sobre ferramentas de gestão, absorvendo e compilando ideias inspiradas na legislação já existente, a exemplo da Lei do Pregão, do Regime Diferenciado de Contratação, da Lei das Estatais, da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, entre outras. A Lei n.º 14.133 representa também um desafio para os gestores públicos, que precisam compreender bem suas regras para que possam fazer bom uso das ferramentas colocadas à disposição, a fim de garantir maior eficiência nas contratações e alcançar os melhores resultados na persecução do interesse público.

Nesse contexto de inovações trazidas, a nova lei dispõe que a alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações, incumbindo aos gestores o dever de implementação de processos e estruturas organizacionais para fins de avaliação, direcionamento e monitoramento dos processos licitatórios e respectivos contratos, buscando promover a eficácia nas suas contratações, dentro de um ambiente íntegro e confiável, alinhadas ao respectivo planejamento estratégico, na busca da concretização dos objetivos elencados na lei para o processo licitatório.

---

<sup>153</sup> Procuradora do Município do Salvador. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Graduada em Administração de Empresas pela Universidade de Pernambuco.

Dentre os principais instrumentos de governança, destaca-se a gestão por competências que consiste, a princípio, na utilização de mecanismos buscando desenvolver ao máximo as habilidades técnicas e comportamentais dos agentes públicos, a fim de que eles estejam no exercício da função na qual sejam melhores aproveitados, bem como entreguem os resultados de forma mais eficiente.

A gestão por competências é trazida de forma expressa pela nova lei, que aponta a autoridade máxima do órgão como responsável pela indicação de seus servidores e agentes para o exercício das funções relacionadas às contratações públicas, desde o planejamento até à efetivação do processo seletivo, finalizando com a contratação mais vantajosa e eficiente, objetivando sempre a busca por resultados eficientes.

Além de atribuir a responsabilidade à alta gestão na promoção da gestão por competências, a nova lei dispõe também acerca dos requisitos que devem ser observados quando da designação dos agentes públicos e traz, ainda, a figura do *agente de contratação*, apontando para a necessidade de observância do princípio da segregação de funções, o qual veda a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de forma a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes nas contratações.

Nesse cenário, pretendeu-se, inicialmente, abordar de maneira geral a ideia de governança trazida pela nova lei, bem como discorrer acerca da gestão por competências indicada como uma das ferramentas a serem utilizadas pelos gestores no exercício de suas responsabilidades à frente do órgão ou entidade.

No segundo momento, ganharam atenção as exigências a serem observadas pelo gestor quando da designação dos agentes públicos, bem como as disposições acerca da figura do agente de contratação, novidade trazida pelo novel sistema de licitações e contratos.

## **1 A IDEIA DE GOVERNANÇA TRAZIDA PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS**

A Lei n.º 14.133/2021 – que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – atribui à alta administração a responsabilidade para cuidar e defender as regras de governança trazidas em seu texto, quando dispõe, em seu artigo 7.º, que cabe à autoridade máxima do órgão promover gestão por competências e designar agentes públicos para desempenho das funções relacionadas à execução da nova lei.

Mas o que seria essa ideia de governança abraçada pela nova lei, a fim de concretizar a sua fiel execução? No sentido literal do termo, governança significa ato de governar e envolve a ideia de direção, gestão, administração, comando, condução. A governança, em uma acepção ampla, consiste na direção da economia e da sociedade, buscando o alcance de objetivos coletivos. Direcionando para o setor público, a governança traz à reflexão a forma como os órgãos e entidades se administram e como administram as suas relações com a sociedade.

Em artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas da União, Brainerd Guy Peters (2013, p. 29) explica que “a ênfase na governança reflete, de muitas maneiras, as preocupações públicas sobre a capacidade de seus sistemas políticos agirem efetiva e decisivamente para resolver problemas políticos”.

A governança estabelece a direção a ser tomada pelo gestor, que possui a responsabilidade de avaliar, dirigir e monitorar os processos e mecanismos definidos, buscando a efetividade e economicidade das ações, a fim de atender às necessidades dos cidadãos destinatários dos serviços públicos. Compila os conceitos de estratégia, planejamento, coordenação, gerenciamento, controle, objetivos, desempenho e metas a serem utilizados pelos gestores públicos na condução dos órgãos e entidades.

O Tribunal de Contas da União (RELAÇÃO..., [202-?]), considerando as diversas formas de concepção a respeito da governança pública, adotou as seguintes perspectivas de observação disponíveis em seu sítio eletrônico:

- 1) Perspectiva Organizacional (ou corporativa), que trata das condições para que cada órgão ou entidade cumpra seu papel, alinhe seus objetivos ao interesse público, gerencie riscos e entregue o valor esperado de forma íntegra, transparente e responsável;
- 2) Perspectiva de Políticas Públicas, que trata do desempenho dos programas e políticas públicas, levando em conta a extensa rede de interações entre estruturas e setores, incluindo diferentes esferas, poderes, níveis de governo e representantes da sociedade civil organizada;
- 3) Perspectiva de Centro de Governo, que trata do direcionamento que o governo é capaz de dar à nação e da sua legitimidade perante as partes interessadas, criando as condições estruturais de administração e controle do Estado.

O Decreto Federal n.º 9.203, de 22 de novembro de 2017, dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e conceitua governança pública como “[...] conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade” (BRASIL, 2017).

O Guia da Política de Governança Pública publicado pelo Governo Federal no ano de 2018, dispõe que: “[...] na condução da política de governança, considera-se que governança pública compreende tudo o que uma Instituição Pública faz para assegurar que sua ação esteja direcionada para objetivos alinhados aos interesses da sociedade” (BRASIL, 2018).

Por meio de uma governança adequada, a gestão tem a possibilidade de identificar as ações e os interesses que reflitam as reais necessidades dos cidadãos bem como possibilita ao gestor o alcance dos resultados de forma mais eficaz para entrega do esperado pela coletividade.

A implementação de uma política de governança pelos gestores públicos busca, entre outros objetivos, fortalecer a confiança nas instituições públicas, garantindo que a atuação pública seja validada positivamente pelo cidadão a fim de fortalecer o cumprimento voluntário das regras sociais, reduzindo a necessidade de controle por parte do poder público. Busca, ainda, fomentar a coerência e promover a coordenação, bem como estabelecer patamares mínimos de governança na medida em que a padronização de práticas e procedimentos revela-se importante para evitar gargalos, discrepâncias e ineficiência na entrega dos serviços públicos.

Em uma abordagem mais prática, a governança materializa-se no conjunto de diretrizes e definição de mecanismos a fim de assegurar que a atuação e as decisões dos gestores estejam alinhadas com os propósitos dos órgãos gestores, bem como com as necessidades da sociedade.

Em 2021, foi publicada pela Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, a Portaria Seges/ME n.º 8.678/2021, que dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Referida portaria também atribui, de forma expressa, a responsabilidade da implementação e manutenção de mecanismos e instrumentos de governança das contratações públicas aos gestores que integram o nível executivo do órgão ou da entidade, que possuam poderes para definir as políticas, os objetivos e conduzir a implementação da estratégia, a fim de cumprir a missão da organização, a alta administração.

A governança abrange conceitos como gestão estratégica, gestão de riscos, segregação de funções dos agentes, integridade, bem como a gestão por competências trazida de forma expressa pela nova lei, no caput do artigo 7.º:

Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos: [...] (BRASIL, 2021b).

Por sua vez, a portaria do Ministério da Economia acima referida lista os instrumentos de governança nas contratações públicas, dentre eles a gestão por competências (BRASIL, 2021b).

Conforme disposto no artigo 14 da Portaria SEGES/ME n. 8.678, de 19 de julho de 2021:

Art. 14. Compete ao órgão ou entidade, quanto à gestão por competências do processo de contratações públicas:

I - assegurar a aderência às normas, regulamentações e padrões estabelecidos pelo órgão central do Sistema de Serviços Gerais - Sisg, quanto às competências para os agentes públicos que desempenham papéis ligados à governança, à gestão e à fiscalização das contratações;

II - garantir que a escolha dos ocupantes de funções-chave, funções de confiança ou cargos em comissão, na área de contratações, seja fundamentada nos perfis de competências definidos conforme o inciso I, observando os princípios da transparência, da eficiência e do interesse público, bem como os requisitos definidos no art. 7º da Lei nº 14.133, de 2021; e

III - elencar, no Plano de Desenvolvimento de Pessoas - PDP, nos termos do Decreto nº 9.991, de 28 de agosto de 2019, ações de desenvolvimento dos dirigentes e demais agentes que atuam no processo de contratação, contemplando aspectos técnicos, gerenciais e comportamentais desejáveis ao bom desempenho de suas funções (BRASIL, 2021b).

A gestão por competências, de forma geral, utiliza mecanismos buscando desenvolver ao máximo as habilidades técnicas e comportamentais dos profissionais, a fim de que eles estejam posicionados nos postos de trabalho nos quais consigam ser melhor aproveitados e entreguem os resultados de forma mais eficiente.

Conforme explica José Anacleto Abduch Santos (2021), o Conselho Nacional de Justiça definiu a expressão “Gestão por competências” como “a gestão da capacitação orientada para o desenvolvimento do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores, visando ao alcance dos objetivos da instituição”.

Ainda segundo entendimento do Conselho Nacional de Justiça, citado por Santos (2021), sobre o agente de contratação, a adoção pelo gestor público da gestão por competências como modelo de capacitação viabiliza a geração de:

[...] inúmeros benefícios para o setor público. Para os servidores, por exemplo, promove a melhoria dos programas de capacitação, de seleção interna, de alocação de pessoas, de movimentação e de avaliação. Pode contribuir, também, para a adequação das atividades exercidas pelo servidor às suas competências e para o aumento da motivação intrínseca,

promovendo resultados organizacionais mais efetivos. Para o Poder Judiciário, de forma geral, a implementação da gestão por competências afeta diretamente a eficácia, eficiência e efetividade dos serviços prestados pelos órgãos que estão sob sua égide. Uma vez identificadas as competências necessárias à organização, o órgão poderá utilizá-las no processo seletivo externo (concurso público) e desenvolvê-las de forma mais apropriada aos objetivos estratégicos. Ao final do processo, pode-se gerar melhorias na qualidade e na celeridade de seus serviços e, conseqüentemente, adequação e uso mais eficiente dos recursos utilizados pela organização.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a gestão por competências no setor público tem por finalidade, além da transparência e eficiência das atividades da administração pública, também a integração das pessoas e a busca pelo resultado na prestação do serviço público.

A gestão é responsável pela indicação de seus servidores e agentes para o exercício das funções relacionadas às contratações públicas, desde o planejamento até a efetivação do processo seletivo, finalizando com a contratação mais vantajosa e eficiente, objetivando sempre a busca por resultados eficientes e levando em consideração a gestão por competências.

## **2 OS AGENTES PÚBLICOS E A FIGURA DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO TRAZIDA PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS**

O artigo 7.º da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) dispõe, em seu caput, acerca das responsabilidades da alta gestão no sentido de promoção da gestão por competências, como também de designação dos agentes públicos:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

§ 1º A autoridade referida no caput deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente



público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 2º O disposto no caput e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração (BRASIL, 2021a).

A alta administração deve promover um ambiente seguro de trabalho, implementando rotinas e procedimentos, bem como designar pessoas capacitadas e qualificadas para o desempenho das funções, a fim de evitar a responsabilização pelas falhas eventualmente verificadas nos processos de contratação, fundamentadas na culpa *in eligendo*, na medida em que designou pessoas que não possuíam a qualificação necessária para o exercício das funções respectivas.

Da análise do caput do mencionado artigo observa-se que a nova lei aponta para a necessidade de profissionalização de seus agentes públicos, ao dispor sobre alguns requisitos para designação de agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à efetivação e trâmites dos procedimentos licitatórios e contratações. Entre eles, definiu que os agentes públicos responsáveis devem ser “preferencialmente” servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública.

A respeito desse tema, Ronny Charles (2021, p. 34) posicionou-se assim, em sua obra *Lei de Licitações Públicas comentada*:

Ao definir como preferencial, o legislador demonstrou que a regra ali disposta tem natureza materialmente geral. Quis o legislador definir uma diretriz, que deve ser perseguida pelos órgãos e entidades públicas, na medida de suas possibilidades.

Não nos parece que esta regra, embora elogiável, possa ser aplicável de maneira irrestrita por todas as unidades federativas. Por certo, embora essa medida tenha potencial de, sob certa perspectiva, ser benéfica ao interesse público, dificultando compadrios e relações pouco profissionais que alimentam terrenos férteis à corrupção e à ineficiência, há pequenos Municípios que não possuem condições de ter pessoal efetivo e qualificado suficiente para cumprir as funções essenciais à execução desta Lei.

Sendo assim, ao inserir o termo “preferencialmente” no dispositivo, o legislador intencionou perseguir os objetivos descritos no artigo 11 da NLLC, tais como a lisura e a eficiência do procedimento licitatório, ao dar preferência a designações de servidores e agentes pertencentes ao quadro permanente do órgão. No entanto, é certo que a maior parte dos municípios brasileiros, como bem citou Ronny Charles (2021), não possui em seus quadros pessoal efetivo com a qualificação inerente à assunção da responsabilidade para desempenho daquelas funções.

Logo, em que pese o termo “preferencialmente” não trazer de imediato uma condição *sine qua non* para designação de servidores efetivos no contexto do tema abordado, cria a obrigação para o gestor, ao menos, de justificar nos autos a opção por servidores comissionados. O cumprimento à risca do termo, pelos gestores públicos, poderia ensejar um travamento dos processos licitatórios em grande parte dos municípios brasileiros, os quais não estariam preparados, nesse período de transição, para designação de servidores efetivos para o exercício de tais funções.

Entendemos, assim, que o legislador não trouxe o termo “preferencialmente” para que se torne inócuo. Pelo contrário, a nova lei objetiva, de forma expressa, assegurar um processo licitatório transparente e probó. E, na busca desse processo, não restam dúvidas de que a designação de servidores efetivos contribui sobremaneira para o alcance da moralidade, da eficiência e do resultado.

Ainda acerca do disposto no artigo acima transcrito, o seu parágrafo primeiro apontou expressamente para o dever da autoridade máxima do órgão de observar o princípio da segregação de funções ao *vedar* a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

A aplicação desse princípio pelo gestor previne a ocorrência de fraudes no trâmite do procedimento licitatório, uma vez que uma atividade sendo desempenhada por mais de uma pessoa minimiza a oportunidade de transgressões e aumenta as chances de detectá-las, na medida em que há uma racionalização do trabalho e um aumento de controle sobre os atos de gestão pública que passam a ser revistos de forma natural pelo servidor responsável pela etapa posterior do processo, considerando a especialização dos servidores na cadeia de atos a serem praticados no trâmite de um procedimento licitatório.

O princípio da segregação de funções deriva dos princípios da moralidade administrativa e isonomia, considerando que a empresa contratada para executar uma obra, por exemplo, não pode ser a mesma que a fiscalizará.

Em artigo publicado na revista do Tribunal de Contas da União, Magno Antônio da Silva (2013, p. 128) discorre a respeito do tema, trazendo diversos trechos de acórdãos nos quais o tribunal emite pronunciamento com base nesse princípio, bem como instruções normativas e manuais de boas práticas nesse mesmo sentido, sempre com foco na observância à segregação de funções, entendendo que:

[...] a segregação de funções permite que cada tarefa precedente, desempenhada por determinado servidor público, seja verificada por outro servidor, encarregado da execução da fase ou tarefa posterior. Tal sistemática e procedimento desembocam num ciclo virtuoso de acompanhamento,

fiscalização e controle administrativo com ganhos concretos de eficiência, de transparência e de controle nas ações praticadas.

Desse modo, referido princípio implica uma contínua vigilância dos atos praticados pelos próprios servidores e agentes participantes do processo licitatório e de contratação, reduzindo o risco de eventuais omissões, erros e fraudes, bem como gerando maiores resultados com a especialização dos agentes e vantajosidade para a Administração Pública.

Aos gestores cabe a observância da segregação de funções, tanto nas licitações quanto nos contratos, no sentido de envidar esforços para: 1) concretizar a divisão de tarefas por meio da especialização dos agentes; 2) segregar as responsabilidades; 3) buscar uma maior fiscalização dos atos; 4) reduzir os riscos de ocultação de erros e ocorrência de fraudes nos processos.

Em observância a esse princípio, a nova lei trouxe a figura do agente de contratação, conforme disposto no artigo 8º a seguir transcrito:

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

§ 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no [art. 7º desta Lei](#), o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

§ 4º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração, poderá ser contratado, por prazo determinado, serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação.

§ 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro (BRASIL, 2021a, grifo nosso).

No capítulo II, “Das Definições”, o legislador define o *agente de contratação* no inciso LX, do artigo 6.º, da NLLC, da seguinte forma:

Pessoa **designada pela autoridade competente**, entre **servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes** da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação (BRASIL, 2021<sup>a</sup>, grifo nosso).

Verifica-se, da leitura dos dispositivos da Lei n. 14.133, que o legislador, diferente do que trouxe em relação aos agentes públicos de forma geral, não mencionou o termo “preferencialmente” para se referir à designação dos agentes de contratação entre servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente.

O texto da lei dispõe que o agente deverá ser indicado, necessariamente, entre os servidores efetivos do quadro permanente da administração. Referido dispositivo vem sendo considerado, por parte dos juristas, como regra materialmente geral que possui força de diretriz e vincula a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal, devendo ser objeto de legislação pelos entes federativos que não possuem a mesma realidade de estrutura organizacional que a administração pública federal possui.

Essa matéria sobre a atuação legislativa e a função regulamentadora de estados e municípios vem sendo objeto de discussão pelos intérpretes e estudiosos da nova lei. Em seu artigo 1.º, a lei já dispõe que suas normas são de caráter geral sobre licitação e contratação. A lei intenta alcançar todos os entes federativos, mas encontra barreiras no sentido de ser aplicável à realidade posta dos entes, diferente da realidade da União, que serviu de base para sua edição.

Os questionamentos dizem respeito, notadamente, às normas que devem ser aplicadas de forma irrestrita por estados e municípios, em razão de sua natureza de caráter geral, ou que poderiam não ser aplicadas, de imediato, considerando a natureza especial aplicável somente à realidade da União. A respeito dessa matéria, segue entendimento publicado em artigo intitulado “Normas gerais e regulamentos na nova Lei de Licitações e contratos: da teoria à prática”:

A lógica da nova Lei no tocante à questão central tratada neste estudo é clara: induzir comportamentos considerados modelos ou práticas consideradas evolutivas, pautadas na experiência da Administração Pública Federal, expandindo as consequências positivas para a eficiência e a efi-

cácia das contratações dos demais entes, e a construção de um ambiente de contratações públicas uniforme, em diversos aspectos, diante dos potenciais benefícios econômicos que isso pode acarretar. De fato, não há certeza quanto ao real espaço para a “criatividade útil” em sede de competência suplementar, não sendo equivocado pensar que as normas da Lei 14.133/21 podem, afinal, espelhar boas ou ideais soluções. Contudo, para evitar os efeitos perversos das regras materialmente inaplicáveis, do formalismo burocrático, da insegurança jurídica e do controle centrado em meios, é fundamental que se busque clarear o espectro da atuação legislativa e regulamentar compatível com os limites da autonomia federativa (MOTTA; PÉRCIO, 2022).

Assim, busca-se, por meio do novo regramento, um ambiente de uniformização para as contratações públicas, com o incentivo à adoção de práticas por todos os entes federativos que tornem os procedimentos transparentes, probos e eficazes no sentido de trazer soluções e resultados para a administração. Por outro lado, deve-se ter razoabilidade no momento de aplicação e interpretação das normas, com a observância do princípio constitucional da autonomia federativa dos entes.

Ainda sobre essa discussão relevante que a novel legislação traz, Victor Amorim, autor do artigo “Competência normativa sobre contratações públicas: o que é norma geral e norma específica na Lei nº. 14.133/2021”, entendeu o seguinte, acerca do requisito “ser servidor efetivo” ou “preferencialmente efetivo” dos arts. 7.º e 8.º da Lei n. 14.133/2021:

Por versar sobre matéria correlata à organização interna de pessoal e gestão administrativa dos entes federados, além de não integrar, substancialmente, a compreensão do “processo de licitação pública” propriamente dito – conforme dicção do art. 37, XXI, da CRFB –, em nossa opinião, tais requisitos, em especial quanto ao caráter efetivo do provimento do servidor, tratar-se-iam de norma específica, sendo aplicável, de antemão, apenas no âmbito da União, admitindo-se, por conseguinte, previsão distinta na legislação de Estados e Municípios.

Nesse sentido, vale transcrever contundente opinião do mestre Adilson Abreu Dallari ao tecer comentários sobre alguns dispositivos da Lei nº 14.133/2021:

**Os Arts. 7º a 10 dispõem sobre agentes públicos, que não é, exatamente, matéria de licitação, mas, sim, de organização administrativa, descendo a detalhes, tais como o agente de contratação, a comissão de contratação e a gestão por competências, que, certamente, serão de difícil aplicação em alguns Estados e na maioria dos Municípios. De resto, podem configurar inconstitucionalidade, na medida em que, ao estabelecer impedimentos e obrigações para agentes públicos, afetam a autonomia administrativa das unidades da federação (AMORIM, 2022, grifo nosso).**

Nesse contexto, parte dos operadores do direito que vêm estudando o novel diploma aduz que a norma prevista no artigo 8.º está inserida no contexto da administração organizacional de cada ente e, portanto, não caberia à União adentrar o âmbito da organização administrativa das demais unidades federativas, sendo a norma considerada de caráter especial aplicável apenas no âmbito da União. Sendo assim, não seria razoável a aplicação desse dispositivo, de forma irrestrita, aos inúmeros municípios e estados brasileiros com realidades estruturais e econômicas tão diversas da União, sendo-lhes permitido adequá-lo à realidade organizacional de cada um por meio da competência legislativa suplementar que lhe é atribuída constitucionalmente.

No entanto, cumpre ressaltar que a intenção do legislador prevista no artigo 7.º, para que os agentes públicos, de forma geral, sejam dos quadros permanentes da administração, permanece aplicável, devendo ser observada por todos os entes, tendo em vista que o que se persegue é a eficiência e o resultado nas contratações públicas, sempre buscando tratamento isonômico e a condição mais vantajosa para administração.

Em recente processo, a assessoria jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia emitiu parecer a respeito desse tema, em consulta formulada pelo Município de Mata de São João:

**EMENTA: ARTS. 7º E 8º, DA LEI FEDERAL 14.133/21. DESIGNAÇÃO DE SERVIDORES EFETIVOS OU EMPREGADOS PÚBLICOS DO QUADRO PERMANENTE PARA ASSUMIREM A FUNÇÃO DE AGENTE DE CONTRATAÇÃO. REGRA GERAL.**

1) Necessário se faz advertir que a mencionada regra não deve ser aplicada de forma irrestrita, devendo ser exigido a motivação/justificativa caso o órgão tenha que designar servidores comissionados para a função de agente de contratação, bem como deverá estar demonstrado que o designado possuiu atribuições compatíveis e qualificações atestadas para o desempenho de tais atribuições, havendo nesse ponto o necessário atestado por certificação profissional emitido pela escola de governo criada e mantida pelo poder público, quando existente.

2) A Nova Lei de Licitações estabeleceu como regra geral que os agentes públicos que serão designados para atuarem nas funções essenciais de licitações e contratos deverão, preferencialmente, ser servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente, inclusive os membros da comissão de contratação. Assim, se o órgão ou entidade não contar com servidores efetivos aptos a assumirem tais funções essenciais, como, por exemplo, de agente de contratação ou de membro de comissão de contratação, poderão, através de motivação, designar servidores comissionados

para exercerem tais funções, desde que estes estejam qualificados para tanto.<sup>154</sup>

Assim, a despeito de ainda não se tratar de entendimento do plenário da Corte de Contas, a assessoria jurídica do TCM-BA posicionou-se no sentido de flexibilização da norma, para excepcionar a designação dos agentes de contratação do quadro permanente de servidores efetivos, desde que atendidos os requisitos de justificativa e comprovação da qualificação necessária para o desempenho da função para os quais serão designados.

Entretanto, entende-se que referida flexibilização da norma federal deve ser de caráter temporário, enquanto o órgão ou entidade envida esforços no sentido de concretizar a exigência da nova lei para designação de servidores efetivos como agentes de contratação.

Em suma, acerca do regramento que disciplina a figura do agente de contratação, tem-se que consiste em norma com força de diretriz e vinculante para os entes federativos, na medida em que se faz necessária a regulamentação por cada um deles, considerando, no entanto, a respectiva realidade organizacional, por se tratar de matéria de organização administrativa do serviço público. Ademais, a lei traz um dever de designação do agente entre servidores efetivos do quadro permanente, salvo se justificada a impossibilidade e comprovada a qualificação técnica para desempenho da função.

Importante registrar que, ainda que não seja possível para o ente, a designação imediata de servidores efetivos por sua ausência, cabe à alta administração envidar esforços no sentido de providenciar, de acordo com a realidade de cada um, a sua estrutura organizacional de pessoal para que a exigência da norma seja observada, ainda que a longo prazo, não contrariando, dessa forma, o espírito da lei e a intenção do legislador de enaltecer o princípio da impessoalidade, que rege a atuação e as condutas dos agentes públicos.

No âmbito federal, esteve sob consulta do Ministério do Planejamento minuta de decreto que trará a regulamentação da atuação do agente de contratação, conforme consta no parágrafo terceiro do artigo 8.º da NLLC, o qual dispõe:

As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei (BRASIL, 2021a).

---

154 BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia. **Processo n.º 0532e22**. Origem: Prefeitura Municipal de Mata de São João. Parecer n.º 00627-22. Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/05320e22.odt.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.

Consoante disposto no artigo 8.º da nova lei, estão entre as competências dos agentes de contratação: tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, impulsionar o procedimento licitatório, bem como executar atividades necessárias ao regular trâmite do processo licitatório, desde a abertura à homologação do certame

Importante registrar as discussões já existentes a respeito da competência do agente, no que diz respeito ao *acompanhamento do trâmite da licitação*.

Na segunda consulta pública realizada pelo Ministério da Economia (2ª CONSULTA..., 2022) para análise da minuta do decreto de regulamentação das diretrizes para o agente de contratação, equipe de apoio, comissão de contratação, gestores e fiscais do contrato, o secretário adjunto do Ministério da Economia e presidente do Comitê do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) conduziu a consulta abordando as principais questões surgidas a partir do texto da lei, acerca da figura do agente de contratação.

É certo que o processo licitatório é composto por diversas fases, conforme disposto no artigo 17 da nova lei, quais sejam: I - preparatória; II - de divulgação do edital; III - de apresentação de propostas; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação.

Da “leitura seca” das competências definidas para o agente de contratação no artigo 8.º da nova lei, observa-se que ao agente caberia o *acompanhamento de todo o processo licitatório*, incluindo a fase preparatória do trâmite definida no artigo 17. Por sua vez, o parágrafo quinto desse mesmo artigo dispõe que, *em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro*. E por fim, o artigo 61 define como competência do agente de contratação, ou da comissão de contratação, a *negociação* das condições mais vantajosas com o primeiro colocado vencedor do certame.

Da análise sistemática dos dispositivos acima mencionados, verifica-se que o agente de contratação acaba sendo responsável pelo acompanhamento, gestão e condução de fase externa do procedimento. Nesse contexto, vem sendo questionado se as administrações públicas estariam preparadas no sentido de possuir, em seus quadros, um número suficiente de servidores qualificados para assumirem essas competências de forma cumulada, quando a figura do pregoeiro anteriormente à nova lei se limitava à condução do certame propriamente dito, sendo responsável, em algumas situações, pela elaboração do edital.

Assim, há dúvidas sobre quais, de fato, seriam as responsabilidades do agente de contratação quando da execução de sua competência, definida no artigo 8.º da nova lei, de acompanhamento do trâmite do certame, bem como de dar impulso ao procedimento licitatório.

Uma primeira corrente entende que o agente de contratação seria supervisor da fase interna e operador da fase externa, em que o agente seria



responsável por elaborar o termo de referência, elaborar o edital e o estudo técnico preliminar. No entanto, parece que esse acúmulo de funções por parte do agente contrariaria a segregação de funções ressaltada pela lei, no sentido de que seria incabível o mesmo agente especificar e comprar, entre outras funções.

Outro entendimento seria o agente figurar apenas como operador da fase externa que se assemelharia ao modelo atual, no qual o pregoeiro seria responsável apenas por conduzir a licitação.

Por fim, o agente figuraria como supervisor e operador da fase interna e operador da fase externa: nesse modelo, o agente de contratação assumiria, na fase preparatória, um papel tático de acompanhamento, de verificação de gargalos, de revisão de TR, ETP, de cumprimento do plano de contratações, de gestão do fluxo, dos riscos de inexecução, como também assumiria o papel operacional de conduzir a licitação, assumindo as negociações e responsabilizando-se pela tomada de decisões. Esse modelo que a lei traz é arriscado porque, na prática, os profissionais atuais não possuem formação para esse acúmulo de competências de gestor tático de fase interna e operador de fase externa. O pregoeiro, por exemplo, no desempenho de suas funções, não zela pelo plano de contratação, no formato atual.

Na prática, o que se tem hoje são pregoeiros que se responsabilizam pela operação da fase externa, negociando e executando o certame, elaborando, em algumas situações, o edital da fase interna. A intenção do legislador, de atribuir ao agente de contratação a responsabilidade pela gestão da fase interna e operação da fase externa, choca-se com a realidade institucional da maioria dos órgãos, entidades e entes federativos.

Cabe, ainda, pontuar a possibilidade que a nova lei traz, em seu art. 8.º, § 2.º, de substituição do agente de contratação por comissão de contratação formada por no mínimo três membros (que respondem solidariamente por todos os atos praticados pela comissão), nas licitações que envolvam bens ou serviços especiais. Observa-se que a comissão da legislação anterior deixou de ser a regra, passando o agente de contratação a assumir a função de órgão unipessoal para conduzir os procedimentos de contratação de bens e serviços comuns (pregão). Nos procedimentos para contratar “bens e serviços especiais”, conforme terminologia utilizada pelo legislador, ou seja, nas licitações que não forem pregão, foi dada a opção de substituição do agente por órgão colegiado para tomada de decisões.

Sobre esse tema, a respeito das funções a serem exercidas pelo agente de contratação, cabe transcrever trecho do artigo “O agente de contratação: crônicas de uma morte anunciada”, escrito por Guilherme Carvalho e Raí Paiva (2022):

Pragmaticamente, impossível um servidor público, designado pela autoridade competente, ser extremo entendedor de tudo que se processa em um

complexo processo de licitação, independentemente do objeto licitado. É que se faz impossível alguém ter amplo domínio sobre pesquisa de preços, balanços contábeis, compreender a natureza técnica do objeto licitado, avaliar planilhas e, por fim, opinar sobre a viabilidade final do processo licitatório, inclusive avaliando a possibilidade de homologação ou não do certame. Bem, é isso que traduz, fidedignamente, a lei.

Muito embora a nova figura do agente de contratação tenha sido criada para ser a regra geral das licitações baseadas na Lei nº 14.133/2021, a comissão de contratação se afigura instituto com mais elementos jurídicos para lidar com a realidade fática do país no entorno das contratações públicas, em especial na fase licitatória.

Por fomentar uma maior controlabilidade prévia das decisões, ao mesmo tempo em que permite ser composta por integrantes com conhecimentos complementares, a comissão de contratação potencializa decisões mais instruídas e reparte responsabilidades de maneira equânime, independentemente da regulamentação que lhe vier a ser conferida nos termos do § 3º do artigo 8º da Lei 14.133/2021.

Observa-se que, pelo texto da lei, o agente de contratação figura como responsável pelo acompanhamento e impulsionamento do processo licitatório, incluindo a sua fase interna, sendo certo que até o dia 1.º de abril de 2023, União, estados e municípios com mais de 20 mil habitantes deverão ter pregoeiros que sejam servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente da administração. E até 2027, todos os pregoeiros do país deverão ser servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente da administração. A regra é a condução do procedimento licitatório pelo agente de contratação, e não pela comissão de contratação, que será designada para as situações específicas previstas na nova lei.

Contudo, no contexto atual, verifica-se que a intenção do legislador para que os agentes cumulem as funções para execução da fase de planejamento e fase operacional dos procedimentos licitatórios se choca com a realidade institucional atual, considerando que grande parte dos órgãos, entidades e entes federados, notadamente a maioria dos municípios brasileiros, não possui servidores com formação e qualificação para desempenho cumulado das funções citadas. Ademais, é certo que grande parte dos pregoeiros atuais não se enquadra na exigência da lei de ser servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes, motivos que traduzem o grande desafio que se tem pela frente na concretização dos fins perseguidos pela lei.

A respeito do desempenho das funções do agente de contratação, o acompanhamento da fase preparatória pelo agente de contratação se daria com a observância inicial do calendário de contratações estabelecido no Decreto n. 10.947, de 25 de janeiro de 2022, que regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da nova lei, para dispor sobre o plano de contratações anual

e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

O art. 5.º do mencionado Decreto dispõe a respeito dos objetivos com a elaboração do plano de contratações anual pelos órgãos e entidades:

Art. 5º A elaboração do plano de contratações anual pelos órgãos e pelas entidades tem como objetivos:

I - racionalizar as contratações das unidades administrativas de sua competência, por meio da promoção de contratações centralizadas e compartilhadas, a fim de obter economia de escala, padronização de produtos e serviços e redução de custos processuais;

II - garantir o alinhamento com o planejamento estratégico, o plano diretor de logística sustentável e outros instrumentos de governança existentes;

III - subsidiar a elaboração das leis orçamentárias;

IV - evitar o fracionamento de despesas; e

V - sinalizar intenções ao mercado fornecedor, de forma a aumentar o diálogo potencial com o mercado e incrementar a competitividade (BRASIL, 2022).

As informações contidas no plano de contratações do ente ou órgão devem chegar ao agente por meio de um fluxo pré-definido, possibilitando ao agente a identificação dos prazos para cada etapa da fase interna, a fim de que ele possa controlar o fluxo e o tempo total para término da fase. No entanto, o secretário adjunto do Ministério da Economia, Renato Fenili, pontua que o calendário do Plano de Contratações (PCA) não define apenas licitações, nem estabelece se aquela ação prevista será executada por meio de licitação (2ª CONSULTA..., 2022).

Diante do que se tem observado da Lei e na tentativa de regulamentação federal dos dispositivos relativos a essa nova figura do agente de contratação, entende-se que poderia haver mais de um agente de contratação por órgão, devendo, cada órgão ou unidade federativa, coordenar os seus agentes de contratação, ficando responsável por organizar o fluxo de distribuição de processos, bem como por definir as responsabilidades de cada agente.

No que se refere à designação do agente, no entendimento do já citado secretário adjunto do Ministério da Economia, Renato Fenili (2ª CONSULTA..., 2022), poderia ser feita por processo (sendo uma solução mais custosa) ou poderia ser feita em um único ato do gestor, que definiria, de forma permanente, quais seriam os agentes de contratação responsáveis por todos os procedimentos licitatórios a serem realizados, definindo posteriormente

critérios para distribuição dos processos. Em relação ao ato de designação, parece que poderia ser feita por ato da autoridade superior, como portaria ou atos similares.

Por sua vez, o artigo 13, § 2.º da nova lei dispõe que a atuação do agente na fase preparatória se limita ao acompanhamento e às eventuais diligências para o bom fluxo da instrução processual. Dessa forma, ao agente não caberiam as funções operacionais de elaboração de termos de referência, dos estudos preliminares, projetos e anteprojetos, pesquisas de preço.

Em relação à elaboração da minuta do edital, a lei traz o termo “preferencialmente” no artigo 13, § 2.º, acima mencionado, indicando que, em regra, não caberia ao agente de contratação a elaboração do edital. No entanto, o legislador não eximiu totalmente o agente da elaboração, assim como fez nas outras funções da fase preparatória.

Ademais, a lei prevê que não podem ser designados como agente de contratação os servidores que sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da administração, ou que tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

O agente de contratação é uma inovação trazida pela nova Lei de Licitações e Contratos, cujas competências estão sendo construídas. A exigência de estabilidade do servidor para desempenho da função não se adéqua ao panorama atual das estruturas organizacionais dos órgãos e entidades públicas, assim como o acúmulo das funções de planejamento e operacionalidade dos procedimentos licitatórios na pessoa exclusiva do agente de contratação não condiz com as competências e funções desempenhas pelos pregoeiros atualmente praticantes.

O grande desafio será a compatibilização dos comandos legais com o contexto atual de estrutura organizacional das unidades federadas e respectivos órgãos, fazendo-se uso da razoabilidade e flexibilidade para regulamentar de acordo com a realidade respectiva de cada órgão e ente federado, sem olvidar que o acompanhamento e o impulso do procedimento licitatório configuram um dever do gestor, que deve promover a gestão por competências, sendo responsável pela designação dos agentes que desempenharão as atividades administrativas, na busca pela eficiência na prestação dos serviços e entrega de resultados.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O novo regramento para licitações e contratos, vigente desde abril de 2021, dispõe de forma expressa sobre novas ferramentas colocadas à disposição dos gestores e agentes públicos para o alcance dos objetivos especificados para o processo licitatório, no sentido de assegurar a seleção da proposta

apta a gerar o resultado mais vantajoso para a administração pública, bem como o tratamento isonômico entre os licitantes, além de evitar contratações com sobrepreço ou superfaturamento na execução dos contratos.

Por meio deste artigo, pretendeu-se abordar a ideia de governança abraçada pela nova legislação, que atribui à alta administração a responsabilidade para cuidar e defender as regras de governança trazidas em seu texto quando dispõe, em seu artigo sétimo, que cabe à autoridade máxima do órgão promover a gestão por competências e designar agentes públicos para desempenho das funções relacionadas à execução da nova lei.

No decorrer do trabalho, observou-se que a gestão por competências no setor público, como instrumento da política de governança, tem por finalidade, além da transparência e eficiência das atividades da administração pública, também a integração das pessoas e a busca pelo resultado na prestação do serviço público.

Foi abordado, ainda, o conteúdo do artigo sétimo, que dispõe sobre as exigências que devem ser observadas pela alta gestão no momento de designação dos agentes públicos para exercerem as funções relacionadas aos processos de licitação e contratos, notadamente em relação à obrigatoriedade de indicação de agentes, preferencialmente, que sejam servidores efetivos dos quadros da administração.

Ganhou destaque o artigo oitavo da nova lei, que dispõe sobre a figura do agente de contratação que, segundo o texto da lei, deve ser servidor efetivo dos quadros da administração e seria responsável pelo acompanhamento e impulsionamento do processo licitatório, em substituição à comissão de licitação do regime anterior, que será designada para as situações específicas previstas na nova lei.

Ocorre que a exigência de estabilidade do servidor para desempenho da função de agente não se adéqua ao panorama atual das estruturas organizacionais dos órgãos e entidades públicas, assim como o acúmulo das funções de planejamento e operacionalidade dos procedimentos licitatórios na pessoa exclusiva do agente de contratação não condiz com as competências e funções desempenhas pelos pregoeiros atualmente praticantes.

Por fim, é certo que o grande desafio será a compatibilização dos comandos legais com o contexto atual de estrutura organizacional das unidades federadas e respectivos órgãos, fazendo-se uso de razoabilidade e flexibilidade para regulamentar de acordo com a realidade respectiva de cada órgão e ente federado, sem olvidar que o acompanhamento e o impulso do procedimento licitatório configuram um dever do gestor, que deve promover a gestão por competências, sendo responsável pela designação dos agentes que desempenharão as atividades administrativas, na busca pela eficiência na prestação dos serviços e entrega de resultados, almejando, dessa forma, a concretização dos objetivos do processo licitatório especificados na lei.

## REFERÊNCIAS

- 2ª CONSULTA Pública – Regulamentação da atuação do agente de contratação, equipe de apoio, comissão de contratação, gestores e fiscais de contratos. **Portal de Compras do Governo Federal**, 10 maio 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/noticias/2a-consulta-publica-2013-regulamentacao-da-atuacao-do-agente-de-contratacao-equipe-de-apoio-comissao-de-contratacao-gestores-e-fiscais-de-contratos>. Acesso em: 31 maio 2022.
- AMORIM, Victor. Competência normativa sobre contratações públicas: o que é norma geral e norma específica na Lei n.º 14.133/2021. **ONL**, 1.º abr. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/09/17/competencia-normativa-sobre-contratacoes-publicas-o-que-e-norma-geral-e-norma-especifica-na-lei-no-14-133-2021/>. Acesso em: 8 jun. 2022.
- BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia. **Processo n.º 0532e22**. Origem: Prefeitura Municipal de Mata de São João. Parecer n.º 00627-22. Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/05320e22.odt.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.
- BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Guia de políticas de governança pública**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/guia-da-politica-de-governanca-publica>. Acesso em: 31 jul. 2022.
- BRASIL. **Decreto n. 10.947, de 25 de janeiro de 2022**. Regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.947-de-25-de-janeiro-de-2022-376059032>. Acesso em:
- BRASIL. **Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm). Acesso em: 15 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021a**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 15 jun. 2022.
- BRASIL. **Portaria Seges/ME n. 8.678, de 19 de julho de 2021B**. Dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias/>

portaria-seges-me-no-8-678-de-19-de-julho-de-2021 Acesso em: 1.º ago. 2022.

CARVALHO, Guilherme. PAIVA, Raí. O agente de contratação: crônicas de uma morte anunciada. **Conjur**, 1.º abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-01/licitacoes-contratos-agente-contratacao-cronicas-morte-anunciada>. Acesso em: 8 jun. 2022.

MOTTA, Fabrício. PÉRCIO, Gabriela. Normas gerais e regulamentos na nova Lei de Licitações e contratos: da teoria à prática. **ONL**, 20 mar. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/06/24/normas-gerais-e-regulamentos-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-da-teoria-a-pratica/>. Acesso em: 8 jun. 2022.

PETERS, Brainard Guy. O que é governança? Revista do TCU, n. 127, p. 28-33, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87>. Acesso em; 31 jul. 2022.

RELAÇÃO entre governança e gestão pública. **Tribunal de Contas da União**, [202-?]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/governanca-no-setor-publico/>. Acesso em: 31 jul 2022.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Agente de Contratação. **Zenite**, 22 set. 2021. Disponível em: <https://zenite.blog.br/agente-de-contratacao/>. Acesso em: 8 jun. 2022.

SILVA, Magno Antônio da. O princípio da segregação de funções e sua aplicação no controle processual das despesas: uma abordagem analítica pela ótica das licitações públicas e das contratações administrativas. **Revista do TCU**, Brasília, n. 128, p. 38-51, 2013. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/68>. Acesso em: 8 jun. 2022.

TORRES, Ronny Charles Lopes. **Leis de Licitações Públicas comentadas**. 12. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021.

# 13

## CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSOS ESTRUTURAIS (IN) EFETIVOS? O CONHECIMENTO EM GERENCIAMENTO DE PROJETOS COMO FONTE PARA UM PROCEDIMENTO ADEQUADO

*Matheus Souza Galdino*<sup>155</sup>

Em 8 de julho de 2020, no Supremo Tribunal Federal, o min. Roberto Barroso, nos autos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 709/DF (na qual se afirma “risco de genocídio”, dadas “as gravíssimas falhas do governo federal no enfrentamento da pandemia do coronavírus entre os povos indígenas”), defere a “Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias”.<sup>156</sup>

Em decisão de 21 de agosto de 2020, acerca do plano apresentado, assim se manifestou o ministro relator: “o Plano efetivamente se estende longamente sobre ações passadas já realizadas, que não integram seu objeto [...]. É, ainda, genérico quanto às ações propostas. [...] nova versão do Plano deve ser apresentada até 07.09.2020”.

Em 21 de outubro de 2020, nova decisão que nega homologação à segunda versão do plano: e, ao negar homologação à terceira versão do Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, em 18 de dezembro de 2020, impressiona-se o relator, afirmando que, “após quase 10 meses de pandemia, não tenha a União logrado o mínimo: oferecer um plano com seus elementos essenciais, situação que segue expondo a risco a

---

155 Procurador do Município de Salvador. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Advogado.

156 ADPF 709 MC, Relator(a): ROBERTO BARROSO, julgado em 08/07/2020.



vida e a saúde dos povos indígenas e que mantém em aberto o cumprimento da cautelar deferida por este Juízo”.<sup>157</sup>

O Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros foi apenas parcialmente homologado em 16 de março de 2021, com diversas ressalvas.<sup>158</sup>

E não acabou. Uma quinta versão do Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros também não foi homologada. Tal versão, no entender do ministro relator, “se desconecta da versão anterior, homologada pelo Juízo”.<sup>159</sup>

Como visto, inicialmente com prazo de 30 dias, um ano não foi o suficiente para que fosse apresentado um adequado Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas brasileiros! Em casos assim parece ter lugar o que afirma Wilson Alves de Souza (2013, p. 59): o tempo excessivo da duração de um processo está “diretamente relacionado com a ideia de efetividade, resultando muitas vezes, na prática, em verdadeira negação do acesso à justiça”.

Saliente-se, no particular, que a demora ou falta de efetividade não parece ter decorrido da inércia na condução do processo pelo ministro relator, muito pelo contrário. O procedimento e as técnicas processuais comumente utilizadas em tal processo e outros a ele semelhantes é que não têm se apresentado adequadas à tutela dos direitos discutidos.<sup>160</sup>

Semelhantes à ADPF n. 709/DF, atualmente há, no Supremo Tribunal Federal (STF): a) um processo que pleiteia a superação “das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país”;<sup>161</sup> b) um processo que busca “a redução da letalidade policial e o controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança”<sup>162</sup> de determinado da federação (RJ); c) um processo “revela a existência de um estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental, a exigir providências de natureza estrutural”;<sup>163</sup> d) dois processos que buscam ações planejadas de enfrentamento à pandemia do

157 ADPF 709 MC, Relator(a): ROBERTO BARROSO, julgado em 18/12/2020.

158 ADPF 709 MC, Relator(a): ROBERTO BARROSO, julgado em 16/03/2021.

159 ADPF 709 MC, Relator(a): ROBERTO BARROSO, julgado em 16/06/2021.

160 Sobre a necessidade de um processo adequado à tutela dos direitos, em um contexto geral não vinculado aos processos estruturais, entre outros: Pisani (2002, p. 4-9); Marinoni (2000, p. 59-70); Arenhart (2000, p. 29-44). Expressamente no contexto dos processos estruturais: Arenhart (2013, p. 398); Ferraro (2017, p. 667-669); Marinoni, Arenhart e Mítidiero (2019, p. 534).

161 ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, conforme pedido principal da petição inicial.

162 ADPF 635 MC-TPI-Ref, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, conforme pedido da petição inicial.

163 ADO 60, reautuado como ADPF n. 708, Relator(a): ROBERTO BARROSO, julgado em 28/06/2020.

Covid-19 num primeiro de ordem geral<sup>164</sup> e outro destinado às comunidades quilombolas;<sup>165</sup> e) um processo busca ações concretas, por parte do poder público, “no sentido de preservar a saúde e a vida das populações em situação de rua”.<sup>166</sup>

Para além da relevância dos direitos fundamentais que compõem seus objetos, tais processos, seja pelo que entende a doutrina especializada, seja pelo teor das próprias decisões, enquadram-se no que ficou conhecido na doutrina comparada como *structural reform* (FISS, 1979, p. 2) ou *structural injunction*, (FISS, 2022) ou, como vem sendo recebido na doutrina brasileira,<sup>167</sup> processos estruturais.

A tramitação de tantos e tão relevantes processos estruturais no Supremo Tribunal Federal indica que o afincamento com que a doutrina brasileira<sup>168</sup> estudou e publicou sobre o tema nos últimos anos surtiu relevante efeito.

Em que pese tal constatação, seja com fundamento em um efetivo acesso à justiça, na compreensão que lhe dá Wilson Alves de Souza,<sup>169</sup> seja com fundamento no direito a uma tutela diferenciada, já há muito defendida por Andrea Proto Pisani (1979, p. 536-537), a questão que se coloca não parece dizer respeito ao “se”, mas ao “como” um processo estrutural pode cumprir sua função com efetividade.

Isso porque o grau de (in)efetividade de tal processo implicará, por consequência, em mesmo grau de (in)efetividade do próprio direito (aqui constitucionalmente) tutelado. E, como adverte Calmon de Passos (2009, p. 22), “o que é editado para valer como direito deve ser institucionalizado de modo a possibilitar sua efetiva concretização na convivência social, sem o que se torna irrelevante ou disfuncional”.

164 ADPF 822, Relator(a): MARCO AURÉLIO, julgado em 28/04/2021.

165 ADPF 742 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021

166 ADPF 976, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 25/05/2022

167 Nome, por exemplo, de relevante coletânea sobre o tema, Arenhart, Jobim e Osna (2022).

168 Seria um grande desafio enumerar os diversos livros e artigos publicados sobre o tema nos últimos anos. Apenas a título exemplificativo, cite-se: Arenhart (2013); Grinover, Watanabe e Costa (2017); Arenhart, Osna, Gustavo e Jobim (2021); Barros (2021); Marmelstein (2022); Casimiro, França e Nóbrega (2021); Cota (2019); Dantas (2019); Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira, (2021); Ferraro (2015); Galdino (2022); Galdino (2021); Galdino (2019); Galdino (2019); Jobim (2016); Jobim (2013a); Jobim (2013b); Marçal (2018); Nunes, Cota e Faria (2018); Nunes (2019); Osna (2017); Picoli (2018); Pinho e Côrtes (2014); Pinto (2018); Rodrigues e Varella (2017); Serafim (2021); Souza Jr. (2021); Viana (2021); Violin (2017); Violin (2013); Violin (2019); Vitorelli (2018); Vitorelli (2022); Vitorelli (2021).

169 Nas palavras de Wilson Alves de Souza (2013, p. 337): “não basta garantir o acesso à justiça com uma porta de entrada, impondo-se também o acesso à justiça com uma porta de saída, que é uma decisão final justa e eficaz”.

Este estudo tomará como pano de fundo as sete ADPFs já referidas, seja pela relevância dos direitos tutelados, seja pela flexibilidade procedimental que tradicionalmente lhe é conferida, seja, por fim, por entender que a adoção de um procedimento adequado em tais processos pode, como mais facilidade, servir de modelo para as demais instâncias de justiça.

Preliminarmente, e para reforçar a utilidade do objeto prático deste estudo, entendo por bem apresentar uma defesa prévia contra ideias pré-concebidas que, sem analisar as discussões mais recentes acerca das especificidades dos processos judiciais estruturais, pretendam afastar a possibilidade de sugestões para judicialização de políticas públicas.

Com fundamento nos avanços analíticos da teoria dos processos estruturais promovidos pela doutrina, apresento, em brevíssima síntese, suas principais características relacionando-as com as características de um projeto e seu gerenciamento.

Demonstrada a perfeita identidade entre um projeto e o objeto dos processos estruturais, situo o avançado estágio do conhecimento em gerenciamento de projetos; e, como consequência, apresento proposta de que o procedimento adequado nos processos estruturais tenha referida área do saber como base, seja como boa prática, seja, inclusive, como *soft law*.

## **I CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA RESSALVA E UMA PREMISA NA DEFESA PRÉVIA DO OBJETO PRÁTICO DO ESTUDO**

### **1.1 A DISCUSSÃO MATERIAL DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NÃO É OBJETO DO ESTUDO, MAS A TEM COMO PRESSUPOSTO**

Considerando que a judicialização de políticas públicas é tema fértil em discussões,<sup>170</sup> é preciso afirmar: este estudo não pretende integrar o objeto desse debate, ao menos não no aspecto puramente material. O interesse prático deste artigo, ao tangenciar o tema, exige deixar mais clara a ressalva.

Grande parte das insurgências contra a judicialização de políticas públicas é fundamentada em questões como a intromissão indevida do Judiciário em campo cuja discricionariedade, mérito e conveniência está reservada aos poderes Legislativo e Executivo, a limitação da reserva do financeiramente possível ao Estado para implementação de tais políticas ou a violação do princípio da separação dos poderes (art. 2.º da CRFB/1988).

---

170 Por exemplo, veja: Comparato (1998); Krell (2002); Appio (2012); Arenhart (2005); Grinover (2010); Barroso (2012); Barcellos (2010).

Este estudo não pretende acrescentar uma linha sequer a tal discussão. Pelo contrário, pressupõe a atual jurisprudência acerca do tema, a qual, incontestavelmente,<sup>171</sup> admite o controle judicial de políticas públicas em determinadas circunstâncias, mesmo no contexto de tais questões.

## 1.2 PROCESSOS ESTRUTURAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS:<sup>172</sup> A JUSTA MEDIDA ENTRE SUBSTITUIR O PODER OMISSO E CONSTITUIR-SE EM PODER OMISSO

O surgimento dos processos estruturais<sup>173</sup> foi marcado pelo controle de políticas públicas em uma condução processual fortemente centrada na figura do juiz.<sup>174</sup> Essa não é a realidade atual na compreensão deste estudo.

---

171 Vide, por exemplo: ADPF 347 Mc, Relator(A): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico dje-031 divulg 18-02-2016 public 19-02-2016; RE 669.635 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 17-3-2015, 2ª T, DJE de 13-4-2015; RE 642.536 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 5-2-2013, 1ª T, DJE de 27-2-2013; RE 592.581, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016; AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20-8-2010; AI 759.543 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 17-12-2013, 2ª T, DJE de 12-2-2014; RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2013, 1ª T, DJE de 25-10-2013. Especialmente envolvendo o direito à saúde cite-se: STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070, que inclusive teve em para seu julgamento a realização de audiências públicas acerca do tema; AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20-8-2010; RE 642.536 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 5-2-2013, 1ª T, DJE de 27-2-2013; RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2013, 1ª T, DJE de 25-10-2013; RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000; AI 550.530 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-6-2012, 2ª T, DJE de 16-8-2012; RE 436.996 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 22-11-2005, 2ª T, DJ de 3-2-2006; ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

172 É necessário ressaltar que nem todos os processos estruturais têm por objeto a execução de políticas públicas e, por outro lado, nem todas as políticas públicas são objeto de judicialização por meio de processos estruturais (GALDINO, 2019, p. 27-29). Em parte, parece ser também o entendimento de Edilson Vitorelli (2018) ao afirmar que “litígios de interesse público podem ser resolvidos na via do processo individual, mediante criação de um precedente obrigatório, na via do controle abstrato de constitucionalidade ou por intermédio de processos coletivos, estruturais ou não”. Para exemplos de processos estruturais que não envolvem políticas públicas são os processos de falência e recuperação de empresas: Didier Jr. e Oliveira (2017); Batista (2017).

173 Para Owen Fiss (1979, p. 2) referido modelo processual tem início nos Estados Unidos nos anos seguintes a 1954 e 1955, como resultado do esforço para por em prática o que foi decidido em *Brown v. Board of Education of Topeka*.

174 Tal condução foi posteriormente denominada de modelo do comando-e-controle, marcado por um processo centralizado na figura do juiz, a quem compete decidir inclusive com detalhes como se dará a reestruturação, com uma decisão com pretensão de não ser alterada e em formato de comando (SABEL; SIMON, 2004, p. 1.021-1.022). Tal modelo parece ter se generalizado no início da teoria dos processos estruturais no direito estadunidense, o que pode ser confirmado

É preciso que essa premissa esteja assentada para evitar que a possibilidade de utilização dos processos judiciais estruturais seja combatida por equívoco.

O que hoje se verifica nos processos estruturais envolvendo políticas públicas, sobretudo na prática brasileira,<sup>175</sup> é uma condução processual marcada por uma autocontenção judicial. Em regra e inicialmente, após constatar a necessidade de reestruturação de determinado estado de coisas, o Judiciário estabelece que o próprio poder omissivo (total ou parcialmente) apresente seu plano/proposta para o cumprimento de seu dever, no que parece ser uma justa medida entre substituir o poder omissivo e se constituir (o Judiciário) em outro poder omissivo.<sup>176</sup>

Como exemplos do que se afirma, cite-se, no Brasil, o que consta do voto do relator na ADPF n. 347 MC / DF (entre muitos outros excertos<sup>177</sup> que poderiam ser citados): o que se aguarda do Poder Judiciário é que cumpra “o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados”.<sup>178</sup>

---

pela proeminência com que é tratada a figura do juiz nos escritos de Abram Chayes e Owen Fiss, grandes expoentes da matéria em de tal período. Ver Chayes (1976) e Fiss (1979).

175 É o que decorre do que, na teoria dos processos estruturais, denomina-se modelo experimentalista de processo estrutural. Trata-se de formato de condução do processo identificado por Charles F. Sabel e William H. Simon e que, em linhas gerais, conduz uma reestruturação marcada por uma negociação entre os envolvidos, estabelecendo objetivos a serem alcançados e critérios avaliativos, ambos sujeitos a revisão e marcados pela transparência (SABEL; SIMON, 2004). Para os autores o modelo experimentalista é uma tendência para os processos estruturais, inclusive por guardar maior compatibilidade com a separação dos poderes (SABEL; SIMON, 2004). Veja-se, ainda: Bergallo (2005). Acerca da distinção entre os modelos na doutrina do Brasil, veja-se excelente trabalho de Ferraro (2015). Veja-se ainda: Nunes, Bahia, Gomes e Assis (2019, p. 381).

176 Ao tratar do que denomina plano de ação supervisionada pela justiça nas sentenças estruturais, Leandro J. Gianninni (2019) entende encontrar aí um ponto médio entre a substituição imediata da administração e a mera exortação condicionada a boa vontade do exortado. Nas palavras do autor: “A la hora de encontrar un punto medio entre la substitución por un lado y por el otro, la emisión de exhortaciones condicionadas en su eficacia a la buena voluntad del ‘exhortado’”.

177 Em outro trecho do voto do relator muito relevante no particular se lê: “O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados”. STF. ADPF 347 MC / DF, Relator(A): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico dje-031 divulg 18-02-2016 public 19-02-2016, p. 36.

178 STF. ADPF 347 MC / DF, Relator(A): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico dje-031 divulg 18-02-2016 public 19-02-2016, p. 31

## **2 SÍNTESE DAS CARACTERÍSTICAS<sup>179</sup> DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS<sup>180</sup> E SUA IDENTIFICAÇÃO COM AS CARACTERÍSTICAS DE UM PROJETO**

### **2.1 A IDENTIDADE DA CAUSA DE PEDIR DO PROCESSO ESTRUTURAL E O PROBLEMA OU OPORTUNIDADE EM UM PROJETO**

Segundo a corrente adotada neste estudo, entre as características essenciais do processo estrutural se encontra ter por objeto uma transição não imediata (GALDINO, 2019, p. 367-368) entre estados de coisas<sup>181</sup> em que se pretende alterar “um estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 576). Referido estado de desconformidade é o que Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2018) denominam problema estrutural.

Com outras palavras, e tendo por referência os elementos objetivos de uma demanda,<sup>182</sup> é possível precisar o que caracteriza tal problema estrutural. É estrutural o problema decorrente de fatos jurídicos (causa de pedir

---

179 É importante um esclarecimento metodológico acerca do modo de se compreender tais características. Isso porque, conforme corrente adotada neste estudo, a identificação dos processos estruturais se dá mediante raciocínio por tipo, e não por conceito. Explico: é possível dizer que um raciocínio por conceito se forma pela presença de um número reduzido de características isoladas, exigindo a presença de todas elas para que se afirme presente o que se quer conceituar. O conceito é fechado, ou é um ou é outro, não admite gradações ou incompletudes nas características que o compõem. No raciocínio por tipo, em que pese a existência de um núcleo fixo, uma ou outra de suas características pode estar ausente sem ser necessário questionar a tipicidade do fato em análise. O tipo é aberto, comporta uma adequação em maior ou menor medida, conforme exige a realidade. Acerca da diferenciação entre raciocínio por tipo e por conceito, veja-se Kaufmann (1976, p. 94-95). Defendendo a necessidade de tal compreensão tipológica dos processos estruturais, veja-se: Galdino (2019), Didier Jr. e Zaneti Jr. (2018, p. 580).

180 Ante os limites deste estudo não é possível uma análise completa das características do processo estrutural. Para uma compreensão mais ampla, veja-se, no exato sentido defendido: Galdino (2019); Didier Junior, Zaneti Jr. e Oliveira (2020), com abordagens bastante semelhantes, com maiores ou menores divergências entre outros; Chayes (1976); Fiss (1979); Puga (2013); Arenhart (2013); Jobim (2013); Marçal (2018); Vitorelli (2018); NUNES, COTA e FARIA (2018).

181 Conforme anota Owen Fiss, o processo não visa acabar com um incidente que perturba o *status quo*, mas sim mudar o estado de coisas atual e criar um novo *status quo* (em tradução livre). Nas palavras do autor “it also misapprehends the purpose of remedy, which seeks not just to end an incident that disrupts the status quo, but to change the current state of affairs and create a new status quo” (FISS, 2017).

182 Tal raciocínio já foi levado a efeito em Galdino (2019, p. 690).

remota) constituídos por um estado de coisas<sup>183</sup> (estados fáticos).<sup>184</sup> De modo especial, tal problema se evidencia quando a eficácia jurídica decorrente das ameaças ou provocadas por tal estado de coisas (causa de pedir próxima) não permite um pedido mediato passível de efetivação,<sup>185</sup> salvo após um estado de coisas futuro (ideal).<sup>186</sup>

A letalidade da polícia e demais forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro, questionada na ADPF n. 635/RJ, é exemplo disso. As lesões ou ameaças provocadas pela situação fática denunciada não permitem um pedido passível de imediata efetivação (o que seria possível, por exemplo, pela retirada de todos os servidores da sua atuação, deixando o território sem segurança pública). É necessário uma busca não imediata de uma nova situação fática (treinamento, cultura institucional, procedimentos operacionais, quantitativos de efetivo, efetividade em processos punitivos dentro e fora das forças de segurança etc.) para que as forças de segurança continuem atuando, todavia sem a letalidade atual.

A causa de pedir em um processo estrutural identifica-se perfeitamente com o problema ou oportunidade em um projeto que só se pode resolver em um estado futuro pretendido. No dizer de Ricardo Vargas (2018, p. 242), “todo projeto tem sua origem em um problema ou uma oportunidade” que, segundo Mario Henrique Trentin (2018, p. 19), “impulsionam mudanças nas organizações. Ou seja, para sair do estado atual e atingir um estado futuro desejado, é necessário realizar um ou mais projetos”.<sup>187</sup>

---

183 Para Humberto Ávila (2018, p. 95), um “estado de coisas pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades”. É possível dizer ainda que a compreensão filosófica do “estado de coisas” recebe especial atenção nos trabalhos de Georg H. von Wright, inicialmente classificando este como espécie de fato ao lado de processos e eventos. O autor distingue os três, sobretudo, por meio de exemplos. O *processo* seria algo que está acontecendo, tem uma continuidade “dinâmica”; por exemplo, está chovendo em determinado lugar e tempo; é algo que acontece de modo contínuo durante certo período. Um *estado de coisas* é algo que tem insita uma continuidade “estática” e é analisado em determinado momento, por exemplo nas afirmações de que a população de um país é maior do que a de outro ou de que determinado objeto se encontra sobre uma mesa. Por fim, um *evento* seria um acontecimento, sem continuidade, algo instantâneo; no exemplo do autor, “Brutus matou César” (WRIGHT, 1963, p. 25-27).

184 Um estado fático, na teoria do fato jurídico, envolve um fato com situação de permanência no tempo (MARINONI; MELLO, 2017, p. 92).

185 Isso é admitido para outras hipóteses por Marcos Bernardes de Mello (2015, P. 104-105).

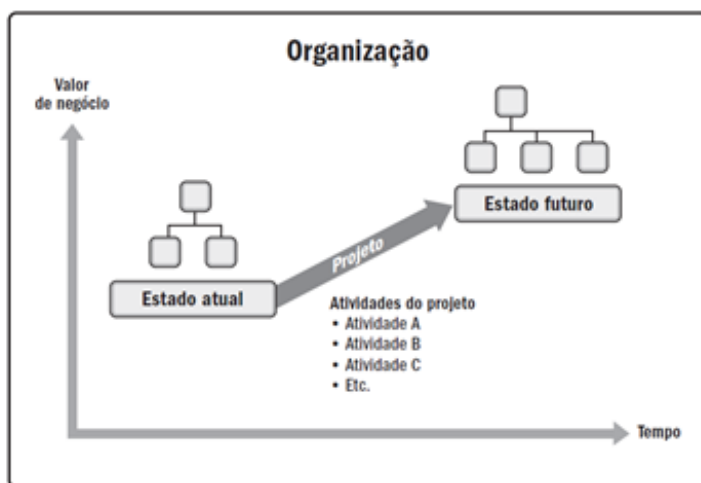
186 Outro fato passa a ter relevância jurídica para o processo, e não é uma causa de pedir remota (ocorrida), mas um estado de coisas futuro (a ocorrer). Em tais casos, em regra, não há indicação do tempo, modo e grau de alcance do estado de coisas futuro, exigindo-se um processo com uma cognição adequada para estabelecê-los e uma execução adequada para efetivá-los. A transição para tal estado de coisas futuro passa a ser, assim, o objeto mediato de um processo, o processo estrutural.

187 No particular é impossível não notar a identidade com o que já afirmamos sobre o objeto dos processos estruturais em outra oportunidade: “a transição entre estados de coisas pode ser representado por meio da expressão  $pTq$ , a qual descreve uma transição T de um p-mundo

No mesmo sentido, a mais importante publicação da área, o *Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos – Guia PMBOK*, em sua sexta edição, assim descreve sua função: “Projetos impulsionam mudanças nas organizações. Do ponto de vista de negócios, um projeto destina-se a mover uma organização de um estado a outro” (PMI, 2017).<sup>188</sup>

Em sequência a publicação apresenta uma figura (figura 1) que expressa com exatidão tanto a dinâmica de um projeto quanto a dinâmica de um processo estrutural. Tal figura representa muito bem o que até aqui se afirmou e, até mesmo, o que se afirmará nos dois itens seguintes.

Figura 1 – Transição de um estado organizacional por meio de um projeto.



Fonte: PMI (2017, p. 6)

A identidade entre a causa de pedir em um processo estrutural e o problema ou oportunidade que movem um projeto parecem assim bem demonstradas.

---

para um q-mundo, aqui definida como expressão geral do objeto dos processos estruturais” (GALDINO, 2022, p. 127).

188 A 7.ª edição do guia contou com mudanças significativas de concepção, mas preservou a utilidade do previsto na 6.ª edição, atualmente na plataforma digital PMIstandards+. No particular, não se verifica alteração essencial. A mudança na 7.ª edição encontra-se entre os princípios de gerenciamento de projetos constantes do “padrão de gerenciamento de projetos”, afirmando, entre outros, que “Os projetos, por definição, criam algo novo: são agentes de mudança” (PMI, 2021, p. 58).



## 2.2 DUPLA RACIONALIDADE ENTRE MEIOS E FINS NO PEDIDO DO PROCESSO ESTRUTURAL E NO OBJETIVO DO GERENCIAMENTO DE PROJETOS

### 2.2.1 *Zweckrational* e a racionalidade entre meios, fins e consequências secundárias

O funcionamento do processo estrutural funda-se não em uma perspectiva causal, mas teleológica (GALDINO, 2019),<sup>189</sup> exigindo a compreensão de uma dupla racionalidade entre meios e fins.

Na primeira delas, com base em Weber, entre outras ações possíveis,<sup>190</sup> age-se de maneira racional referente a fins, a “quem orienta sua ação pelos fins, meios e consequências secundárias, ponderando<sup>191</sup> racionalmente tanto os meios em relação às consequências secundárias, assim como os diferentes fins possíveis entre si” (WEBER, 2000, p. 16).

Um exemplo pode servir de auxiliar à compreensão e origina-se das discussões ocorridas na ADPF n. 347, na qual restou caracterizado um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional decorrente de falhas estruturais e de falência de políticas públicas.

No voto da ministra Carmem Lúcia foi mencionado um discurso de Darcy Ribeiro ocorrido em 1982, no qual ele avisava ao governo “que se não tivesse a construção de muitas escolas no Brasil, nós iríamos, um dia, trazer ao Supremo julgamentos para mandar construir penitenciárias aos montes e não caberia todo mundo”.<sup>192</sup> Segundo os termos do voto, o presságio está se cumprindo.

O estado de coisas constitucional no sistema penitenciário pode ser alcançado por diversos meios. Por uma simplificação quase caricata, o discurso

---

189 Aqui é relevante a distinção com os processos não estruturais cujos fatos são, em regra, analisados de maneira retrospectiva, analisando e verificando a comprovação da ocorrência de fatos passados para identificar, em relação E causa-consequência, qual das partes possui o direito material em discussão. No processo estrutural busca-se um estado fático futuro com base em um juízo prognóstico de relação meio-fim.

190 Para Max Weber (2000, p. 16) toda ação pode ser determinada: 1) de modo racional referente a fins; 2) de modo racional referente a valores; 3) de modo afetivo; 4) de modo tradicional. A *Zweckrational* seria a ação de modo racional referente a fins.

191 Ponderação não deve ser lida, obrigatoriamente, no sentido corrente da linguagem jurídica. Wright (1986, p. 57), com base na expressão alemã *Abwägung*, entende também como atividade ou processo de deliberação.

192 ADPF n. 347 Mc, Relator(A): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico dje-031 divulg 18-02-2016 public 19-02-2016, p. 124.

de Darcy Ribeiro refere-se a duas delas ao menos: a construção de escolas e a construção de penitenciárias.<sup>193</sup>

Noutro exemplo, agora relacionado com o discutido na ADPF n. 976, podemos ter um como objeto do processo (ainda em fase inicial) a garantia do direito à moradia (estabelecido no art. 6.º da Constituição Federal). De início, podem surgir no processo ao menos dois meios que permitem alcançá-lo: a) a construção e a facilitação da aquisição de moradias, inclusive mediante financiamento bancário, modelo que tem sido adotado no Brasil; b) o acesso a auxílios e benefícios que facilitem a locação de moradias sociais, modelo implementado por outros países<sup>194</sup> como França, Inglaterra e Holanda.

No raciocínio proposto, fixado o fim a ser alcançado, os meios devem ser avaliados considerando-se as consequências respectivas. Assim, as opções devem levar em conta o custo da medida, o tempo exigido para a transformação do estado de coisas, a definitividade do modelo escolhido, tudo isso objeto de deliberação, sendo processualmente fixado e passível de reavaliações.

O mesmo ocorre com os projetos.

Segundo Mario Trentim (2018, p. 20-21), “os projetos são meios para atingir fins”. Para atingir tais fins é preciso identificar as alternativas disponíveis, as quais, segundo Ricardo Vargas (2018, p. 261), devem ser avaliadas segundo diversos critérios, “usualmente, critérios relacionados ao desempenho da alternativa, aos seus custos, prazos, riscos, bem como as consequências para o projeto ou para o produto do projeto, precisam ser avaliados”. No Guia PMBOK, 6.ª edição, verifica-se tal preocupação na definição do escopo do projeto ou produto. Segundo a publicação, a “análise de alternativas pode ser usada para avaliar formas de cumprir os requisitos e os objetivos identificados” (PMI, 2017).

---

193 E, possivelmente pela força retórica, desconsidera a possibilidade de atuação conjunta. Ademais, entende-se que a opção é apenas uma expressão de dois modos distintos de tratar o tema, ora pela prevenção, ora pela repressão.

194 Conforme apontam Marina Sanders Paolinelli e Rafaela Guimarães Costa (2015), a França possui 5,5 milhões de unidades de habitação social (*habitation à loyer modéré*), representado 18% das moradias do país. A Inglaterra possui 17% de suas habitações voltadas ao setor (nas *concil houses* ou nas *housing associations*), percentual muito próximo ao dos aluguéis de mercado, que são responsáveis por 19% do setor. Na Holanda, onde os dados mais impressionam, a locação social por meio das *housing associations* representam cerca de 35% do estoque de moradias do país, sendo de apenas de 7% o aluguel de mercado e 58% as moradias decorrentes de casa própria.

### 2.2.2 *Zweckrational* e a deliberação sobre os fins como “plataforma” que possibilita fins adicionais

Com base nos estudos de Georg H. von Wright (1986, p. 61-62),<sup>195</sup> o termo *Zweckrational* pode abranger outra forma de racionalidade que ele denomina uma busca de fins como um meio para fins adicionais. Trata-se aqui de uma deliberação entre diferentes fins, os quais estariam sujeitos ao controle racional feito a partir da análise das consequências resultantes de seu alcance. Utilizando da alegoria de von Wright, o fim é, então, considerado como uma espécie de “plataforma” a ser alcançada, não como um fim em si mesmo, mas por fins adicionais que sua obtenção permitirá.<sup>196</sup>

Um exemplo no contexto da pandemia da Covid-19 permite aprofundar a compreensão e sua relevância.<sup>197</sup> Em âmbito nacional,<sup>198</sup> verificou-se, nos discursos acerca da necessidade ou não de medidas de isolamento social, uma clara controvérsia de prioridades (fins) na política pública de enfrentamento da pandemia da Covid-19, sendo postos frente a frente, de um lado, o direito à vida (art. 5.º, caput da CF/1988) e à saúde (art. 6.º, caput da CF/1988) e, de outro, a ordem econômica (art. 170 da CF/1988) e os direitos e princípios dela decorrentes.<sup>199</sup>

Na prática a discussão, nunca concluída com clareza, era de fato necessária para definir com precisão o fim (qual o objetivo do estado de coisas, qual o fim adicional) para o qual o isolamento se apresentava como meio. Só

---

195 Para o autor, é pouco provável que Max Weber tenha concebido a expressão nesse sentido que ele apresenta, mas o termo também o abrange.

196 O autor apresenta um exemplo elucidativo. Um sujeito, que quer ascender profissionalmente em uma empresa, planeja sua educação como um meio para esse fim, e ele consegue alcançando a renda alta que esperava como resultado. Ocorre que também precisa assumir responsabilidades pesadas e, como consequência, acaba trabalhando demais, negligenciando sua família e prejudicando sua saúde. Pode tornar-se claro para tal pessoa que ela teria uma vida melhor se tivesse estabelecido objetivos menos ambiciosos. A avaliação do fim a ser alcançado é feita, assim, a partir do exame das consequências que seu alcance permitirá. No exemplo, não se tratou de uma busca por ascensão profissional simplesmente, mas sim de um meio de, possuindo uma remuneração melhor, ter uma vida melhor. O fim pretendido foi alcançado (ascensão profissional), contudo as consequências dele esperadas (ter uma vida melhor) não o foram. A escolha do fim, portanto, careceu de racionalidade; ele alcançou o que escolheu, mas escolheu de modo não racional referente a fins. O resultado alcançado não demonstra ausência de racionalidade entre meios e fins, mas sim da escolha entre os fins possíveis, considerando as consequências que implica. É nesse sentido que a racionalidade sobre fins pode ser reconstruída com a preocupação em ser um meio (WRIGHT, 1986, p. 65).

197 Tratando do enfrentamento da pandemia da Covid-19 como objeto de processos estruturais, veja-se: Galdino (2021); Franca (2021); Jobim e Linke (2020).

198 Por vezes também em âmbito estadual e municipal, no que se aplica a mesma fundamentação.

199 Conforme o que se prioriza, o objetivo (fim) da política é alterado, por exemplo, com maior, menor ou mesmo sem nenhuma presença de medidas de isolamento social.

assim seria possível encontrar o tempo, modo e grau adequado, necessário e proporcional *strictu sensu* ao seu alcance.

Prosseguindo com o exemplo. Uma decisão como essa poderia deixar claro o aspecto acessório do isolamento social, sendo esse necessário, apenas e tão somente, à medida que contribui para evitar órbitos decorrentes do coronavírus pelo alcance limite/colapso do sistema de saúde.<sup>200</sup> O isolamento social em tal modelo não teria por objetivo conter o vírus, mas apenas mitigar seus efeitos danosos, dando maior liberdade às atividades da população, inclusive econômicas, sempre que se apresente margem no sistema de saúde.<sup>201</sup>

Por outro lado,<sup>202</sup> pode-se decidir promover o isolamento social em tamanha medida que seja possível reduzir o número de reprodução do contágio<sup>203</sup> para inferior a um, o que implicaria conter o vírus mediante, unicamente, o isolamento social.<sup>204</sup> Verifica-se menor utilização dos sistemas de saúde, com menor desgaste também para os profissionais de saúde, pela própria limitação do contágio, e há estudos científicos, inclusive, que defendem como mais positivos os impactos desse modelo, mesmo para a economia.<sup>205</sup>

No âmbito dos projetos tal compreensão verifica-se na distinção entre objetivo/valor/resultado pretendido (fim adicional, referido acima) e o produto/entregas específicas (plataforma, na linguagem anterior). Assim, para Ricardo Vargas (2018, p. 252), “o objetivo destaca aquilo que se quer atingir com o término do projeto” e, por outro lado, “os produtos são os resultados físicos que determinam a conclusão do projeto”.

---

200 Assim, poder-se-ia, por exemplo, fixar que é preciso a busca de uma equação que promova um isolamento social que não seja tão baixo, a ponto de permitir o colapso de um sistema de saúde, mas que não seja tão alto a ponto de restringir atividades econômicas quando disponíveis vagas ociosas no sistema de saúde.

201 Sem outras medidas, o vírus seria contido ou pela imunização natural da população pelo próprio contágio, ou pela descoberta de uma vacina e sua ampla disponibilização. Trata-se de modelo que não evita as mortes das pessoas assistidas pelo sistema de saúde, as quais permanecem ocorrendo, uma vez que a capacidade do sistema de saúde não implicava garantia de vida contra a doença, mas apenas uma atenuação do número de óbitos.

202 Ou, ainda, entre muitas alternativas e modelos, poder-se-ia decidir por uma promoção do isolamento social até ser possível identificar, mediante testes em massa, os infectados, possibilitando ainda o rastreio dos seus contatos (inclusive possíveis transmissores assintomáticos) para isolá-los, também. Desse modo, o isolamento social teria contribuição relevante, mas não exclusiva, na contenção do vírus. Trata-se do modelo adotado com sucesso, por exemplo, na Coreia do Sul e na China.

203 Número de reprodução ( $R$ ) é expressão técnica da epidemiologia que indica o número médio de pessoas para as quais um infectado transmite o vírus. Quando  $R < 1$  o vírus é contido.

204 Trata-se de estratégia adotada com sucesso, por exemplo, pela Nova Zelândia. No Brasil, o arquipélago de Fernando de Noronha também obteve um bom resultado com a opção.

205 Por exemplo, veja-se Correia e Luck, Stephan (2020).

Segundo o padrão de gerenciamento de projetos do Guia PMBOK 7.<sup>a</sup> edição, em trecho que ressalta a distinção, assim se lê: “Para apoiar a percepção de valor dos projetos, as equipes mudam o foco das entregas para os resultados pretendidos. Isso permite que as equipes de projeto entreguem a visão ou a finalidade do projeto, em vez de simplesmente criar uma entrega específica” (PMI, 2021, p. 36).

### 2.3 PARTES COM TENDÊNCIA À MULTIPOLARIDADE DECORRENTE DOS DIREITOS AFETADOS PELA TRANSIÇÃO ENTRE OS ESTADOS DE COISA

Por fim, em muitas situações o problema estrutural implica lesões ou ameaças de lesões a bens jurídicos diversos em espécie e, sobretudo, em titularidade. Nesses casos ocorre o que a doutrina denomina múltipla incidência,<sup>206</sup> situação em que “de um mesmo fato o ordenamento retira diversas consequências jurídicas” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016). Nesses casos, o problema não se apresenta com dois polos (autor-réu), como tradicionalmente se apresenta um processo judicial, mas em múltiplos polos (ARENHART, 2017, p. 800).

A multipolaridade encontra, aqui, uma especificidade, eis que decorre da titularidade de diversos centros distintos de interesse (policentria) que se encontram entrelaçados<sup>207</sup> no estado de coisas existente ou em transição (GALDINO, 2019, p. 133), sendo cada um deles relacionado a todos os outros, de modo que a solução de um impacta a solução de todos.<sup>208</sup>

---

206 Segundo Pontes de Miranda (1983), “O mesmo fato ou complexo de fatos pode ser suporte fático de mais de uma regra jurídica. Então, as regras jurídicas incidem e fazem-no fato jurídico de cada uma delas, com a sua respectiva irradiação de eficácia. No mundo jurídico, ele é múltiplo; entrou, ou reentrou por várias aberturas, levado por diferentes regras jurídicas, sem deixar de ser, fora desse mundo, ou nele mesmo, inicialmente, um só”. No mesmo sentido, entende Lourival Vilanova (2000, p. 46), ao afirmar sobre o fenômeno da incidência em geral: “Observe-se, normas diversas,  $N'$ ,  $N''$ ,  $N'''$ , podem incidir sobre o mesmo suporte fático  $S$  e perfazer, cada uma, de per si, fatos jurídicos diversos  $F'$ ,  $F''$ ,  $F'''$ ”. Ou, então, uma mesma hipótese, digamos hipótese fática (atendendo ao seu *indirizzzo*)  $H$ , constar em normas diversas  $N'$ ,  $N''$ ,  $N'''$ . Será a hipótese fática comum ligada a consequências várias,  $C'$ ,  $C''$ ,  $C'''$ . Em nível fático, teremos o mesmo fato jurídico com diferentes efeitos, o fato jurídico com eficácia múltipla. A relação um-a-um,  $H/C$  (no plano conceptual) e  $F/E$  (no plano eficaz), é menos frequente, dada a complexidade das interações humanas. As possíveis relações são: um/vários, vários/vários, vários/um (one/many, many/many, many/one, sem excluir a relação one/one)”.

207 Tal compreensão é bem desenvolvida na teoria de Lon L. Fuller sob a figura do problema policêntrico, que é explicado pelo autor com interessante recurso à alegoria da teia de aranha e seus fios. Numa teia, caso seja puxado um dos fios, serão redistribuídas as tensões por toda a teia em um padrão complexo, sendo cada fio um centro distinto de distribuição de tensões (FULLER, 1978, p. 395).

208 Em sentido semelhante, Fletcher (1982, p. 645).

Um exemplo pode ser trazido com base no que se discute na ADPF n. 709. Considerando apenas o compromisso do Brasil firmado no Acordo de Paris em dezembro de 2015, para reduzir em 37% a emissão de gases de efeito estufa em relação ao nível registrado em 2005, há diversos polos de interesse, tais como: produtores de energia, separando entre modais renováveis e não renováveis; produtores de equipamentos diversos, considerando a necessidade de melhoria da eficiência energética; setores da pecuária, da agricultura, dos povos indígenas, dos produtores de carvão vegetal, dos representantes da gestão e dos serviços de carbono, dos representantes da União, estados e municípios, dos órgãos de fiscalização ambiental de todas as esferas de governo, das entidades sem fins lucrativos que tenham por objeto a defesa da fauna e da flora e, possivelmente, dos diversos outros polos e subpolos poderiam ser identificados como potencialmente afetados ou com potencial de afetar a transição entre os estados de coisa.

A exata medida em que cada direito titularizado por tais polos é tutelado decorre do estado ideal de coisas resultante (no exemplo, tempo, modo e grau de busca de um meio ambiente equilibrado), após se recorrer aos postulados da ponderação<sup>209</sup> e da concordância prática,<sup>210</sup> de seu entrelaçamento e da consideração de outros direitos afetados pela transição entre os estados de coisa. Tem-se, também, a ponderação pela atribuição de pesos aos diversos direitos que se entrelaçam e a concordância prática na busca de realização máxima de cada um dos direitos, ainda que parcial ou totalmente em sentido contrários, harmonizando-os de modo que eles sejam protegidos na maior medida possível no estado de coisas futuro.

Mais uma vez, é exatamente o que se verifica no gerenciamento de projetos.

A 7.<sup>a</sup> edição do Guia PMBOK, do mesmo modo que sua versão anterior, trata do tema sob a expressão “partes interessadas” e, por sua relevância, a inclui tanto como um princípio do gerenciamento de projetos (PMI, 2021, p. 31) quanto como um domínio de desempenho de projetos (PMI, 2021, p. 8).

Ainda segundo a versão atual do Guia PMBOK (PMI, 2021, p. 10-12), as atividades de engajamento das partes interessadas começam antes ou no início do projeto e continuam ao longo do projeto mediante a contínua identificação das partes interessadas, a compreensão e a análise de sua posição perante o projeto, a priorização de determinadas partes, o engajamento das

---

209 Escapam aos limites do trabalho maiores considerações acerca do conteúdo da ponderação. Sobre o assunto, ver, entre outros: Canotilho (2003, p. 1.237); Sarmiento (2002); Barroso e Barcellos (2008, p. 117-118); Ávila (2018, p. 186-187).

210 Escapam aos limites do trabalho maiores considerações acerca do conteúdo da concordância prática. Sobre o assunto ver, entre outros: Hesse (1998, p. 66); Canotilho (2003, p. 1.225); Guerra Filho (2003, p. 61); Ávila (2018, p. 186-187).

partes e o seu monitoramento. Nas palavras do guia, “As partes interessadas permeiam todos os aspectos do projeto” (PMI, 2021, p. 14).

Por fim, a execução eficaz do domínio de desempenho, segundo o guia, resulta, entre outros resultados, num “acordo das partes interessadas com os objetivos do projeto”, sendo que “as partes interessadas beneficiárias do projeto apoiam e estão satisfeitas” e “as partes interessadas que podem se opor ao projeto ou às sua entregas não afetam negativamente os resultados do projeto” (PMI, 2021, p. 8).

Como conclusão parcial, é possível afirmar que todas as características essenciais verificadas nos processos estruturais possuem seu correspondente nas características de um projeto. Em verdade, parece-nos que os processos judiciais estruturais são uma espécie de projeto cuja única distinção é ser o objeto de um processo judicial.

A seguir, com base em tal premissa, verifica-se o “porquê” e o “como” o conhecimento em gerenciamento de projetos pode se apresentar como uma resposta à inefetividade dos processos estruturais como fonte para um procedimento adequado ao seu objeto.

### **3 CONHECIMENTO EM GERENCIAMENTO DE PROJETOS E SUA RELEVÂNCIA PARA A EFETIVIDADE DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS**

#### **3.1 DO AVANÇADO ESTÁGIO UNIVERSAL DO CONHECIMENTO EM GERENCIAMENTO DE PROJETOS**

O gerenciamento de projetos não é uma atividade nova. A construção das pirâmides de Gizé, da Muralha da China ou do Taj Mahal são exemplos (PMI, 2017, p. 1) de resultados de projetos sempre lembrados. Mas a sistematização de seu estudo, de fato, é mais recente.

Após 1950 surgem associações dedicadas à disseminação do conhecimento em gerenciamento de projetos de que grandes exemplos são a International Project Management Association (IPMA), atualmente com mais de 300 mil profissionais certificados,<sup>211</sup> e o Project Management Institute (PMI), maior instituição internacional dedicada à disseminação do conhecimento em gerenciamento de projetos, atualmente com mais de um milhão de profissionais certificados. Tal movimento trouxe organicidade, sistematização e organização à área do saber.

Atualmente, há uma diversidade de padrões, métodos, procedimento, técnicas e conjuntos de boas práticas que permitem alcançar a totalidade dos tipos de projeto. Além do já multicitado Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos (Guia PMBOK), que é, possivelmente, a publicação de

---

<sup>211</sup> Disponível em: <https://ipmabrasil.org/sobre>. Acesso em 24 jun. 2022.

maior influência na área, é possível falar ainda do Guia para o Conhecimento em *Scrum* (Guia SBOK) (SATPATHY *et al.*, 2017), o mais divulgado entre as abordagens adaptativas/ágeis, além de diversos outros como os métodos e/ou padrões (MOURA, 2017, p. 5-6), tais como o Prince 2 – Projects in Controlled Environments (projetos em ambientes controlados) –, o Ziel Orientierte Projekt Planung – ZOPP (Planejamento de Projeto Orientado por Objetivos) –, o IPMA Competence Baseline (ICB), a ISO 21.500:2012 etc.

Ademais, saliente-se que o conhecimento em gerenciamento de projeto é, atualmente, aplicável de forma institucionalizada não apenas no meio empresarial, como também nas mais diversas esferas de governo, sendo possível citar, por exemplo, a Metodologia de Gerenciamento de Projetos do SISP do Governo Federal (METODOLOGIA..., 2021) e a Metodologia de Gerenciamento de Projetos do Governo do Estado do Ceará. Ainda no âmbito do executivo, mesmo municípios com o de São Paulo<sup>212</sup> e o de Salvador<sup>213</sup> promoveram iniciativas de difusão de conhecimento em gerenciamento de projetos.

Mas não é só. Mesmo no âmbito do Poder Judiciário o conhecimento em gerenciamento de projetos já é bastante institucionalizado.

No STF, por exemplo, lê-se da Resolução n. 638/2019 que institui, entre outras, a Política de Gestão de Programas e Projetos do Supremo Tribunal Federal (STF). Seu art. 13 diz que a Metodologia de Gerenciamento de Programas e Projetos do STF “terá como referência as melhores práticas em governança de programas e projetos, a exemplo daquelas descritas no Guia PMBOK (Guide to the Project Management Body of Knowledge)”.

No STJ, em sentido semelhante, temos a Metodologia de gestão de projetos do STJ, MGSTJ: guia metodológico;<sup>214</sup> no CNJ temos a Metodologia de Gerenciamento de Projetos MPG (DTI);<sup>215</sup> no CJF temos a Metodologia de Gerenciamento de Projetos.<sup>216</sup> Diversos outros tribunais e conselhos superiores judiciais e de contas seguem caminho semelhante (CJST, TRT-13, TJBA, TRF-1, TJMT, TJCE, TCE-MS, TCE-BA), quase em sua totalidade tendo por referência o Guia PMBOK ou outros dos documentos e padrões do Project Management Institute.

<sup>212</sup> Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/gestao/emasp/cursos/index.php?p=265092>. Acesso em: 24 jun. 2022.

<sup>213</sup> Disponível em: <https://baianabusiness.com.br/modelagem-e-gestao-de-projetos-prefeitura-municipal-de-salvador-pms/>. Acesso em: 24 jun. 2022.

<sup>214</sup> Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/MGP/article/view/3493/3616>. Acesso em: 24 jun. 2022.

<sup>215</sup> Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado223700202108026108738c30f97.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.

<sup>216</sup> Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/planejamento/escritorio-de-projetos/metodologia-de-gerenciamento-de-projetos>. Acesso em: 24 jun. 2022



Como é perceptível, fora da esfera judicial o conhecimento no gerenciamento de projetos é prática adotada de modo generalizado. Sua aceitação ampla e generalizada, a respeitabilidade das certificações e o próprio mérito sistemático dos procedimentos de consenso para a adoção de boas práticas sugerem a efetividade de suas disposições.

Compreende-se que a regra entre os processos judiciais é ter os processos não estruturais que, por definição, não se enquadram como projetos. Por outro lado, para os processos estruturais, o conhecimento em gerenciamento de processos não apenas é aplicável, mas necessário à tutela dos direitos.

Justificada a necessidade de aplicação do conhecimento em gerenciamento de projetos no âmbito judicial, passa-se a propor duas formas pelas quais esse pode ser fonte para o procedimento adequado aos processos estruturais.

## 3.2 O CONHECIMENTO EM GERENCIAMENTO DE PROJETOS COMO PROPOSTA DE PROCEDIMENTO ADEQUADO AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: BOA PRÁTICA E *SOFT LAW* COMO ALTERNATIVAS NÃO EXCLUSIVAS

### 3.2.1 O conhecimento em gerenciamento de projetos como proposta de boa prática para os processos estruturais

Não fosse suficiente a garantia constitucional do acesso à justiça (art. 5.º, XXXV da CRFB), na compreensão que lhe dá Wilson Alves de Souza,<sup>217</sup> e do devido processo legal (art. 5.º, LIV da CRFB), mesmo CPC/2015, em seu artigo 327, § 2.º,<sup>218</sup> poder-se-ia sustentar com base na norma processual de adaptabilidade/flexibilidade do procedimento comum (ou como vem chamando a doutrina de Didier, Cabral e Cunha (2018, p. 88),<sup>219</sup> livre trânsito das técnicas entre os procedimentos), na linha do que aqui se tem defendido, que o juiz utilize do conhecimento em gerenciamento de projetos na busca por construir um procedimento adequado a cada processo estrutural.

<sup>217</sup> Nas palavras de Wilson Alves de Souza (2013, p. 337), “não basta garantir o acesso à justiça com uma porta de entrada, impondo-se também o acesso à justiça com uma porta de saída, que é uma decisão final justa e eficaz. Em sentido semelhante, veja-se Souza (2016).

<sup>218</sup> Art. 327, § 2.º: “Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum” (BRASIL, 2015).

<sup>219</sup> Muito embora, para os autores, permaneça a “necessidade de criação de um procedimento especial para os processos estruturais multipolares”, no atual contexto legislativo, trata-se de solução bastante adequada. Sobre a necessidade de um procedimento especial para os processos estruturais multipolares, Didier Jr., Cunha e Cabral (2018, p. 101).

Em tais casos a utilização pode decorrer de ou gerar o que tem se denominado boas práticas. Segundo o art. 4.º, I, da Portaria n. 140/2019 do CNJ, é considerada uma boa prática “experiência, atividade, ação, caso de sucesso, projeto ou programa, cujos resultados sejam notórios pela eficiência, eficácia e/ou efetividade e contribuam para o aprimoramento e/ou desenvolvimento de determinada tarefa, atividade ou procedimento no Poder Judiciário”.

Como sustentam Didier Jr. e Fernandes (DIDIER JR.; FERNANDES, 2021, p. 181), a boa prática pode ser classificada em “práticas com pretensão de institucionalização e práticas desenvolvidas para atendimento das peculiaridades de um caso concreto”. Aquelas nascem de cima para baixo, em regra por meio de institucionalização pelo CNJ, enquanto as últimas surgem pela adoção em casos concretos, sem prejuízo de uma posterior institucionalização, inclusive na forma prevista pela Portaria n. 140/2019 do CNJ.

Eis o primeiro espaço para utilização do conhecimento em gerenciamento de projetos para construção do procedimento adequado em processos estruturais. O magistrado, em seu caso concreto, verificando tratar-se de um processo estrutural (e, entendendo ser o caso, de prosseguimento do feito com a busca pelo estado de coisas ideal), deverá nomear um gerente do projeto (leia-se, do objeto do processo estrutural), em aplicação do § 2.º do art. 327 do CPC, à semelhança do que ocorre com a o deferimento da recuperação judicial (art. 52, I da Lei n. 11.101/2005).

Conforme o caso concreto, e com o auxílio do então nomeado gerente do projeto (e de seu conhecimento em gerenciamento de projetos), é que o magistrado, sem prejuízo da participação dos demais interessados, irá definir a estrutura do procedimento mais adequado ao caso, eis que, conforme a atual compreensão no gerenciamento de projetos, há diversas abordagens para além da tradicional abordagem preditiva de “apresentar um plano no prazo de 30 dias”, comumente adotada e quase nunca adequada.

Fala-se atualmente, conforme o objeto do projeto, em abordagens iterativa, incremental, adaptativa/ágil, híbrida etc. A definição de tal abordagem é que será o ponto de partida para adequação procedimental do caso, vindo a implicar na periodicidade das audiências, no conteúdo e na forma da instrução, no conteúdo das decisões e suas mudanças, na periodicidade da execução de entregas, monitoramento e controle, entre outras variáveis do procedimento, até o encerramento do processo.

### **3.2.2 O conhecimento em gerenciamento de projetos como *soft law* para os processos estruturais**

Um outro formato de institucionalização da utilização do conhecimento em gerenciamento de projetos nos processos estruturais vem do que a teoria das fontes (inclusive em direito processual) (DIDIER JR., 2020, p. 84-86) denomina *soft law*.

Segundo a doutrina, em direito processual destaca-se, no particular, o papel das recomendações do CNJ. Conforme anota Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez (2021, p. 185), “mais de 50 das 110 recomendações editadas pelo Conselho até 5.10.2021 versam, em alguma medida, sobre matéria processual”.

Assim, uma outra alternativa, possivelmente de maior disseminação, seria a publicação de uma recomendação do CNJ, naturalmente prescritiva, mas não cogente, no sentido da adoção, pelos magistrados, do conhecimento em gerenciamento de projetos quando na condução de um processo estrutural.

#### 4 CONCLUSÕES

A partir da identificação de um problema de efetividade nos processos estruturais, buscou-se verificar a aptidão do conhecimento em gerenciamento de projetos como base para um procedimento adequado.

Verificou-se uma perfeita identidade entre as características dos processos estruturais frente a um projeto e seu gerenciamento.

Analisou-se o estágio do conhecimento em gerenciamento de projeto, cuja especialização acabou por mostrar-se útil a tornar-se referência para a criação de procedimentos adequados aos processos estruturais.

Verificou-se, por fim, a possibilidade da adequação procedimental proposta, seja com base nas normas constitucionais, seja com base no CPC.

Como alternativas para a concretização da proposta de utilização do conhecimento em gerenciamento de projetos nos processos estruturais, verificou-se que esta poderia ocorrer como uma boa prática (institucionalizada ou não) ou ainda por meio de *soft law*, sendo que as recomendações do CNJ são o maior exemplo.

#### REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das políticas públicas no Brasil**. 1. ed. 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *In*: MAZZEI, Mazzei; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 504-527.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, v. 225, p. 389-410, 2013.

- ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 799-824.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos Estruturais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 101-132.
- BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Tutela (estrutural) do direito e o caso George Floyd: lições da Corte Constitucional Colombiana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 124, p. 189-209, mar-abr. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(SYN)Thesis**, Rio de Janeiro, v.5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional dos princípios. *In*: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101-135.
- BATISTA, Felipe Vieira. **A recuperação judicial como processo coletivo**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.
- BERGALLO, Paola. Justice and Experimentalism: The Judiciary’s Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Paper 44, p. 1-29, 2005.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria n. 140, de 25 de setembro de 2019. Institui e regulamenta o Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário. Disponível em: [https://www.tst.jus.br/informativos-lp/-/asset\\_publisher/0ZPq/document/id/25039235](https://www.tst.jus.br/informativos-lp/-/asset_publisher/0ZPq/document/id/25039235). Acesso em: 26 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em: 26 jun. 2022.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução n. 638, de 10 de junho de 2019**. Institui a Política de Gestão da Estratégia, a Política de Gestão de Processos de Trabalho, a Política de Gestão de Riscos e a Política de Gestão de Programas e Projetos do Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO638-2019.PDF>. Acesso em: 26 jun. 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASIMIRO, Matheus. FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega. Processos estruturais e direito à moradia no sul global: contribuições das experiências sul-africana e colombiana. **Revista Opinião Jurídica, Fortaleza**, v. 19, n. 32, p. 148-183, set./dez. 2021.
- CHAYES, Abram. The Role of the Judge In Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, maio 1976.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.
- CORREIA, Sergio; LUCK, Stephan; VERNER, Emil. Pandemics Depress the Economy. **Public Health Interventions Do Not: Evidence from the 1918 Flu**, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3561560>. Acesso em: .
- COTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da Participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.
- DANTAS, Eduardo Souza. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2019.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. V. 1.
- DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Antonio do Passo. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.
- DIDIER JR, Fredie; FERNANDES, Leandro. Introdução ao estudo das boas práticas na administração da justiça: a relevância dogmática da inovação. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 165-198, jul./dez. 2021.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR. Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes. Comentários ao art. 333 do Código de Processo Civil de 2015. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves**

**Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 957-958.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.).

**Processos Estruturais.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 423-461.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais.** Salvador: Juspodivm, 2017, p. 354-368.

FERRARO, Marcela Pereira. Litígios Estruturais: Entre técnica processual e tutela dos direitos. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (coord); DOTTI, Rogéria. (org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos:** estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 665-682

FERRARO, Marcela. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural.** 2015. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, 1979

FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos Estruturais.** 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 35-56.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982.

FRANCA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Processos estruturais e COVID-19: efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, p. 31-58, 2021.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978.

GALDINO, Matheus Souza. A competência adequada nos processos estruturais e o Direito brasileiro: Propostas a partir do enfrentamento de uma pandemia. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 873-899.

GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais.** 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 675-725.

- GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.
- GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.
- GALDINO, Matheus Souza. Processos Estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n. 3, p. 358-385, set./dez. 2019.
- GIANNINNI, Leandro J. Litigio Estructural Y Control. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 147-156.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, p. 10-37, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 475-492.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direito Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- JOBIM, Marco Félix. A previsão das medidas estruturantes no art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *In*: ZANETI Jr., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.
- JOBIM, Marco Félix. Brown v. Board of education: a origem das medidas estruturantes. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 7, n. 26, p. 441-465, maio/ago. 2013a.
- JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013b.
- JOBIM, Marco Félix; LINKE, Micaela Porto Filchtiner. A pandemia da covid-19 no Brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 1, n. 3, set./ dez. 2020, p. 377-426.
- KAUFMANN, Arthur. **Analogía y “naturaleza de la cosa”**: hacia una teoría de la comprensión jurídica. Trad. Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

- MARÇAL, Felipe Barreto. **Medidas e processos estruturantes (multifocais)**: características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.
- Marcos Bernardes de Mello; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARINONI, Luis Guilherme; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica: art. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MARMELSTEIN, George. Meaningful Engagement: South African contributions to structural litigation in Brazil. **Revista Opinião Jurídica**, v. 20, p. 165-201, 2022.
- METODOLOGIA de Gerenciamento de Projetos do SISP (MGP-SISP). **Governo Digital**, 27 jan. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/governo-digital/pt-br/sisp/documentos/metodologia-de-gerenciamento-de-projetos-do-sisp-mgp-sisp>. Acesso em: 24 jun. 2022.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. T. 1.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; GOMES, Renata; ASSIS, Rafaela. Processo estrutural e litigância de interesse público. *In*: NUNES, Dierle Nunes; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (orgs.) **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.
- NUNES, Leonardo Silva. A Certificação de Processos Estruturais. *In*: Luís Alberto Reichelt; Marco Félix Jobim (org.). **Coletivização e Unidade do Direito**, Londrina, v. 1, p. 323-343, 2019.
- NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos Litígios aos Processos Estruturais: Pressupostos e Fundamentos. *In*: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar (orgs.). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” – Decisões Estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 177-202.



- PAOLINELLI, Marina Sanders; COSTA, Rafaela Guimarães. **Locação Social, por que não?** [s.l.]: Escola de Arquitetura da Universidade Federal de Minas Gerais, 2015.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XIII, p. 229-258, jan./jun. 2014.
- PINTO, Henrique Alves. **O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.
- PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 4. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2002.
- PISANI, Andrea Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 34, p. 536-537, 1979.
- PMI. Project Management Institute. **PMBOK – Guia de Boas Práticas para Gestão de Projetos**. 6. ed. [s.l.]: [s.n.], 2017.
- PMI. Project Management Institute. **PMBOK – Guia de Boas Práticas para Gestão de Projetos**. 7. ed. [s.l.]: [s.n.], 2021.
- PUGA, Mariela. **Litígio Estrutural**. 2013. Tese (Doutorado) – Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.
- RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. As Structural Injunctions e o Direito Processual Brasileiro: Apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação e da executividade das medidas estruturantes no âmbito da Litigância de Interesse Público. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 513-539.
- SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, p. 1.016-1.101, fev. 2004.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 97-106.
- SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- SOUZA JR., Ulisses Lopes de. Nem os juízes são cientistas nem os tribunais são laboratórios – a prova estatística: admissibilidade e aplicação nos pro-

- cessos estruturais. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2013.
- SOUZA, Wilson Alves de. **Los Limites Subjetivos Internos de La Jurisdicción**. Salvador: Dois de julho, 2016.
- TRENTIM, Mario Henrique. **PMP Express – Guia para Certificações PMP e CAPM: atualizado para o Guia PMBOK 6.ª edição**. São Paulo: ABDR, 2018, p. 19
- VARGAS, Ricardo Viana. **Gerenciamento de projetos: estabelecendo diferenciais competitivos**. 9. ed. [s.l.]: Brasport, 2018,
- VIANA, Thaís Costa Teixeira. Os processos estruturais entre a máxima do interesse público e o paradigma de flexibilidade processual: reflexões sobre o contraste à luz do regime de estabilidades processuais. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1.097-1.116.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade no Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 303-352.
- VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: A experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.
- VIOLIN, Jordão. **Protagonismo Judiciário e processo coletivo estrutural**. Salvador: Juspodivm, 2013.
- VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 43, v. 284, p. 333-369, 2018.
- VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**; 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 269-323.
- VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 3. ed. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. V. 1.
- WRIGHT, Georg Henrik von. **Norm and action: a logical enquiry**. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1963.
- WRIGHT, Georg Henrik von. Rationality: Means and Ends. **Rivista/Journal Epistemologia IX**, Genova, 1986.p. 57-72.

# 14

## A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E O PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Rafael Carrera<sup>220</sup>

### 1 O PROGRAMA DE INTEGRIDADE<sup>221</sup> NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Um conjunto de diplomas normativos mais recentes, incluindo a Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC), tem exigido a implementação do programa de integridade para determinados *players* de mercado que desejam se relacionar com o Estado.

A finalidade básica do programa de integridade é incentivar o *fair play* e, ao mesmo tempo, combater o “jogo sujo”. Para tanto, alguns diplomas normativos condicionam a contratação ou sua continuidade à comprovação, pelo licitante e/ou fornecedor, da implementação de mecanismos e procedimentos de defesa da conformidade, combatendo a corrupção, as fraudes e a concorrência desleal.

Porém, esse não é o único objetivo, pois o programa de integridade, ao reclamar uma gestão de riscos mais eficiente, tende a contribuir também para reduzir os ruídos contratuais, promovendo segurança, transparência e maior desempenho, a conferir, por exemplo, o art. 3.º da Lei distrital n. 6.112/2018 (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Conforme o art. 3.º da Lei Distrital n. 6.112/2018:

Art. 3.º O Programa de Integridade tem por objetivos: (Redação do caput dada pela Lei n. 6308 de 13/06/2019).

---

<sup>220</sup> Rafael Carrera Freitas. Procurador do Município do Salvador. Doutor em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Mestre em Direito Público.

<sup>221</sup> Trataremos, neste artigo, o programa de integridade como sinônimo do programa de compliance, embora alguns doutrinadores apontem diferenças entre ambos. O programa de integridade se destinaria mais ao combate à corrupção, enquanto o programa de compliance teria um espectro mais amplo, com políticas de inclusão e diversidade, por exemplo.

I - proteger a administração pública distrital dos atos lesivos que resultem em prejuízos materiais ou financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; (Redação do inciso dada pela Lei n. 6308 de 13/06/2019).

II - garantir a execução dos contratos e demais instrumentos em conformidade com a lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; (Redação do inciso dada pela Lei n. 6308 de 13/06/2019).

III - reduzir os riscos inerentes aos contratos e demais instrumentos, provendo maior segurança e transparência em sua consecução; (Redação do inciso dada pela Lei n. 6308 de 13/06/2019).

IV - obter melhores desempenhos e garantir a qualidade nas relações contratuais.

A NLLC tende a consolidar uma tendência de difusão do programa de integridade nas contratações públicas. Em quatro momentos distintos, o novo diploma menciona a expressão programa de integridade:

- no art. 25, § 4.º, quando trata das licitações de grande vulto para o licitante vencedor e obriga a implementação do programa de integridade no prazo de 6 (seis) meses;
- no art. 60, inciso IV, quando trata dos critérios de desempate;
- no art. 156, inciso V, como condição atenuante da pena;
- no art. 163, parágrafo único, como condição de reabilitação para as faltas dos incisos VIII e XII do art. 155.

Antes, a Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016, conhecida como Lei das Estatais, já havia previsto, no art. 32, inciso V, que, dentre as diretrizes aplicadas às licitações e contratos das estatais, estaria a “observação da política de integridade nas transações com partes interessadas [...]” (BRASIL, 2016).

Além dos diplomas legislativos citados acima, Lei n. 14.133/2021 e Lei n. 13.303/2016, editados pela União, vale o registro de que algumas legislações estaduais que tratam de licitações e contratos em seus respectivos âmbitos já mencionavam o programa de integridade. Esse foi o caso dos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Mato Grosso, Pernambuco e também do Distrito Federal:

- Rio de Janeiro, Lei n. 7.753, de 17 de outubro de 2017;
- Espírito Santo, Lei n. 10.793, de 21 de dezembro de 2017;
- Distrito Federal, Lei n. 6.112, de 2 de fevereiro de 2018;
- Pernambuco, Lei n. 16.722, de 9 de dezembro de 2019;
- Mato Grosso, Lei n. 11.123, de 8 de maio de 2020.

Logo, ao final de dois anos conforme fixado pelo art. 193 da Lei n. 14.133/2021, todos que atuam com licitações e contratos administrativos, notadamente nas entidades federadas que não dispunham de legislação tratando do programa de integridade, precisarão estar devidamente apresentados ao programa e operá-lo em nível adequado.<sup>222</sup>

## 2 O PROGRAMA DE INTEGRIDADE: CONCEITO

O art. 41 do Decreto n. 8.420, de 2015, antigo regulamento da Lei n. 12.846, de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, definia o programa de integridade. Esse dispositivo foi revogado, assim como todo o Decreto n. 8.420/2015, pelo Decreto n. 11.129, de 11 de julho de 2022, mas quase toda a redação do art. 41 do antigo regulamento foi preservada pelo art. 56 do novel decreto, como se nota da tabela abaixo:

Tabela 1 – Comparativo entre os art. 51 (Decreto n. 8.420/2015) e art. 56 (Decreto n. 11.129/2022).

Decreto n. 8.420, de 2015	Decreto n. 11.129, de 2022
<p>Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de (...) detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira [...]</p>	<p>Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de: <i>I - prevenir</i>, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e <i>II – fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.</i></p>

Fonte: elaboração própria.

Em síntese, a tabela revela que o que foi acrescido ao dispositivo enaltece a necessidade de expandir uma cultura de integridade para além do combate às fraudes, evidenciando a ideia de que o programa de integridade envolve duas frentes, demonstradas na figura 1 a seguir:

<sup>222</sup> Após a entrega deste artigo foi editada, pelo Governo Federal, a Medida Provisória n. 1.167, de 31 de março de 2023, prorrogando o prazo previsto no art. 193 da Lei n. 14.133/2021, de dois anos, que terminaria em 1.º de abril de 2023, para 29 de dezembro de 2023, sob as condições especificadas na MPV.

Figura 1 – Frentes do programa de integridade.

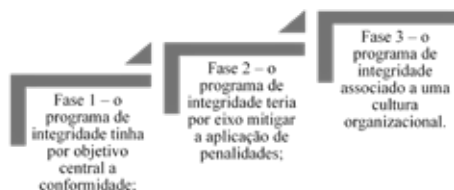


Fonte: elaboração própria.

Na frente 1, adota-se o conjunto de mecanismos e procedimentos internos a fim de melhor gestar os riscos, mitigando os eventos indesejados e *elevando o padrão de conformidade*; na frente 2, espera-se que o programa de integridade, por meio de uma comunicação eficaz, desperte a todos acerca da importância de *uma cultura de integridade* para a posição da empresa no mercado.

A doutrina já falava a respeito da importância da cultura de integridade, inclusive, colocando esse aspecto como relevante na caracterização do estágio atual dos programas de conformidade. Assinala Matheus Cunha (2022) que o programa de integridade teria experimentado três fases, conforme demonstra a figura 2.

Figura 2 – Fases do programa de integridade.



Fonte: elaboração própria, adaptado de Cunha (2022).

Nesse sentido, o Decreto n. 11.129/2022, ao inserir, no inciso I do art. 56, a ideia de prevenção ao risco e, no inciso II do mesmo artigo, a cultura de integridade, teria acudido ao texto normativo algo já consagrado pela literatura especializada e pelos operadores do programa de compliance. Tanto que a ISO, com a norma 37301 (CONHEÇA..., [202-?]), quanto a Controladoria Geral da União (CGU) (EMPRESA..., 2021), com o selo pró-ética, exigiam, antes mesmo do Decreto n. 11.129/2022, demonstrações de que os princípios e diretrizes do Código de Conduta estariam de fato disseminados por toda a organização.

Essa sensação de espraiamento da cultura de integridade se tornará mais perceptível a partir dos registros que serão exigidos das licitantes e das

empresas contratadas pelos órgãos de fiscalização para que se faça a prova da efetividade do programa de compliance.

Não se aceita um programa de integridade apenas “para inglês ver”! A origem da expressão “para inglês ver” é polêmica, mas aquela mais bem aceita é a que remonta ao império quando, para satisfazer a uma exigência da Inglaterra, o Brasil editou a Lei Feijó (1831), *que nunca pegou*, combatendo o tráfico de pessoas da África (COMO SURTIU..., 2018).

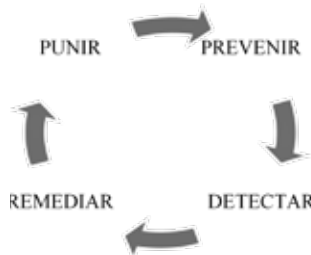
Como sinalizado por Guerra (2017), os escândalos da Enron, da World-Com e da Tyco, no início do milênio, seguidos pelas revelações da Operação Lava-Jato no Brasil deveriam ser o bastante para demonstrar que a gestão corporativa (GC) baseada na *governança do parecer ser*, e não do *ser*, teria ajudado a conduzir aos fracassos de gestão aqui listados, e que seria crucial aprender com os erros.

Considerando o quanto disposto na série *Compliance à luz da governança corporativa*, produzida pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC, 2017), conclui-se: um programa de compliance efetivo é fundamental para o sistema de governança; daí, se o programa que é parte do alicerce da *governança* existe apenas no papel, isto é, está apenas “para inglês ver”, a governança, por conseguinte, não avançou para o mundo do ser, deixando de acumular as lições que os insucessos poderiam proporcionar.

### 3 OS EIXOS DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Tomando a antiga redação do art. 41 do Decreto n. 8.420/2015 como referência, seriam quatro as ações chaves do programa de integridade:

Figura 3 – Ações chaves do programa de integridade.



Fonte: elaboração própria.

De maneira geral, existe uma associação entre as ações e o combate às fraudes e à corrupção. Não se perde com o Decreto n. 11.129/2022 essas características. Continua sendo relevante ao programa de integridade atacar as fraudes, sob essas quatro formas.

A sua representação em círculo reflete bem uma inter-relação entre as atividades, de tal modo que uma retroalimentaria a outra. As medidas preventivas são aperfeiçoadas, ao passo que novos riscos são detectados, remediados, e infratores são punidos.

O Decreto n. 11.129/2022, no art. 56, além de deixar expresso o verbo *prevenir*, no seu inciso I, incluiu também o verbo *fomentar*, no inciso II. O quinteto atual de ações que representa o programa de integridade ficou, então, assim constituído:

Figura 4 – Quinteto de ações do programa de integridade.



Fonte: elaboração própria.

O quinto elemento, diferentemente dos demais, não está diretamente associado ao combate às fraudes e à corrupção. Fomentar uma cultura organizacional de integridade não deixa de colaborar para a formação de um ambiente menos sujeito a vícios; porém, o que o distingue é o compartilhamento de valores. Por exemplo, o quanto a organização se esforça para conscientizar seus colaboradores de que é importante investir em políticas de consumo de energia sustentável e o quanto essa prática pode agregar de valor para a companhia, abandonando ou reduzindo drasticamente a demanda por combustíveis fósseis e mais poluentes.

Inúmeras organizações atualmente estão preocupadas em associar seus produtos e serviços a valores como meio ambiente, políticas sociais e governança. Os programas de integridade irão demarcar mecanismos e procedimentos para demonstrar que a percepção dos consumidores e dos demais stakeholders não é apenas resultado de uma “maquilagem” bem-feita, mas que a marca *Environmental, Social and Governance* (ESG), associada ao bem que se está consumindo, é fruto de uma preocupação séria e responsável de todos os que atuam na organização.

Um dos pilares do programa de integridade é o suporte da alta administração. Estando a governança intimamente associada à ideia de liderança dentro da organização, e tendo relação com o processo de tomada de decisão, a efetividade da boa governança depende da experimentação de boas práticas que vão além da conformidade. Guerra (2017, p. 21), uma das pioneiras



no estudo da governança corporativa (GC) no Brasil, membro-fundadora do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, afirma que “O problema começa quando a abordagem para a adoção dessas boas práticas de GC está focada na mera conformidade a um conjunto de regras. E apenas isso”.

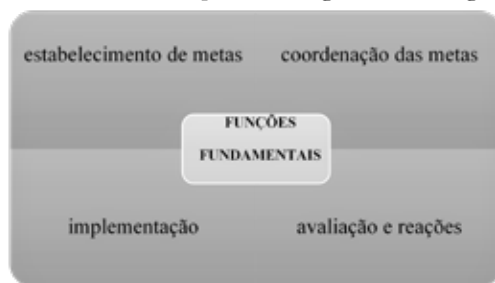
Por isso, os programas de compliance, em geral, estão associados a uma *governança corporativa*, quando implementados nas organizações privadas, e a uma *governança pública*, quando implementados nas instituições públicas. A ideia de governança<sup>223</sup> é única, embora se diferencie na aplicação, pois a administração do Estado obedece a princípios e regras distintas da atuação privada.<sup>224</sup>

Foi nos últimos 40 (quarenta) anos que se desenvolveram teorias acerca da governança que a fizeram se dissociar da ideia de governar. Segundo Olivieri, Nestlehner e Paiva Jr. (2018, p. 232), “Até 1980, a literatura acadêmica não diferenciava governança de governar, sendo ambos o exercício de autoridade sobre instituições públicas ou privadas para garantir o controle e complementar a responsabilização”.

A ideia, todavia, de *governar*, estaria associada ao resultado do processo de governança. O conceito de governança enfoca, assim, as funções básicas que devem ser desenvolvidas para se governar.

Para Peters (2013), estar-se-ia falando de quatro funções fundamentais, conforme demonstradas na figura 5.

Figura 5 – Funções fundamentais do processo de governança, segundo Peters (2013).



Fonte: elaboração própria.

<sup>223</sup> O termo governança não goza de um único sentido, havendo divergências doutrinárias acerca de seu alcance. Daí, adotou-se neste trabalho uma espécie de núcleo que se encontra presente seja qual for a corrente que trate de governança. A ideia, afinal, neste escorço não seria discorrer sobre as controvérsias de significado da palavra *governança*, mas sim oferecer ao leitor uma noção básica.

<sup>224</sup> “Enquanto as empresas privadas, na busca de objetivos quantificáveis como lucro e crescimento financeiro para seus acionistas, têm como referência os recursos financeiros derivados de suas atividades, as empresas públicas devem observar as possíveis externalidades de suas ações, tais como o seu impacto ambiental e social, mesmo que não previstos em suas obrigações legais [...]” (OLIVIERI, C.; NESTLEHNER, J.; PAIVA JR., 2018, p. 238).

A *governança* tem a ver com o processo de tomada de decisão que alcança todas as funções ditas fundamentais e, por conseguinte, com a distribuição de poder dentro da organização, pública ou privada. Abarca os mecanismos e procedimentos de participação dos atores envolvidos. Numa organização privada, a *proteção dos interesses dos acionistas minoritários (fairness)*, tal qual, sobressair-se-ia; já para uma instituição pública, o destaque seria para a vertente da *transparência (disclosure)*. Numa hipótese ou noutra, sempre se deve ponderar a necessidade de prestação de contas (*accountability*) e a responsabilização dos administradores e demais agentes de governança.

A GC seria, segundo o IBGC (GOVERNANÇA..., [202-?]), “[...] o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”.

Em linguagem simples e de forma bastante genérica, GC, segundo CARVALHO (2002), seria descrita como os mecanismos ou princípios que governam o processo decisório dentro de uma empresa, visando minimizar os problemas.

Com outras palavras, a Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD, 2015) defende que a GC seria um conjunto de relacionamentos entre a gerência da companhia, seus conselhos, acionistas e outros stakeholders, por meio do qual são estabelecidos os objetivos da companhia e a forma de monitoramento da performance. Assim:

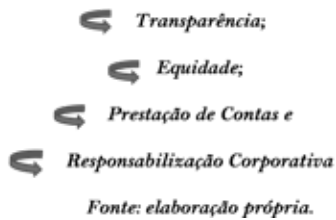
A governança corporativa envolve um conjunto de relações entre a administração de uma empresa, seu conselho, seus acionistas e demais *stakeholders*. A governança corporativa também fornece a estrutura através da qual os objetivos da empresa são definidos, e os meios para atingir esses objetivos e monitorar o desempenho são determinados (OECD, 2015, p. 9, tradução livre).<sup>225</sup>

A *governança corporativa* tem, por objetivo principal, a maximização do valor da empresa e o retorno justo em prol de seus investidores (SLOMSKI, 2007). Aliada a tais objetivos emerge a chamada *boa governança*, pautada em princípios éticos, alguns já citados e que podem ser vistos na figura 6.

---

<sup>225</sup> No original: “Corporate governance involves a set of relationship between a company’s management, its board, its shareholders and other stakeholders. Corporate governance also provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined”.

Figura 6 – Princípios éticos da boa governança.



Fonte: elaboração própria.

Se tomamos os verbos-chaves da *governança pública*, apanhados do Decreto Federal n. 9.203/2017, para os confrontar com as ações voltadas para a *integridade*, há uma clara sinergia, pois são complementares as atuações: quem dirige deve preocupar-se em prevenir riscos, monitorar os processos para detectar eventuais falhas e avaliar, para poder premiar ou punir, a partir de boas práticas de governança e de uma cultura de integridade que se mostre efetiva.

Figura 7 – Verbos-chaves da governança pública, segundo o Decreto Federal n. 9.203/2017.



Fonte: elaboração própria.

Figura 8 – Ações voltadas para a integridade.



Fonte: elaboração própria.

O conceito de Governança Pública está posto no art. 2.º, inciso I, do Decreto n. 9.203/2017 (BRASIL, 2017, grifo nosso):

Art. 2.º [...] ]

I - governança pública - conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para *avaliar, direcionar e monitorar* a gestão, com vistas à condução de políticas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

O compadrio entre a governança e a integridade é tamanho que o art. 3.º, inciso II, do Decreto n. 9.203/2017 (BRASIL, 2017, grifo nosso), a coloca como um dos princípios daquela:

Art. 3.º São princípios da governança pública:

I – capacidade de resposta;

II – *integridade*;

III – confiabilidade;

IV – melhoria regulatória;

V – prestação de contas e responsabilidade e

VI – transparência.

Para os órgãos e entidades federais da administração direta, autárquica e fundacional é obrigatória a instituição do programa de integridade, como se depreende do art. 19 do Decreto n. 9.203, de 2017 (BRASIL, 2017). Ainda nesse dispositivo está dito que o programa de integridade deve estar estruturado em quatro eixos, conforme indicado pela figura 9.

Figura 9 – Eixos de estruturação do programa de Integridade, segundo o art. 19 do Decreto n. 9.203/ 2017.



Fonte: elaboração própria.

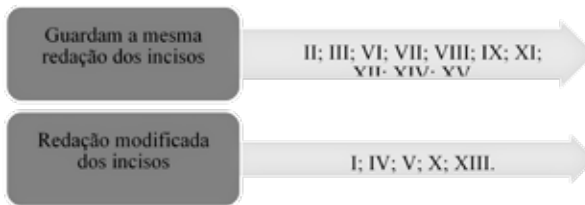
É possível, assim, identificar uma afinidade entre as funções fundamentais e os princípios da *governança*, seja *corporativa*, seja *pública* e o *programa de integridade*.

#### 4 OS PILARES DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

A principal referência aos pilares do programa de integridade era o art. 42 do Decreto n. 8.420/2015, que antecedeu ao Decreto n. 11.129/2022.

Os parâmetros que embasavam o art. 42 do Decreto n. 8.420/2015 agora dão sustentação ao art. 57 do Decreto n. 11.129/2022, e tão somente em cinco dos quinze incisos principais houve alteração do dispositivo, sempre para acrescentar algo, jamais para suprimir. Faz-se constar na figura 10 dados em que se confirma essa assertiva, comparando-se os vários incisos do art. 42 do Decreto n. 8.420/2015 (BRASIL, 2015) com o art. 57 do Decreto n. 11.129/2017 (BRASIL, 2017):

Figura 10 – Dados comparativos do art. 42 (Decreto n. 8.420/2015) com o art. 57 (Decreto n. 11.129/2017).



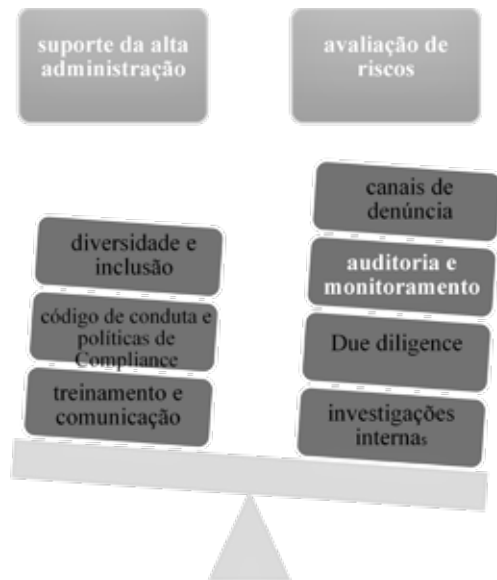
Fonte: elaboração própria.

Nota-se que, no inciso I, o acréscimo foi no sentido de que a participação da alta gestão no programa de integridade também será medida pelo investimento ou pelo tamanho do recurso destinado ao programa de integridade. Já no IV, além de treinamento, a nova redação acrescentou ações de comunicação com o objetivo de difundir o programa de integridade. No inciso V do regulamento, no lugar de usar a expressão análise de risco, utilizou-se gestão adequada de risco e foi prevista a possibilidade de realocação de recursos. Por último, o inciso XIII, além de organizar o dispositivo em alíneas, trouxe a necessidade de implementação de diligências apropriadas na contratação de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem, e na realização de supervisão de patrocínios e doações.

A figura 11 traz em destaque os nove pilares do programa de compliance que foram definidos pela United State Federal Sentencing Guidelines (BLOK, 2020): suporte da alta administração, avaliação de riscos, diversidade e inclusão, código de conduta e políticas de compliance, treinamento e

capacitação, canais de denúncia, auditoria e monitoramento, *due diligence* e investigações internas.

Figura 11 – Nove pilares do programa de Compliance definidos pela United State Federal Sentencing Guidelines.



Fonte: elaboração própria.

A Legal Ethics Compliance (LEC), empresa privada com sede em São Paulo e uma das maiores comunidades de compliance do mundo, atuando desde 2012 em capacitação e treinamentos voltados para o público interessado, considera que são 10 os pilares do programa de compliance, acrescentando o *controle interno* aos nove elementos propostos pela Federal Sentencing Guidelines (OS 10 PILARES..., 2017).

A Controladoria Geral da União (CGU), por sua vez, entende serem cinco os pilares do programa de compliance, conforme indicado no quadro 2.

Quadro 2 – Cinco pilares do programa de compliance segundo a CGU.

<p>Comprometimento e apoio da alta administração.</p> <p>Instância adequada e independente responsável pelo Programa de Integridade.</p> <p>Análise de Perfil e de Riscos.</p> <p>Estruturação das Regras e Instrumentos.</p> <p>Monitoramento Contínuo</p>
---

Fonte: elaboração própria.

Independentemente de quantos pilares a instituição venha a adotar, o programa de compliance, para fazer algum sentido, inclusive para os órgãos de controle, precisa ser efetivo, e isso significa que os seus pilares não podem apenas constar de um documento. É necessário que a organização faça a prova da sua implementação, do emprego das ferramentas e mecanismos que o caracterizam.

A CGU (ROSÁRIO *et al.*, 2017), por exemplo, cita em *seu Manual de Implementação do Programa de Integridade*, como meios de prova da efetiva existência do suporte da alta administração: a) adotar postura ética exemplar e solicitar que todos os colaboradores também o façam; b) patrocinar o programa de integridade com atos concretos de apoio; c) participar das etapas de implementação.

Figura 12 – Meios de prova da efetiva existência do suporte da alta administração conforme a CGU.



Fonte: elaboração própria.

Cada etapa, eventos e os incidentes do programa de integridade devem ser catalogados, visto que é preciso fazer a prova para as autoridades, inclusive para o fiscal do contrato, e até mesmo para eventuais stakeholders privados. Além disso, tais registros servirão também para quando a pessoa jurídica quiser obter uma certificação, a exemplo da ISO 37301, ou reconhecimento, como acontece com o selo Empresa Pró Ética oferecido pela Controladoria Geral da União (CGU). A figura 13 mostra algumas das organizações bem avaliadas no período de 2020-2021 pela CGU (EMPRESA..., 2021).

Figura 13 – Organizações com selo Empresa Pró Ética avaliadas no período de 2020-2021 pela CGU.



Fonte: Empresa... (2021).

Para conseguir, no todo ou em parte, atingir tais objetivos, a unidade de compliance deve contar com independência, estrutura e autoridade, nos termos do inciso IX do Decreto n. 11.129, de 2022.

Quem está obrigado a ter um programa de integridade precisa – tanto quanto quem fará a fiscalização de sua existência, funcionamento e efetividade – conhecer, inicialmente, os pilares do compliance, na medida em que precisa filtrar o que deve ser documentado com mais rigor e o que poderia ser dispensável.

A CGU disponibiliza, na sua página oficial, vários relatórios de integridade, nos quais examina os programas adotados por inúmeras organizações.<sup>226</sup> A partir deles, é possível conhecer melhor cada pilar e seus desdobramentos e, por conseguinte, o que deve ser provado e como deve ser feita essa prova para se assegurar a conformidade do programa.

Para este estudo, tomar-se-á como referência o relatório de avaliação de integridade e governança disponibilizado no portal da CGU (BRASIL, 2021), referente à análise da situação da Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (Hemobrás), datado de 19 de março de 2021.

<sup>226</sup> Disponível em: <https://encurtador.com.br/hiNO1>. Acesso em: 2 ago. 2022.



## **5 OS RELATÓRIOS DA CGU: BOAS REFERÊNCIAS PARA SE AVALIAR OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE**

Guerra (MILLER apud GUERRA, 2017)) diz que um bom conselheiro, referindo-se aos Conselhos de Administração das Empresas – e aqui transporte às autoridades e, em especial, aos fiscais dos contratos ou a quem mais os assessora na atividade de inspecionar o programa de compliance das licitantes vencedoras e/ou contratadas – deve cultivar a seguinte máxima: “arte e disciplina para discernir as ações corretas, positivas e mais adequadas e, então, ter criatividade e coragem para adotá-las” (MILLER apud GUERRA, 2017, p. 40).

É muito provável que, para a maior parte dos agentes públicos envolvidos com licitações e contratos, o programa de compliance esteja aparecendo pela primeira vez. Logo, a produção de documentos, artigos, manuais e outros recursos pela CGU, bem assim por outros órgãos de controle, vai, especialmente nesta fase inicial, dar guarida e motivação aos atos e decisões que serão produzidos pela administração pública.

Vale registrar que “auditar” um programa de integridade não é tarefa fácil; ao contrário, exige certo grau de experiência (prática, portanto) e vasto conhecimento teórico sobre o tema, duas qualidades que não se reúnem de uma hora para outra.

Não há precedentes dos tribunais que tratem especificamente da obrigatoriedade de a contratada implementar o programa de integridade. A alternativa seria ampliar a busca para precedentes dos tribunais de contas e do Poder Judiciário que tratem de questões correlatas aos pilares do programa compliance.

Enfim, é nesse contexto, de relativo vazio das fontes normativas oficiais, que sobressaem os relatórios da Controladoria-Geral da União.

### **5.1 RELATÓRIO DA HEMOBRÁS (ANO DE REFERÊNCIA 2021)**

A primeira constatação relevante é que o Relatório de Avaliação da Empresa de Hemoderivados e Biotecnologia (Hemobrás) (BRASIL, 2021, p. 3), além da integridade, avança para avaliar a governança, o que só reforça a tese de que as duas áreas estão interligadas.

O trabalho de avaliação, como parte da atividade de auditoria interna, consiste na obtenção e na análise de evidências com o objetivo de fornecer opiniões ou conclusões independentes sobre um objeto de auditoria. Objetiva também avaliar a eficácia dos processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles internos [...]

Os resultados dos exames n. 1 e 11 remontam ao gerenciamento de risco, que, como anunciado antes, precisa estar provado com medidas efetivas:

Resultado do exame n. 1 - elaborar cronograma para mapeamento dos fluxogramas das atividades de controle; [...]

Resultado do exame n. 11 - mapeamento incompleto dos riscos de fraude e corrupção.

Os resultados dos exames de n. 2, 3, 5 e 6 remetem ao monitoramento contínuo do programa de integridade e de uma de suas finalidades: o combate à corrupção e às fraudes. Corresponde também à avaliação da efetividade de um dos pilares e um dos quatro eixos do programa, o monitoramento e a auditoria, anteriormente declinados:

Resultado do exame n. 2 - elaborar indicadores de desempenho capazes de identificar alterações anormais, decorrentes de fraude e corrupção;

Resultado do exame n. 3 - inexecução de indicadores específicos para as denúncias e as pesquisas de satisfação; [...]

Resultado do exame n. 5 - inexecução da implementação de indicadores para avaliar o desempenho do programa de integridade;

Resultado do exame n. 6 - ausência de monitoramento do cumprimento de cláusulas contratuais anticorrupção.

O resultado do exame n. 4 remonta às investigações internas, igualmente outro pilar do programa de integridade: “Resultado do exame n. 4 - aperfeiçoar a proposta de controle dos processos administrativos disciplinares”.

O resultado do exame n. 7 sugere que a CGU faz o apanhado não apenas do programa de integridade em si, mas levanta dados sobre o próprio setor de Compliance, para constatar se existe autonomia necessária e se as condições de trabalho estão adequadas: “Resultado do exame n. 7 - fragilidades do setor responsável pelo programa de integridade que limitam a evolução do plano de ações de aperfeiçoamento e comprometem o efetivo funcionamento do programa”.

O resultado do exame n. 8 trata de outro pilar do programa de integridade, o Código de Conduta e Ética. Neste caso, a CGU assinala a necessidade de finalizar a tarefa de revisão do Código de Ética: “Resultado do exame n. 8 - inconclusão da revisão do Código de Conduta e de Integridade”.

Os resultados dos exames n. 9 e 10 reportam-se ao treinamento e capacitação, respectivamente, também pilar do programa de integridade:

Resultado do exame n. 9 - ausência de treinamento ou reunião de orientação referente à contratação e supervisão de terceiros;

Resultado do exame n. - ausência de capacitações para os e terceiros contratados.

## 6 CONCLUSÃO

A NLLC consolida uma tendência que já despontava com o aumento do número de leis estaduais, exigindo, sobretudo, o programa de integridade de licitantes vencedoras e empresas contratadas pela administração pública.

Aos operadores de licitações e contratos cada vez mais se exigirá amplo conhecimento acerca do programa de integridade e dos princípios da boa governança, porém a escassez inicial de fontes oficiais, especialmente precedentes das cortes de contas e do Poder Judiciário, concorrerá para dar algum destaque aos relatórios de integridade já publicados pelos órgãos de controle, a citar a CGU.

Os achados da CGU consignados em relatórios de integridade e governança revelam, sobretudo, que o programa de integridade precisa mais do que de prescrições em papel para ser considerado, demandando ações efetivas de implementação. Cada pilar ou eixo do programa, ou ainda as funções fundamentais da governança, precisa convergir em registros confiáveis que assegurem os valores eleitos no Código de Conduta e Ética.

O programa de compliance não apenas busca combater as fraudes e a corrupção no âmbito das licitações e contratos, incentivando o jogo limpo, o *fair play*, condenando o jogo de planilhas, a formação de cartéis de preços, o direcionamento da licitação, dentre outras formas de vícios concorrenciais; visa, ainda, estimular as boas práticas, disseminando pela organização a cultura da integridade, o compromisso ético com o meio ambiente, o social e a governança – valores que são caros à Humanidade.

## REFERÊNCIAS

BLOK, M. **Compliance e governança corporativa**. 3. ed. [s.l.]: Freitas Bastos, 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Relatório de Avaliação – Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia: Exercício 2020**. Relatório de avaliação da Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (HemoBrás). Brasília: CGU, 2021. Disponível em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/958669>. Acesso em: 9 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fun-

dacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm). Acesso em: 1.º ago. 2022.

**BRASIL. Decreto n. 11.129, de 11 de julho de 2022.** Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1.º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm). Acesso em: 2 ago. 2022.

**BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015.** Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1.º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm). Acesso em: 29 jul. 2022.

**BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

**BRASIL. Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

CARVALHO, A. G.. Governança corporativa no Brasil em perspectiva. **Revista de Administração**, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 19-32, jul./set. 2002. Disponível em: <https://encurtador.com.br/fqAQ2>. Acesso em: 9 ago. 2022.

COMO SURTIU a expressão “para inglês ver”? **Superinteressante**, 10 abr 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/como-surgiu-a-expressao-2/>. Acesso em: 7 ago. 2022.

CONHEÇA a ISO 37301: nova norma sobre Sistemas de Gestão de Compliance. **360º Compliance**, [202-?]. Disponível em: <https://360compliance.com.br/conheca-a-iso-37301-nova-norma-sobre-sistemas-de-gestao-de-compliance/>. Acesso em: 7 ago. 2022.

CUNHA, Matheus. **Curso de Compliance Anticorrupção + Certificação CPC-A**. no Módulo Legislações Anticorrupção, oferecido pela empresa Legal Ethics Compliance (LEC), 45.ª turma, maio/jun. 2022. Disponível em: [https://academy.lec.com.br/enrollments/7189212/courses/123826/course\\_contents/2367359](https://academy.lec.com.br/enrollments/7189212/courses/123826/course_contents/2367359). Acesso em: 9 ago. 2022.

DISTRITO FEDERAL. **Lei n. 6.112, de 2 de fevereiro de 2018.** Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder, e dá outras providências. Disponível em: <http://>

[www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/3bf29283d9ea42ce9b8feff3d4fa253e/Lei\\_6112\\_02\\_02\\_2018.html](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/3bf29283d9ea42ce9b8feff3d4fa253e/Lei_6112_02_02_2018.html). Acesso em: 30 jul. 2022.

EMPRESA pró ética. **Controladoria-Geral da União**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 7 ago 2022.

ESPÍRITO SANTO. **Lei n. 10.793, de 21 de dezembro de 2017**. Institui o Código de Conduta e Integridade a ser observado pelos fornecedores de bens e prestadores de serviços ao Estado do Espírito Santo. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI107932017.html>. Acesso em: 1.º ago. 2022.

GOVERNANÇA Corporativa. IBGC, Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, [202-?]. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 1.º ago. 2022.

GUERRA, Sandra. **A Caixa Preta da Governança**. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Compliance à luz de governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2017. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/23486/Publicacao-IBGCorienta-ComplianceSobaLuzDaGC-2017.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2022.

MATO GROSSO. **Lei n. 11.123, de 8 de maio de 2020**. Dispõe sobre a instituição do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado de Mato Grosso e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=395099>. Acesso em: 1.º ago. 2022.

OECD. Organization for Economic Co-Operation and Development. **G20/OECD Principles of Corporate Governance**. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2022.

OLIVIERI, C.; NESTLEHNER, J.; PAIVA JR., P. Governança, governança corporativa e governança pública: os diferentes debates de um conceito em construção. **REA – Revista Eletrônica de Administração**, v. 17, n. 2, p. 230 a 247, 2018.

OS 10 PILARES de um programa de compliance. **LEC**, 17 out. 2017. Disponível em: <https://lec.com.br/os-10-pilares-de-um-programa-de-compliance/>. Acesso em: 1.º ago. 2022.

PERNAMBUCO. **Lei n. 16.722, de 9 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a obrigatoriedade de implantação de Programa de Integridade por pessoas jurídicas de direito privado que contratarem com o Estado de Pernambuco. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=1&numero=16722&complemento=0&ano=2019&tipo=&url=>. Acesso em: 1.º ago. 2022.

PETERS, Brainard Guy. O que é Governança? **Revista TCU**, n. 127, 2013.

Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87>. Acesso em: 5 ago. 2022.

RIO DE JANEIRO. **Lei n. 7753, de 17 de outubro de 2017**. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>. Acesso em: 31 jul. 2022.

ROSÁRIO, Wagner. *et al.* Manual de Implementação do Programa de Integridade. Brasília: Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União, 2017. Disponível em: [https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/manual\\_implementacao\\_programa\\_integridade.pdf](https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/manual_implementacao_programa_integridade.pdf). Acesso em: 8 ago. 2022.

SLOMSKI, V. **Controladoria e governança na gestão pública**. São Paulo: Atlas. 2007.

# 15

## LIMITES AOS MUNICÍPIOS NA CONTRATAÇÃO DE CANTORES E GRUPOS MUSICAIS NOS FESTEJOS JUNINOS: ATIVISMO JUDICIAL OU APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS?

Rodrigo Moraes<sup>227</sup>

“Viver é melhor que sonhar  
E eu sei que o amor é uma coisa boa.  
Mas também sei que qualquer canto  
É menor do que a vida de qualquer pessoa.”

Belchior  
 (“Como nossos pais”)

Por conta da pandemia da Covid-19, não houve festejos juninos nos anos de 2020 e 2021. A ausência da tradicional festa de São João trouxe

---

<sup>227</sup> Advogado. Procurador do Município do Salvador. Professor de Direito Civil, Direito Autoral e Propriedade Industrial da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA. Pós-Graduado em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia (UFBA). Presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB-BA (2019-2021 e 2022-2024). Diretor e sócio da Associação Brasileira de Direito Autoral (ABDA). Representante Seccional (Bahia) da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), biênio 2022-2023. Sócio da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI). Sócio do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA). Foi presidente da Comissão de Educação, Cultura, Esporte e Lazer da OAB-BA, triênio 2007-2009. Membro da Comissão de Cultura e Arte do Conselho Federal da OAB (2019-2021). Consócio do Instituto dos Advogados da Bahia (IAB). Autor do livro *Os direitos morais do autor: repersonalizando o Direito Autoral* (2.<sup>a</sup> edição, Lumen Juris, 2021) e *Evolução da Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil: do rádio ao streaming* (Lumen Juris, 2021). Organizador dos livros *Estudos de Direito Autoral em homenagem a José Carlos Costa Netto* (Edufba, 2017), *Orlando Gomes, o cronista* (Edufba, 2021) e *Estudos de Direito Autoral em homenagem a Hildebrando Pontes* (Lumen Juris, 2022). E-mail: rodrigo@rodrigomoraes.com.br.

enormes prejuízos não apenas para o setor musical, como também para toda a economia do Nordeste.

Mas, felizmente, em 2022, as festas juninas retornaram com força.

Uma polêmica envolvendo o cantor sertanejo Zé Neto e a cantora Anitta deu início a um debate nacional sobre a questão da contratação de cantores por municípios. No dia 12 de maio de 2022, Zé Neto criticou Anitta nos seguintes termos: “Nós somos artistas que não dependemos de Lei Rouanet. Nosso cachê quem paga é o povo. A gente não precisa fazer tatuagem no ‘toba’ para mostrar se a gente está bem ou mal”.

Internautas saíram em defesa de Anitta e pleitearam uma “CPI do sertanejo”, para investigar cachês de cantores sertanejos contratados por municipalidades. É farisaico o discurso do autoelogio de não depender da Lei Rouanet (Lei Federal n. 8.313/1991) quando se aceita verba pública de prefeituras através de contratações por inexigibilidade de licitação. A verba é pública nas duas hipóteses. A imprensa começou a divulgar diversas contratações de Zé Neto com verba pública.<sup>228</sup> Foi aberta a Caixa de Pandora.

Ressurgiu uma antiga polêmica: existem limites para os gestores públicos municipais contratarem grupos musicais? Caso afirmativo, quais seriam? Como seria a aplicação dos princípios da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade? Como conciliar o direito à cultura, previsto no art. 215 da Constituição Federal, com os direitos à educação, saúde, segurança e transporte? Como conciliar políticas públicas essenciais com escassez de recursos?

Antes de enfrentar essas indagações, é importante dizer que, em muitos municípios do Nordeste, ainda não existem procuradores municipais concursados. A Câmara dos Deputados já aprovou em dois turnos a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 153, de 2003, que inclui, no art. 132 da Constituição Federal, a obrigatoriedade de as municipalidades terem procuradores municipais concursados. Cabe, agora, ao Senado Federal aprovar a constitucionalização da carreira de procurador municipal. No Senado, a PEC n. 153/2003 ganhou o número 017/2012. O fato de a PEC estar há uma década no Senado Federal sem ter sido, ainda, pautada, demonstra, por si só, a falta de prioridade dos senadores nessa relevante questão para o fortalecimento da defesa do interesse público. É preciso fortalecer a advocacia pública. A Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM) vem batalhando pela aprovação da referida PEC.

O procurador municipal concursado poderia atuar de forma independente no assessoramento do município. Ele estaria protegido de perseguições e interferências indevidas. Estaria imune a mandatos temporários, alternância de poder, oportunismo de gestores e interesses político-partidário.

<sup>228</sup> Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/musica/noticia/2022/05/19/verbas-publicas-de-prefeituras-a-sertanejos-e-outras-voam-debate-apos-ze-neto-criticar-lei-rouanet.ghtml>. Acesso em: 19 jul. 2022.



rios. É preciso haver estabilidade na carreira de procurador municipal para que seja feito um assessoramento jurídico isento, inclusive nesse importante item de fiscalizar a contratação de grupos musicais para os festejos juninos.

Há diversas espécies de irregularidades de gestores públicos em matéria de contratação de grupos musicais para as festividades de São João: cachês com sobrepreço; inadimplemento de direitos autorais junto ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad); atraso no pagamento dos cachês dos contratados. À guisa de exemplo, o gestor da Bahiatursa, em 2016, reconheceu publicamente o atraso no pagamento de cachês de inúmeros artistas baianos. Alegou, para a imprensa, o não convincente argumento de “dificuldades financeiras enfrentadas pelo governo do estado” (COSTA JÚNIOR, 2016). O referido gestor, durante anos, foi “useiro e vezeiro” no atraso no pagamento de cachês de diversos trabalhadores do setor musical, tanto nos festejos juninos quanto nos carnavalescos. Atrasos que se estenderam por mais de um ano! Esse “Xote da Mora”, corriqueiro em terras baianas, fere o princípio da moralidade administrativa e traz prejuízos a inúmeros trabalhadores do setor musical.

O Poder Judiciário, não raro, não atua com eficiência na prevenção de desmandos de gestores públicos. Às vezes, inclusive, dá mau exemplo para a sociedade. À guisa de exemplo, em novembro de 2019, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia inaugurou uma escultura em homenagem a Ruy Barbosa, obra cuja autoria foi atribuída ao artista plástico Tatti Moreno. O valor da contratação foi de R\$ 562 mil. Conforme noticiou a imprensa, “o valor do contrato e a dispensa de licitação só foram publicados no Diário da Justiça Eletrônico no dia do aniversário do jurista e data de inauguração da obra” (CARDOZO, 2019). O Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Bahia (Sinpojud) também publicizou esse fato.<sup>229</sup> O presidente do TJBA, em 2019, era o desembargador Gesivaldo Britto, um dos réus na Operação Faroeste. Ele foi afastado de suas funções em novembro de 2019 e, em 2021, o TJBA concedeu-lhe aposentadoria compulsória, por ter atingido a idade de 75 anos.

Todo gestor público sabe que música é algo importantíssimo para seu projeto de poder. É preciso agradar ao povo. Alegria-lo. Entretê-lo. Diverti-lo. Distraí-lo. Aliená-lo, ou seja, torná-lo alheio. Música capta eleitores. Conquista votos. Para ser político popular, faz-se necessário contratar artistas populares. Tais celebridades contribuem para a construção da popularidade do chefe do Executivo.

A velha política do “pão e circo” continua a pleno vapor no Nordeste brasileiro. O *panem et circenses dos romanos* é incrivelmente atual. A socieda-

---

<sup>229</sup> Disponível em: <https://www.sinpojud.org.br/siscon/print.php?id=16381>. Acesso em: 5 jul. 2022.

de do espetáculo continua com gigantesca força. Hoje, os Coliseus são praças e logradouros públicos, com milhares e milhares de pessoas em frente a um palco, ovacionando artistas.

No Império Romano, a política do pão e do circo visava à abstenção política do povo. Tinha a finalidade de anestesiá-lo, para que não reclamasse dos problemas sofridos, muitos deles gerados pela omissão dos próprios gestores, promotores dos espetáculos. O “*pão e circo*” tinha o intuito de evitar que o povo se revoltasse e pleiteasse direitos. Povo politicamente analfabeto não pode estar faminto ou aborrecido. Massa de manobra precisa estar bem alimentada e divertida.

O “respeitável público” é desrespeitado cotidianamente. Precisa de música para atenuar sua insatisfação com os serviços públicos de péssima qualidade. É preciso extravasar para aguentar a seca na região semiárida, a situação caótica do Sistema Único de Saúde, a desmotivação dos professores nas escolas públicas, mal remunerados e tratados com desdém, o trânsito insuportável, a violência etc.

Até pouco tempo atrás havia, no Brasil, os famosos *showmícios*, proibidos com o advento da Lei n. 11.300/2006, que introduziu o § 7.º ao art. 39 do Estatuto Eleitoral (Lei n. 9.504/1997). Foi um importante passo rumo à democracia. A proibição de *showmícios* é digna de encômios, e não de repúdio; de aplausos, e não de vaias. O intuito da minirreforma eleitoral foi democratizar as campanhas, reduzir custos, implementar mais transparência aos gastos e inibir a nefasta prática de “caixa dois”. O processo eleitoral, sem tal tipo de megaevento, fica um pouco mais democrático. Torna-se menos glamouroso e injusto. Consequentemente, obtém-se um pouco mais de competitividade entre os candidatos. Tal proibição abraça o princípio da isonomia (CF, art. 5.º, caput).

Essa proibição de *showmícios* não viola a livre expressão da atividade artística (CF, art. 5.º, IX). O artista pode, perfeitamente, trabalhar durante o período de campanha eleitoral. Em seus shows, pode não somente cantar suas canções, como criticar o Congresso Nacional, a Assembleia Legislativa, a Câmara Municipal, o Poder Judiciário, o Presidente da República, o governador, o prefeito etc. A proibição advinda com a Lei n. 11.300/2006 restringe-se, tão somente, a participações em *showmícios*. O ex-ministro do STF Carlos Ayres Britto afirmou que show e política “são como água e óleo”; não se misturam. Pertinente comparação. Pergunta-se: quem deve eleger os nossos representantes na atual sociedade do espetáculo? O povo ou o público brasileiro?

Acabaram os *showmícios*<sup>230</sup>, mas continuam a fraude e a falta de transparência nos gastos com shows musicais promovidos pelo poder público, em detrimento de direitos fundamentais importantíssimos como educação, saúde e segurança pública; e em detrimento de diversos compositores, que são caloteados, como se verá mais adiante.

O presente estudo, na sequência, fará a análise de um episódio que teve ampla repercussão, em 2022, nos órgãos de imprensa da Bahia e de todo o Brasil: a atuação do Poder Judiciário do Estado da Bahia contra os valores que seriam gastos, pelo município de Teolândia, na XVI Festa da Banana (JUSTIÇA..., 2022).

## **1 A POLÊMICA “FESTA DA BANANA”, EM 2022, NO MUNICÍPIO DE TEOLÂNDIA**

No dia 2 de junho de 2022, o Ministério Público do Estado da Bahia (MP-BA) ajuizou uma ação civil pública contra o Município de Teolândia – situado no sul da Bahia – e vários contratados, com o intuito de impedir as comemorações da XVI Festa da Banana, previstas para o período de 4 a 13 de junho de 2022. O fundamento foi o de desproporcionalidade entre os custos dos festejos em cotejo com a situação econômica e financeira da municipalidade. Teolândia possui cerca de 15 mil habitantes, segundo dados do IBGE.

Segundo o MP-BA, o Município de Teolândia havia reconhecido, através do Decreto Municipal n. 148/2021, estado de emergência com prazo de 180 dias, em decorrência das fortes chuvas sofridas na região. Somente o cantor Gusttavo Lima receberia o cachê de R\$ 704 mil. No final de 2021, o município de Teolândia, em estado de emergência, recebeu cerca de R\$

---

230 O STF, por maioria, em 7 de outubro de 2021, julgou parcialmente procedente a ADI 5970/DF. Sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade da participação não remunerada de artistas em eventos de arrecadação de recursos para campanhas eleitorais. O STF julgou parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 23, § 4.º, V, da Lei nº 9.504/1997. Segundo o STF, “a proibição dos showmícios e eventos assemelhados não vulnera a liberdade de expressão, já que a norma em questão não se traduz em uma censura prévia ou em proibição do engajamento político dos artistas, visto que dela não se extrai impedimento para que um artista manifeste seu posicionamento político em seus shows ou em suas apresentações.” Para o STF, “enquanto o showmício configura uma modalidade de propaganda eleitoral direcionada ao público em geral para obtenção de votos, o evento destinado à arrecadação de recursos para a campanha eleitoral tem finalidade diversa, qual seja, a de mobilizar os apoiadores da candidatura com o intuito de obter recursos para a viabilização da campanha eleitoral. A realização de evento dessa natureza tem respaldo constitucional, por se tratar de uma modalidade de doação que proporciona ao eleitor, como pessoa física, participar do financiamento da democracia representativa, o que reflete o espírito republicano da Carta de 1988, pois possibilita que o cidadão viabilize ativamente o projeto político de sua escolha”.

2,3 milhões do governo federal, quase o valor previsto para ser gasto com a Festa da Banana. Segundo informações constantes na petição inicial da ação civil pública, o Município de Teolândia investiu em saúde, no ano de 2021, R\$ 5.084.891. Os gastos com a XVI Festa da Banana ultrapassariam o valor de R\$ 2.000.000,00, alcançando aproximadamente 40% do valor gasto pela municipalidade em saúde no exercício de 2021. Segundo o MP-BA, o “investimento” nesse único evento – XVI Festa da Banana – equivalia “a 06 (seis) meses e meio de investimentos em saúde no ano de 2021”.

A prefeita do município, Maria Baitinga, conhecida como Rosa, afirmou que a contratação de Gustavo Lima seria “a realização de um sonho”. Para o MP-BA, contudo, esse “sonho” (pessoal) da gestora seria “incompreensível e incompatível com a envergadura municipal”.

No dia 3 de junho de 2022, a juíza Luana Martinez Geraci Paladino determinou que os contratados se abstivessem “de realizar ou concorrer para a realização dos shows artísticos que seriam realizados no mês de junho, na XVI Festa da Banana, no Município de Teolândia-BA, sob pena de multa correspondente ao dobro do valor do contratado”. Determinou, ainda, que o Município de Teolândia se abstivesse de realizar repasses de quaisquer valores a contratados. Determinou que fosse oficiada a Coelba para que suspendesse “imediatamente o fornecimento de energia elétrica nos locais previstos para a realização dos shows”. A decisão afirmou, também, que os oficiais de justiça do juízo estavam “autorizados a solicitar auxílio de força policial para o cumprimento desta decisão e requisitar eletricitários da concessionária de energia para as diligências necessárias ao cumprimento desta ordem judicial”. Por fim, determinou que fossem lacrados os aparelhos de som alocados no local onde se realizariam os eventos festivos, de forma que se impossibilitasse a sua utilização, até ordem judicial em contrário.<sup>231</sup> Cerca de 30 moradores de Teolândia protestaram contra a proibição da Festa da Banana; atearam fogo em pneus e bloquearam a BR-101 (VÍDEO..., 2022).

O Município de Teolândia interpôs agravo de instrumento,<sup>232</sup> e o juiz plantonista Alberto Raimundo Gomes dos Santos, no dia 4 de junho de 2022, sustou a decisão agravada e autorizou a realização da Festa da Banana, nas datas previstas para o evento. Na decisão, o juiz afirmou que o cancelamento da Festa da Banana traria prejuízos não apenas para a municipalidade, mas para a população em geral, tendo em vista que vários vendedores ambulantes “investiram recursos próprios na compra de insumos para receber turistas, abastecendo hotéis, lanchonetes, aguardando assim o retorno financeiro para quitar seus compromissos, assumidos com as despesas”.

<sup>231</sup> Processo n. 8000490-47.2022.8.05.0276, em trâmite na Comarca de Wenceslau Guimarães, situada no Estado da Bahia.

<sup>232</sup> Agravo de Instrumento n. 8022716-98.2022.8.05.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

O ministro presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Humberto Martins, no dia 5 de junho de 2022, suspendeu a decisão do juiz plantonista Alberto Raimundo Gomes dos Santos, voltando a valer a proibição dos shows determinada pela juíza Luana Martinez Geraci Paladino. O ministro Humberto Martins entendeu que, no caso dos autos, havia motivo para a concessão da suspensão pretendida pelo MP-BA. Segundo ele, havia “gasto deveras alto para um município pequeno, com baixa receita, no qual, como apontado pelo ministério público da Bahia, o valor despendido com a organização do evento chega a equivaler a meses de serviços públicos essenciais”. Eis a fundamentação da decisão exarada pelo Ministro Presidente do STJ:

Não há, de fato, proporcionalidade entre a condição financeira do município, suas prioridades em termos de serviços públicos e o gasto despendido com o evento, ainda que se considere muito relevante a realização de eventos culturais pelo País. Essa, inclusive, foi a mesma razão que levou esta presidência a decidir de maneira idêntica na SLS 3.099.

Pontue-se, em conclusão, que eventuais gastos já adiantados pelo município não constituem fonte de argumento suficiente para autorizar o dispêndio total do evento, porquanto eles podem ser recuperados diante da não realização do show e, evidentemente, nenhuma multa contratual prevalece perante o interesse público maior.<sup>233</sup>

O Município de Teolândia, ao tentar promover a XVI Festa da Banana logo após um estado de emergência decretado por causa de fortes chuvas que castigaram a região, agiu de maneira contraditória. O princípio do *venire contra factum proprium*, que veda comportamentos contraditórios, é plenamente aplicável no âmbito da administração pública. Trata-se de abuso de direito por violação à boa-fé objetiva. A conduta inicial (*factum proprium*) do Município de Teolândia foi a decretação do estado de emergência. Tal conduta gerou a confiança de que a municipalidade, que estava em delicada situação de corte de despesas por conta das fortes chuvas sofridas, iria se abster de gastos com contratação de artistas renomados, que cobram cachês elevados. A contratação de Gustavo Lima, portanto, foi abusiva porque contrariou a conduta anterior (decretação de emergência).

Gil Vicente Tavares (2022), no artigo “Teolândia, Gustavo Lima e a festa dos bananas”, teceu uma reflexão urgente para os gestores públicos de todo o país:

O estado de emergência do país não é só das fortes chuvas, mas das in-existentes políticas públicas para a arte, a cultura, a educação. Enquanto assim for, o povo continuará queimando pneu na pista para defender que a prefeitura queime seu orçamento em festas, com cachês exorbitantes.

---

233 SLS n. 3.123, ministro Humberto Martins, DJe de 07/06/2022.

E o resto do ano, faz o quê? Uns vão ao bar, outros vão ao culto, esperando as festas dos bananas que somos todos nós.

Todavia, Rui Costa criticou a postura do Ministério Público do Estado da Bahia, que conseguiu cancelar, em 2022, a Festa da Banana, em Teolândia. Para o governador do Estado da Bahia, o MP-BA agiu como um “adversário da cultura e das tradições da Bahia”:

Eu peço que os municípios entrem com recurso. Estou estranhando essa onda. O Ministério Público, o promotor, não pode ser adversário da cultura. Não pode ser adversário das tradições da Bahia. Uma coisa é discutir pontualmente se há excesso de um valor de uma banda, de um cantor contratado. Aí não discuto. Se há excesso de um município de receita pequena contratando um artista com cachê muito alto. Aí cabe uma ação do Ministério Público. Agora pedir pra cancelar festa junina? Me desculpe, não consigo entender.

O Brasil está de perna pro ar. Não consigo entender como um promotor público pode ser contra uma tradição cultural secular. Isso é atividade econômica para cidade, geração de emprego. Muita gente aluga suas casas, sobrevive três, quatro, cinco meses com o dinheiro do São João. É comida, as pessoas tão passando fome. O presidente não quer que nada funcione e agora se o MP também não quiser que tenha cultura, arte, que as pessoas possam comer, não sei onde vamos parar.

Sugiro que os prefeitos recorram, porque me parece um abuso de autoridade esse tipo de ação. Repito: acho pertinente, eventualmente, se há excesso nessa contratação, acho que vale ação do MP. Mas pedir pra cancelar? É não ter noção dos impactos econômicos, sociais e culturais que isso representa (FESTAS..., 2022).

A seguir, serão analisados possíveis limites legais à contratação de artistas com dinheiro público.

## **2 LIMITES À CONTRATAÇÃO DE GRUPOS MÚSICAIS PELAS MUNICIPALIDADES NOS FESTEJOS JUNINOS**

Além do citado caso envolvendo Teolândia (BA), o ministro presidente do STJ, Humberto Martins, proferiu outras decisões contrárias a outras municipalidades.

Em relação ao município de Cachoeira Alta (GO), o STJ manteve a proibição da realização do show do conjunto musical “Barões da Pisadinha”, em junho de 2022, pelo valor de R\$ 400.000,00. Segundo o ministro Humberto Martins, “o dispêndio da quantia sinalizada com um show artístico, em mu-

nicípio de pouco mais de treze mil habitantes, justifica a precaução cautelar de suspensão da realização do show”.<sup>234</sup>

O ministro presidente do STJ também deferiu a suspensão ativa para proibir a contratação e a realização dos shows artísticos “da dupla sertaneja Bruno & Marrone e do Grupo de Pagode Sorriso Maroto, no Município de Urucurituba, na XVII Festa do Cacau”.<sup>235</sup> O cachê de Bruno & Marrone era de R\$ 500.000,00; o do Sorriso Maroto, R\$ 200.000,00. Segundo o ministro Humberto Martins, Urucurituba (AM) consiste em “pequeno município, com pouco mais de vinte mil habitantes, com renda praticamente recebida de fonte externa, com baixíssimo índice educacional e de desenvolvimento humano, cujo Poder Executivo pretende realizar shows pagos pelo erário de elevado custo (R\$ 700.000,00)”. E ponderou o ministro: “Ainda que não se olvide da importância e relevância da cultura na vida da população local, a falta de serviços básicos em tamanha desproporção, como no caso dos autos, provoca um objetivo desequilíbrio que torna indevido o dispêndio e justificada a cautela buscada pelo MP”.<sup>236</sup>

Em relação ao Município de Vitória do Mearim (MA), o ministro presidente do STJ deferiu a suspensão dos efeitos da decisão do desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão,<sup>237</sup> para restabelecer a decisão do juiz de primeiro grau.<sup>238</sup> Com tal decisão, foi cancelado o show do cantor Wesley Safadão, com cachê de R\$ 500.000,00.<sup>239</sup> Eis um trecho da fundamentação:

No caso dos autos, demonstrou o Ministério Público do Estado do Maranhão, ainda que em juízo de delibação mínimo, típico do instrumento da suspensão de liminar e sentença, que a realização do show em questão no Município de Vitória do Mearim causa efetiva lesão à ordem e à economia administrativas.

Na instância ordinária, existem, de fato, demandas judiciais em andamento que questionam a eficiência dos serviços prestados pelo município em tela, demandas estas relacionadas a serviços públicos fundamentais como creches, escolas públicas e lixo hospitalar.

Realmente, não se pode extrair da existência dessas demandas que existe absoluto mal gerenciamento do orçamento municipal como salientou o

---

<sup>234</sup> SLS n. 3.131, Ministro Humberto Martins, DJe de 21/06/2022.

<sup>235</sup> Ação Civil Pública n. 0600359-39.2022.8.04.7600, em trâmite na Vara Única da Comarca da Urucurituba /AM.

<sup>236</sup> SLS n. 3.129, Ministro Humberto Martins, DJe de 20/06/2022.

<sup>237</sup> Agravo de Instrumento n. 0807821-03.2022.8.10.0000.

<sup>238</sup> Ação Civil Pública n. 0800283-36.2022.8.10.0140.

<sup>239</sup> SLS n. 3.099, Ministro Humberto Martins, DJe de 26/04/2022.

desembargador prolator da decisão impugnada. Contudo, também não se pode extrair desse fato que existe satisfação geral com a administração, como destacou a decisão de primeiro grau.

Nesse equilíbrio entre os elementos fáticos trazidos, o dispêndio da quantia sinalizada com um show artístico de pouco mais de uma hora, em município de pouco mais de trinta mil habitantes, justifica a precaução cautelar do juiz de primeiro grau, prolator da decisão inicial que suspendeu a realização do show logo no início do mês de abril.

O Município de Vitória do Mearim (MA) impetrou mandado de segurança contra essa decisão do ministro presidente do STJ. A ministra Maria Isabel Gallotti indeferiu a liminar e denegou a ordem.<sup>240</sup>

O Poder Judiciário pode, sim, suspender a realização de shows em casos específicos e pontuais de municípios que prestam ineficientemente serviços na área de educação e saúde, mas contratam artistas famosos, que cobram cachês elevados, trazendo lesão à ordem e à economia administrativas.

Todavia, não cabe ao Judiciário se imiscuir na questão estética do artista, ressalvadas as hipóteses de desrespeito à Constituição Federal (p. ex., grupo musical que faça apologia ao nazismo). À guisa de exemplo, o promotor de justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas, na ação civil pública movida contra o Estado de Alagoas, o Município de Viçosa e o prefeito João Victor Calheiros Amorim Santos, externou seu gosto musical, chamando os artistas contratados de “artistas de arte duvidosa”, que “sabem fazer bastante barulho e pouca música”. Chamou o cantor Wesley Safadão de “famigerado” e disse que “quem faz barulho” é mais bem remunerado pelo Poder Público “do que quem efetivamente trabalha para o povo”. Indaga-se: um artista que canta para o povo não trabalha “efetivamente”? O seu trabalho não deve ser considerado efetivo?

Não é argumento juridicamente plausível um gestor público proibir a contratação de cantores sertanejos por acreditar, hipoteticamente, que esse tipo de música mereceria a alcunha de “sertanojo”.

Da mesma forma, no âmbito do Direito Autoral, uma obra, para ser protegida, não precisa ter mérito ou qualquer valor intrínseco, seja artístico, cultural ou estético. Até porque, como diz o velho brocardo popular, “gosto não se discute”. A máxima “*de gustibus non est disputandum*”, na verdade, não significa que o gosto não pode ser discutido, mas que não é decidível, tendo em vista a inexistência de critérios lógicos e racionais. O vaivém efêmero do gosto do público e da crítica não deve ser decisivo para a proteção de uma obra.<sup>241</sup>

240 MS n. 28.556, Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 26/04/2022.

241 O escultor romeno Constantin Brancusi (1876-1957), em 1926, teve uma de suas esculturas (“Pássaro no Espaço”) barrada por fiscais aduaneiros nova-iorquinos. A Alfândega norte-



A discutibilidade do mérito de uma obra, portanto, não é tarefa do julgador. Um juiz de direito, mesmo sendo chamado de meritíssimo, ou seja, de alguém possuidor de grande mérito, não pode se imiscuir na questão do mérito de uma obra. Machado de Assis, em sua clássica obra *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, traz esse irônico diálogo do personagem Brás Cubas: “A obra em si mesma é tudo: se te agradar, fino leitor, pago-me da tarefa; se te não agradar, pago-te com um piparote, e adeus”.

Enfim, a questão da existência (ou não) de qualidade estética na música executada por um artista contratado para um festejo junino não deve ser critério relevante para o Ministério Público querer o cancelamento de uma contratação.

A Lei Estadual n. 12.573, de 11 de abril de 2012, conhecida como Lei Antibaixaria, veda “a utilização de recursos públicos estaduais para contra-

---

americana entendeu que aquela “barra oval de bronze”, de Brancusi, não era “obra de arte”, e que, portanto, não fazia jus à isenção fiscal prevista no art. 1.704 do *Tariff Act* de 1922. A lei fiscal norte-americana afirmava que obras de artes estavam isentas de tributação, mas, para os fiscais aduaneiros, a “barra oval de bronze” era objeto manufaturado, e não “arte”. Constantin Brancusi, então, seria mero exportador de bronze, sem direito à isenção fiscal. O seu “pássaro” era demasiadamente abstrato; não parecia, de fato, com um pássaro. Mas a *Customs Court* norte-americana entendeu que a vanguardista escultura “Pássaro no Espaço” era, sim, objeto artístico, e não mero objeto de metal. Atualmente, a referida obra encontra-se no importante *Museum of Modern Art*, em Nova Iorque. Bruno Lewicki, comentando este célebre julgamento, afirma que mesmo depois de muitos anos após o desembarque do “Pássaro” em Nova Iorque, “continua sendo tristemente comum que decisões sobre direito autoral – e mesmo opiniões de especialistas na matéria – sejam contaminadas por um exame, obviamente nada especializado, do mérito artístico” (LEWICKI, 2006). O autoralista Bruno Lewicki indica duas obras sobre esse célebre julgamento: *Brancusi vs. United States: The Historic Trial, 1928* (Paris: Adam Biro, 1999) e Bernard EDELMAN, *L’adieu aux arts: 1926: L’affaire Brancusi* (Paris: Aubier, 2001). É pertinente, ainda, um link do Direito Tributário com o Direito Autoral. A imunidade prevista no art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal, referente a “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”, independe do conteúdo da publicação. A obra, objeto da regra imunizante, pode ser pornográfica ou pudica, lasciva ou religiosa, inadequada ou não para menores de 18 anos. Não cabe ao intérprete/julgador distinguir, tendo em vista que o legislador constituinte não fez tal distinção. Um livro contendo obras do dramaturgo Nelson Rodrigues, o “Anjo Pornográfico”, terá a mesma imunidade tributária que o livro de Padre Zezinho, ainda que o magistrado entenda que as obras do primeiro autor são prejudiciais aos valores familiares expressos no art. 227 da Carta Política. O Supremo Tribunal Federal já decidiu o seguinte: “1. A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. 2. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. 3. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil” (STF, RE n. 221239-SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 06.08.2004).

tação de artistas que, no cumprimento do objeto do contrato, apresentem músicas que desvalorizem, incentivem a violência ou exponham as mulheres a situação de constrangimento”.

Apesar das boas intenções, essa lei nunca foi efetivamente cumprida. Já tive a oportunidade de dizer que a intenção moralizadora da Lei Antibaixaria finge desconhecer o que já dissera Oscar Wilde, no prefácio de seu romance *O retrato de Dorian Gray*, publicado em 1890: “*There is no such thing as a moral or an immoral book. Books are well written, or badly written. That is all.*” (Não existe essa coisa de livro moral ou imoral. Livros são bem ou mal escritos. Eis tudo.). A Lei Antibaixaria não é um livro. É, sim, uma lei muito mal escrita, retrato de nosso atual Poder Legislativo, politicamente correto, intolerante com opiniões contrárias e descomprometido com a Constituição Federal (MORAES, 2015a).

Há de se recordar, também, que o Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 5.<sup>a</sup> Região –, no ano de 2009, extrapolou suas funções ao pleitear judicialmente a proibição da contratação de artistas ligados à Axé Music (“Chiclete com Banana”, “Banda Eva” e “Timbalada”) para uma festa privada (“Forró do Bosque”), em Cruz das Almas (BA), durante os festejos juninos. O argumento do MPT foi o de que a participação de cantores da Axé Music numa festa privada junina seria “ofensa ao patrimônio cultural”. Na petição inicial, o MPT afirmou que “o Carnaval – e os músicos que o representam –, como expressão da cultura brasileira, tem o seu momento para acontecer, não devendo atropelar as festas de São João, prejudicando, assim, as autênticas manifestações juninas”. O processo foi extinto sem exame de mérito, sob o argumento de que o caso não seria da competência da Justiça do Trabalho (ITO, 2009).

É preciso separar o joio do trigo. O controle jurisdicional não pode des-cambar para o ativismo.

Na Bahia, a chamada Lei da Zabumba (Lei Estadual n. 13.368/2015), que visou criar cotas para artistas locais na Bahia e evitar a invasão sertaneja, mostrou-se mais uma lei para “inglês ver”. Nunca foi aplicada e é, sem sombra de dúvida, fruto ou da demagogia ou de boas intenções de parlamentares da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia (VASCONCELOS, 2022). A música servível para essa Lei da Zabumba é aquela de Luiz Gonzaga e Humberto Teixeira: “Que mentira, que lorota boa!”. A Lei da Zabumba é uma mentirosa política pública de proteção do forró tradicional.

Celso de Mello, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, traz importante lição sobre a o dilema da escassez de recursos para a execução de políticas públicas:

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públi-

cas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.<sup>242</sup>

Não se defende, aqui, que o investimento em cultura deve ser feito somente com migalhas do orçamento. Longe disso. Mas é preciso que seja resguardado o princípio da proporcionalidade. Repita-se: o município de Teolândia gastaria com apenas um show de Gustavo Lima, em 2022, o equivalente a 40% do valor gasto em saúde no exercício de 2021. A condição financeira de Teolândia não era, naquele momento, compatível com o que seria despendido com o show de Gustavo Lima.

### **3 O COSTUMEIRO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DAS MUNICIPALIDADES DE PAGAR DIREITOS AUTORAIS**

Na contratação de grupos musicais pelas municipalidades, devem ser computados, no cálculo dos custos, os valores referentes ao pagamento de direitos autorais ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad).

Muitos municípios, infelizmente, costumam dar péssimo exemplo de desrespeito à legislação vigente. Ignoram completamente a Lei n. 9.610/1998, sob o argumento de “promoção da cultura”.

Ora, que “cultura” é essa que exclui criadores intelectuais? Que “cultura” é essa que dá cachês milionários para intérpretes e calotes indecorosos em inúmeros compositores desconhecidos do grande público? Que “cultura” é essa que ignora o autor, célula embrionária de toda festividade musical? Que “cultura” é essa que enriquece os mais fortes e empobrece os mais fracos?

Espectáculos musicais públicos e gratuitos, sem qualquer cobrança de ingressos, promovidos por prefeituras municipais, geram a obrigação de pagamento de direitos autorais ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad). A Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/1998) não faz distinção entre evento gratuito e com cobrança de ingressos aos munícipes, como será demonstrado mais adiante.

---

<sup>242</sup> ARE 629337 AgR, Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/08/2011.

Duas importantes alterações em relação à execução pública foram trazidas pelo § 2.º do art. 68 da Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/1998):

(i) foi excluída a finalidade de “lucro direto ou indireto” para os usuários de música;

(ii) é desnecessária a remuneração dos artistas participantes (músicos, intérpretes e regentes) em espetáculos e audições públicas para a incidência da cobrança de direitos autorais.<sup>243</sup>

Essas duas importantes mudanças fizeram com que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmasse o entendimento de que é, sim, devida a cobrança. A jurisprudência superior, sob a égide da Lei n. 9.610/1998, é uníssona no sentido de condenar as municipalidades.<sup>244</sup>

O entendimento de isenção das prefeituras municipais no pagamento de direitos autorais, sob o pretexto de que a população tem direito à cultura (CF, art. 215), está equivocado. É dever do Estado, e não dos autores, apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. É importante que prefeituras ofereçam à população oportunidades públicas e gratuitas de lazer e cultura, desde que sem prejuízo da classe autoral (MORAES, 2015b).

Os autores não podem, sozinhos, sofrer a expansão cultural. Deve haver um equilíbrio entre esses dois interesses conflitantes: o público e o privado. É injusta a premissa de que deve existir somente o sacrifício da classe autoral para se obter o desenvolvimento da cultura. A coletividade inteira deve participar desse ônus. É injusto que, para existir a fruição da obra intelectual e a devida conquista de sua função social, somente os criadores sofram as consequências. É injusto, portanto, somente o sacrifício dos autores para se obter o desenvolvimento cultural de uma nação. Todos têm direito à cultura, mas é necessário que haja uma conciliação dos interesses privados (da classe autoral) e públicos (das prefeituras municipais).

Assim dispuseram as seguintes decisões:

243 O art. 73, caput, da revogada Lei Autoral (5.988/1973) previa a necessidade de lucro direto ou indireto para a necessidade de pagamento de direitos autorais decorrentes de execução pública.

244 Eis alguns julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça contrários às municipalidades e, portanto, favoráveis ao ECAD: REsp 1.193.431/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07/05/2012; REsp 1207447/RS, Rel. Ministro, Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 29/06/2012; AgRg no REsp 1174097/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 07/11/2011; REsp 1320010, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe de 28/02/2013; REsp 363.641/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 30/09/2002; REsp n. 779.223/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJ de 03/10/2008, Ag n. 651.002/MG, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 24/08/2006; Ag n.752.714/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 28/06/2006 e REsp n. 212.869/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 30/05/20006.

Direito Autoral. Espetáculo organizado por Prefeitura Municipal. 1. O Poder Público não pode escapar do pagamento dos direitos autorais quando organiza espetáculo público, sob pena de locupletar-se do trabalho alheio, do criador da obra musical. 2. Embargos de divergência conhecidos e providos. (STJ, REsp 103793/PR, 13/10/1999, Segunda Seção do STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Direitos autorais. Festa popular de carnaval realizada em logradouro público, promovido pelo Município. Precedente da Corte. 1. Precedente da Corte assentou que o Poder Público não pode escapar do pagamento de direitos autorais quando organiza espetáculos públicos, salvo se de caráter beneficente, com a colaboração espontânea dos respectivos titulares, o que não ocorre neste feito. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 468097/MG, 01/09/2003, Terceira Turma do STJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito).

Civil. Direito Autoral. Espetáculos Carnavalescos promovidos pela municipalidade em logradouros e praças públicas. Pagamento devido. Utilização de obra musical. Lei n. 9.610/1998, arts. 28, 29 e 68. Exegese. I. A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei n. 9.610/1998, que não mais está condicionada à aferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor. II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 524.873/ES, 22/11/2003, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, Recorrido: Município de Vitória).

Civil. Recurso especial. Direito autoral. Obra musical. Carnaval de rua. Violação de dispositivo constitucional. Divergência jurisprudencial configurada. 1. Não se conhece de alegada violação de dispositivo constitucional sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 2. “A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei n. 9.610/1998, que não mais está condicionada à aferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor. II. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 524.873/ES, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2003, DJ 17/11/2003 p. 199). 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (STJ, REsp n. 736.342-RJ, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP, Recorrente: ECAD, Recorrido: Município de Cambuci, j. 09/02/2010).

Infelizmente, há municípios que colacionam, em suas peças contestatórias, decisões do STJ ultrapassadas e obsoletas, sob a égide da revogada Lei n. 5.988/1973, na vã tentativa de ludibriar o julgador. Ou seja, anexam entendimentos que já foram modificados pelos próprios ministros do STJ, após a vigência da Lei n. 9.610/1998, que excluiu a finalidade de “lucro direto ou indireto” para os usuários de música.

Mas não basta conhecer a atual jurisprudência consolidada do STJ. É importante analisar, detidamente, o porquê do pagamento de direitos autorais pelas municipalidades.

Os municípios se negam a pagar direitos autorais dizendo que os espetáculos por eles subvencionados não possuem finalidade lucrativa e que o povo tem direito à cultura. Como já dito, com o advento da Lei n. 9.610/1998, foi excluída a finalidade de “lucro direto ou indireto” para os usuários de música. O município, enquanto usuário de música, não pode se eximir do adimplemento alegando essa falsa premissa de ausência de lucro.

É irrelevante a finalidade lucrativa (direta ou indireta) dos municípios. O fato jurígeno da relação obrigacional é a execução pública (utilização de música em local de frequência coletiva). O fato de a municipalidade ter interesse na expansão turística e no incremento da economia local, aspectos geralmente trombetados pelo gestor na mídia televisiva e impressa, não significa que o pagamento de direitos autorais será opcional ou isento.

Não raro, as festas públicas são realizadas mediante grandes patrocínios de empresas públicas e privadas.

Todo show precisa da estrutura de palco, iluminação, sonorização e banda musical. Indaga-se: quando uma prefeitura contrata sociedades empresárias que prestam tais tipos de serviço, será que alega “incentivo à cultura” para se esquivar do pagamento? Será que nada paga? Obviamente, não. Por que, então, somente os autores não devem ser remunerados?

Como se observa, é raríssima a existência de evento totalmente “gratuito”. Muita gente lucra com tais eventos, direta ou indiretamente. Desde a moça que vende milho, na festa junina, até a cervejaria que vende milhares de latinhas. Desde o sujeito que trabalha na decoração até o fotógrafo que capta importantes imagens da festividade. Desde o simples *roadie*, que afina os instrumentos, até o cantor principal.

Sem rodeios: não é justo que um cantor sertanejo, por exemplo, lucre milhões, interpretando inúmeras obras intelectuais alheias.

Infelizmente, existem artistas intérpretes que fazem pouco caso com essa questão de pagamento de direitos autorais. Demonstram interesse apenas no recebimento dos seus cachês. Como diz um velho brocardo popular: “farinha pouca, meu pirão primeiro”. Os artistas intérpretes podem, sim, colaborar nesse quesito, ajudando a informar corretamente ao Ecad o repertório executado, sem fraudes e omissões. Podem, ainda, exigir que nos seus contratos exista cláusula expressa atribuindo, ao município contratante, a obrigação de pagamento ao Ecad.

E mais: obras musicais são bens privados, e não bens públicos. Os direitos patrimoniais de autor são privados. Na república brasileira, uma praça ou logradouro público é *res publica* (coisa pública). Os direitos patrimoniais de autor, não; são bens privados. É preciso não confundir domínio privado com

domínio público. Faz-se importante, também, não confundir domínio público com logradouro público. Se uma municipalidade promover um concerto com obras de Bach, por exemplo, não haverá cobrança de direitos autorais, porque todo o repertório desse grande autor já se encontra em domínio público. Bastará a remuneração da orquestra para a realização do concerto.

É preciso haver um equilíbrio entre esses dois interesses conflitantes: o público e o privado. É injusta a premissa de que deve existir somente o sacrifício da classe autoral para o desenvolvimento da cultura. A coletividade inteira deve participar desse ônus. Todos têm direito à cultura, mas é necessário que haja uma conciliação do interesse público (das prefeituras municipais) com o interesse privado (da classe autoral).

As prefeituras, ao deixarem de pagar direitos autorais, estão se locupletando do trabalho alheio. Afinal de contas, os autores também têm contas para pagar. Inclusive, IPTU, ITIV etc. Será que as prefeituras irão isentar os milhares de compositores brasileiros do pagamento de tais tributos, em benefício da tão desejada “cultura”?

A Constituição Federal, em seu art. 5.º, inciso XXVII, dispõe que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Além disso, garante, aos criadores intelectuais, a prerrogativa de fiscalizar o aproveitamento econômico de suas obras. O art. 5.º, inciso XXVIII, alínea “b”, dispõe como direito fundamental “o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”. Portanto, é direito fundamental a prerrogativa de fiscalização do aproveitamento econômico de obras musicais.

O art. 215, caput, da Constituição Federal afirma que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Essas normas constitucionais (art. 5.º, incisos XXVII e XXVIII, alínea “b”; e art. 215) devem ser aplicadas, mas uma não pode excluir a outra. O direito de acesso à cultura não pode destruir a indestrutível cláusula pétreia em favor dos criadores intelectuais.

Os direitos fundamentais à saúde, educação e segurança pública precisam ser efetivados pelo Estado. Médicos, enfermeiros, professores e policiais, por exemplo, precisam ser remunerados. Diversos produtos precisam ser comprados, como medicamentos, livros e armas.

Da mesma forma, o direito à cultura não pode ser implementado com ofensa aos criadores intelectuais, cabendo lembrar que os direitos patrimoniais de autor têm fundamentalidade formal e material.

Não se quer impedir ou “desincentivar” o poder público no oferecimento de espetáculos musicais gratuitos (e de qualidade). Mas essa “gratuidade”, na verdade, não existe. Alguém paga a conta. Esse alguém é a própria população. O que não se pode aceitar é que os autores da matéria-prima das festividades (a música) sejam ignorados e lesados em sua prerrogativa constitucional de se beneficiar do aproveitamento econômico de suas obras. Essa norma constitucional não pode ser mera promessa do legislador constituinte.

A deputada estadual baiana Luiza Maia foi autora do polêmico projeto de Lei n. 19.203, de 26 de maio de 2011, sobre a proibição do uso de recursos públicos para contratação de artistas que, em suas músicas, desvalorizem, incentivem a violência ou exponham as mulheres a situação de constrangimento. Esse projeto de lei não pretendia fazer, em tese, uma censura ou ofensa à liberdade de expressão, mas tão somente impedir que a administração pública utilizasse dinheiro público na contratação de grupos musicais que cantem músicas com letras de baixo calão, que incentivem a violência ou exponham mulheres a situação de constrangimento. O aludido projeto se transformou na Lei Estadual n. 12.573, de 11 de abril de 2012. Eis o que diz a referida lei:

Art. 1º É vedada a utilização de recursos públicos estaduais para contratação de artistas que, no cumprimento do objeto do contrato, apresentem músicas que desvalorizem, incentivem a violência ou exponham as mulheres a situação de constrangimento.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se também a manifestações de homofobia ou discriminação racial, bem assim apologia ao uso de drogas ilícitas.

§ 2º É obrigatória a inclusão em contrato de cláusula para cumprimento do disposto neste artigo, sujeitando o responsável pela contratação, em caso de omissão, a multa no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

§ 3º Na hipótese de descumprimento por parte do contratado, este ficará sujeito ao pagamento de multa no valor equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor do contrato.

Art. 2º O Poder Executivo poderá regulamentar a presente Lei, estabelecendo, na oportunidade, o órgão diretamente responsável pelo seu cumprimento, bem assim a destinação do valor resultante da aplicação da multa prevista no §2º do art. 1º.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.



Pena que esse projeto “antibaixaria” não consegue punir o próprio poder público, contumaz devedor de direitos autorais.<sup>245</sup> É baixaria, também, dar calote em inúmeros compositores e titulares de direitos autorais. É baixaria, também, violar prerrogativas de trabalhadores intelectuais. É baixaria, também, violar a Constituição Federal e a Lei n. 9.610/1998.

Os mais de 5.500 municípios brasileiros precisam respeitar a Lei de Direitos Autorais. E procuradores municipais concursados – sem indicações políticas e com independência funcional – terão maior autonomia nessa digna causa em prol dos compositores.

Importante, também, será a atuação do Ministério Público Estadual e dos tribunais de contas dos municípios. O *parquet* tem a missão de fiscal da lei. Não pode se omitir nessa importante questão dos direitos autorais, tampouco pode haver negligência por parte das cortes de contas. Existem prefeituras que inserem nos contratos de prestação de serviços, firmados com bandas musicais, o valor de pagamento ao Ecad, mas, depois, ignoram o adimplemento. Para onde vai (foi) esse dinheiro público? É preciso verificar a ocorrência, inclusive, de ato de improbidade do gestor.

As secretarias de cultura não deveriam repassar verbas para municípios com ações transitadas em julgado em relação ao Ecad. Essa postura ajudaria a moralizar o sistema. A criação de uma certidão negativa de débito autoral seria um excelente instrumento de proteção para os compositores.

Por fim, cabe elogiar a Recomendação Ministerial n. 02/2016, da 3.<sup>a</sup> Promotoria de Justiça de Cruz das Almas (BA), que visou apurar a existência de danos ao erário. O Município de Cruz das Almas estava descumprindo decisão judicial, com fixação de multa diária, numa ação movida pelo Ecad.<sup>246</sup> Cabe ao Ministério Público zelar pela defesa do patrimônio público e social. O descumprimento, pela municipalidade de Cruz das Almas, de uma decisão judicial estava gerando danos ao erário. O Ministério Público alertou o então prefeito de que o art. 10 da Lei 8.429/1992 considera improbidade administrativa o ato que causa lesão ao erário. O Ministério Público recomendou que o gestor promovesse o pagamento ao Ecad, com a antecedência necessária, dos direitos autorais cabíveis “em toda e qualquer festa realizada pelo Município de Cruz das Almas, principalmente nos eventos juninos”. Alertou que o prefeito poderia ser investigado em inquérito civil, “para fins de ressarcimento ao erário e punição pela prática de ato de improbidade administrativa”. O Ministério Público agiu, de maneira exemplar, como fiscal da lei.

---

245 A ex-deputada estadual Luíza Maia era esposa do ex-prefeito do município de Camaçari (BA) Luiz Caetano. Foi proposta, na época, ação do ECAD contra a municipalidade de Camaçari, por conta da inadimplência de direitos autorais ocorrida no período do mandato do aludido ex-gestor (Comarca de Camaçari, processo sob n. 0005346-87.2006.805.0039).

246 Processo sob n. 0000124-49.2000.805.0072.

## 4 CONCLUSÕES

O gestor público precisa enfrentar, com discernimento, o dilema orçamentário das “escolhas trágicas”. Não é uma tarefa simples num país que tem grande débito no cumprimento de direitos fundamentais.

Na epígrafe deste artigo, existe o seguinte trecho da canção “Como nossos pais”, obra de Belchior, imortalizada na voz de Elis Regina: “Viver é melhor que sonhar, e eu sei que o amor é uma coisa boa. Mas também sei que qualquer canto é menor do que a vida de qualquer pessoa.”

O direito à cultura não é um direito de segunda categoria ou que mereça ser tratado com menoscabo. Longe disso. Todavia, nas “escolhas trágicas” enfrentadas pelos gestores públicos, o direito à cultura não pode ocasionar o desamparo de outros direitos fundamentais, como o direito à saúde e o próprio direito à vida.

O caso narrado do município de Teolândia demonstrou uma inversão nas prioridades de um gestor público. Indaga-se: a prefeita de Teolândia, ao contratar Gustavo Lima, em 2022, agiu com abuso de poder? Sua atuação administrativa merecia ser censurada pelo Poder Judiciário? Foi em proveito próprio ou da comunidade? Foi para satisfazer interesse pessoal ou interesse coletivo? O comportamento da gestora foi o mais conveniente e oportuno, tendo se mantido nos limites da razoabilidade? O ato praticado foi pertinente, incluindo-se entre os admissíveis no caso concreto? Foi ferido o princípio da proporcionalidade?

Em minha opinião, a conduta da gestora foi desarrazoada, em desconsideração à situação peculiar do estado de emergência e à capacidade financeira do município. Penso que o cachê de Gustavo Lima seria desproporcional aos benefícios que seriam alcançados pelos munícipes de Teolândia. A ofensa ao princípio da proporcionalidade merecia, portanto, rechaço do Poder Judiciário.

O debate é complexo. Deve-se evitar radicalismo, maniqueísmo ou soluções simplistas. A contratação de cantores famosos pode, sim, aquecer a economia de uma cidade do interior, fomentando o comércio local, a rede hoteleira, o setor de bares e restaurantes etc. Mas a administração pública precisa demonstrar que a contratação de artistas irá trazer benefícios concretos para os munícipes e irá fomentar o desenvolvimento local.

O “sonho” individual de um(a) gestor(a), na contratação de um artista de sua predileção, não é motivação razoável para a licitude do ato administrativo.

É preciso razoabilidade nas contratações realizadas pelas municipalidades. E é preciso, também, razoabilidade na intervenção do Poder Judiciário. Afinal de contas, como diz o brocardo popular, “a diferença entre o remédio e o veneno está na dose”.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.
- CARDOZO, Cláudia. TJ-BA gasta mais de meio milhão de reais em escultura em homenagem a Ruy Barbosa. **Bahia Notícias**, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://www.bahianoticias.com.br/justica/noticia/61576-tj-ba-gasta-mais-de-meio-milhao-de-reais-em-escultura-em-homenagem-a-ruy-barbosa.html>. Acesso em: 5 jul. 2022.
- COSTA JÚNIOR, Jairo. Artistas contratados pela Bahiatursa para o Carnaval ainda não receberam os cachês. **Correio**, 21 jun. 2016. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/satelite-artistas-contratados-pela-bahiatursa-para-o-carnaval-ainda-nao-receberam-os-caches/>. Acesso em: 5 jul. 2022.
- FESTAS juninas: Rui diz que MP ‘não pode ser adversário das tradições da Bahia’. **Correio**, 15 jun. 2022. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/festas-juninas-rui-diz-que-mp-nao-pode-ser-adversario-das-tradicoes-da-bahia/>. Acesso em: 19 jul. 2022.
- ITO, Marina. MPT quer proibir axé em festa junina na Bahia. **Consultor Jurídico**, 29 maio 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-29/mpt-trt-bahia-tentar-impedir-axe-festa-junina>. Acesso em: 5 jul. 2022.
- JUSTIÇA acata pedido do MP e manda cancelar Festa da Banana em Teolândia. **Correio**, 23 jun. 2022. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/justica-acata-pedido-do-mp-e-manda-cancelar-festa-da-banana-em-teolandia/>. Acesso em: 5 jul. 2022.
- LEWICKI, Bruno. É um Pássaro? Oitenta Anos do Caso Brancusi. **Revista de Direito Autoral**, ano II, n. IV, p. 239-254, fev. 2006.
- MORAES, Rodrigo. A Administração Pública e liberdade de expressão artística: uma análise da lei “antibaixaria”. **Revista de Mídia e Entretenimento**, Ano 1, n. 2, p. 343-380, jul./dez. 2015a.
- MORAES, Rodrigo. Municipalidades e direitos autorais: o péssimo exemplo do poder público brasileiro. *In*: COSTA NETTO, José Carlos (coordenação geral); VALLE EGEA, Maria Luiza; CARASSO, Larissa Andréa (coordenação nacional); MATTES, Anitta; PONTES, Leonardo Machado (coordenação internacional). **Direito Autoral Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015b, p. 129-142.
- TAVARES, Gil Vicente. Teolândia, Gustavo Lima e a festa dos bananas. **Correio**, 6 jun. 2022. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/>

noticia/nid/teolandia-gusttavo-lima-e-a-festa-dos-bananas/. Acesso em: 19 jul. 2022.

VASCONCELOS, Levi. E a Lei da Zabumba virou mais uma daquelas nunca cumpridas. **A Tarde**, 22 jun. 2022. Disponível em: <https://atarde.com.br/columnistas/levivasconcelos/e-a-lei-da-zabumba-virou-mais-uma-daquelas-nunca-cumpridas-1198660>. Acesso em: 5 jul. 2022.

VÍDEO: moradores de Teolândia bloqueiam BR-101 após cancelamento da Festa da Banana. **Correio**, 3 jun. 2022. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/video-moradores-de-teolandia-bloqueiam-br-101-apos-cancelamento-da-festa-da-banana/>. Acesso em: 19 jul. 2022.

# **PARECERES**



# 16

## **PARECER: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. SANEAMENTO DO CADASTRO IMOBILIÁRIO. SOLUÇÃO INOVADORA. MODALIDADE ESPECIAL. LC N. 182/2021**

*Eduardo Teles de Oliveira*<sup>247</sup>  
*Luciana de Melo Borba Carneiro*<sup>248</sup>

**PROCESSO PR-SEFAZ N. 104140/2022**

**INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA – SEFAZ.**

LICITAÇÕES, CONTRATOS E OUTROS AJUSTES. SANEAMENTO DO CADASTRO IMOBILIÁRIO *MODALIDADE ESPECIAL* DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÕES INOVADORAS. LEI COMPLEMENTAR FEDERAL N. 182/2021. ELEGIBILIDADE E COMPATIBILIDADE COM O PNAFM III. PELA POSSIBILIDADE DO PROSSEGUIMENTO, DESDE QUE ADOTADAS AS PROVIDÊNCIAS INDICADAS NESTE PARECER.

### **I RELATÓRIO**

Trata-se de processo administrativo instaurado em razão da solicitação da Coordenadoria de Cadastros (CCD/Sefaz), firmada pelo coordenador sr. Dílson Tanajura Moreira, em 8 de julho de 2022, destinado à “contratação para o projeto de Saneamento do Cadastro Imobiliário de Salvador, baseado na Lei Complementar 182/2021”, com o valor “estimado em R\$ 1.384.716,00

---

<sup>247</sup> Procurador do Município do Salvador. Ex-procurador federal da Advocacia Geral da Unidade (PGF/AGU). Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia.

<sup>248</sup> Procuradora do Município do Salvador. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Graduada em Administração de Empresas pela Universidade de Pernambuco.

(um milhão, trezentos e oitenta e quatro mil, setecentos e dezesseis reais)”, conforme especificações e com base no desafio definido no *Projeto Básico*, inserido eletronicamente pelo mesmo agente público.

Registre-se que consta nos autos, expressamente, a autorização da Ilma. Secretária Municipal da Fazenda, em 11 de julho de 2022, quanto ao processamento da fase interna, “para contratação de solução inovadora para saneamento do Cadastro Imobiliário do Município de Salvador, estimado em 120 mil inscrições, visando melhorar a integração de dados cadastrais do Município com o de diferentes entes públicos, permitindo o enriquecimento da base de dados dos contribuintes do Município, melhorar a qualidade dos dados cadastrais das inscrições imobiliárias, tornando-as aptas às ações consistentes de cobrança de créditos tributários, protestos, execuções, e com o conseqüente incremento de arrecadação, desde que observados os dispositivos legais pertinentes”.

Assim, para instrução da presente demanda foram colacionados os seguintes documentos mais relevantes:

- Manifestação de abertura do procedimento licitatório pela CCD/Sefaz;
- Projeto Básico – PB ;
- Autorização da Secretária Municipal da Fazenda – Sefaz;
- Termo de Elegibilidade e Compatibilidade do Programa PNAFM III;
- Pré-empenho das despesas;
- Minuta do Edital de Licitação e seus anexos.

Destaque-se, de logo, que a unidade técnica competente – Coordenadoria de Cadastros (CCD/Sefaz) –, no bojo do *Projeto Básico*, firmado pelo sr. Dílson Tanajura Moreira, apresentou *Histórico e Justificativa da Contratação*, a fim de fundamentar a deflagração do presente procedimento licitatório especial, da qual destaco, em suma, os seguintes trechos mais relevantes:

## 1 HISTÓRICO E JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO

Quanto ao Cadastro Imobiliário de Salvador, diversos foram, e muitos ainda são, os desafios a enfrentar. Entre as principais causas que podem ser consideradas, temos:

- Salvador é uma cidade antiga, com registros que se originaram na época de Thomé de Souza, cujos documentos históricos não foram bem acondicionados e protegidos das intempéries e da própria degeneração natural do material, ao longo do tempo;
- O CNPJ (antigo CGC) e o CPF (antigo CIC) só surgiram no final da década de 1960 (1968 e 1969, respectivamente). Imóveis em nome de pessoas já falecidas, ou que não obtiveram esses documentos, ou de pessoas



que simplesmente não vieram atualizar o cadastro, permaneceram sem esses dados, hoje considerados fundamentais, para dar unicidade de identificação às pessoas físicas e jurídicas;

- Mesmo com a modernização tecnológica, iniciando-se ainda na década de 1980, o investimento em cadastro nunca foi suficiente para que permanesse atualizado e fidedigno à realidade e ao crescimento da Cidade do Salvador. Deu-se mais ênfase aos lançamentos e à cobrança de tributos imobiliários que, a princípio, foi o objetivo maior do FISCO e;
- A falta de integração entre o órgão que administra os processos de licenciamento urbanístico e de atividades e a SEFAZ, que durou décadas, permitiu a desatualização do Cadastro Imobiliário, acarretando em uma arrecadação reduzida de IPTU/TRSD ao longo do tempo. O ISS, por sua vez, livre da “amarra” do imóvel cresceu e ainda hoje é o principal imposto do Município.

Nos anos 2000, as tecnologias computacionais foram sendo aos poucos incorporadas às rotinas da SEFAZ, com grande expectativa para o geoprocessamento que, finalmente, poderia ajudar à Administração saber ONDE estão as inscrições imobiliárias e os registros alfanuméricos do Sistema de Administração Tributária – SAT.

As regionalizações realizadas no território do Município ajudaram a dividir o tamanho do problema, trazendo aos olhos as diferenças de abordagem e de tributação que Salvador exige. Informações por Regiões Administrativas, Setores Censitários, Localidades e, mais importante, os georreferenciamentos dos Logradouros foram sendo utilizados para melhor associar dados alfanuméricos ao mapa da Cidade. Isso possibilitou identificar distorções de VUPT (valor unitário padrão de terreno), gritantes aos olhos quando no mapa, mas indetectáveis nas listagens.

Ampliou-se, desta forma, a visão no mapa dos dados possíveis de serem georreferenciados, ampliando a necessidade de mais georreferenciamentos e melhoria dos dados cadastrais possibilitando, justamente, o seu georreferenciamento.

Em setembro de 2013, a administração da SEFAZ realizou um amplo Recadastramento Imobiliário, abrangendo imóveis ainda não lançados e os condomínios edifícios do Município. Ao mesmo tempo ocorreu, depois de 25 anos, a atualização da Planta Genérica de Valores com preços de mercado.

O novo patamar alcançado pela arrecadação de IPTU e a TRSD a partir de 201 intensificou a busca pela melhoria do Cadastro Imobiliário, e foi iniciado o planejamento do projeto Cadastro Multifinalitário, envolvendo a aquisição de nova cartografia de referência, software corporativo de geoprocessamento, sistema de informações geográficas e, também, uma nova base de endereçamento e numeração de imóveis e logradouros.

Na gestão desses e de outros projetos de modernização do Cadastro Imobiliário, a Coordenadoria de Cadastros (CCD), desde março de 2017, definiu as ações que foram incluídas no Planejamento Estratégico do período 2017 a 2020.

Também se adequou a estrutura organizacional da CCD, que passou a contar com o Setor de Gestão do Cadastro e Controle (SETOC). Este setor passou a realizar ações massivas de padronização cadastral, principalmente em condomínios residenciais ou não residenciais.

Com o uso do geoprocessamento, dos sistemas disponibilizados, e das bases de dados de outros órgãos estaduais, federais e de algumas instituições privadas, as ações foram sendo ampliadas para, inclusive, corrigir as distorções na tributação de IPTU/TRSD, promovendo uma maior justiça fiscal.

Apesar de o trabalho continuar, esbarramos em mais de 120 mil registros de inscrições sem CPF/CNPJ e/ou com insuficiência de endereçamento, dentre outros problemas.

A justificativa desta contratação então se baseia na necessidade dos lançamentos tributários dessas inscrições inconsistentes permitem que ações de cobrança e de execuções sejam infrutíferas e uma expectativa de recuperação de receita totalmente irreal.

**É diante deste quadro, entre a modernidade e o atraso, que o Cadastro Imobiliário de Salvador se encontra hoje, justificando, portanto, a contratação de soluções inovadoras para sanear a situação atual e permitir maior efetividade tributária.**

Ao final, após a instrução, os autos foram enviados pela Comissão Especial Mista de Licitação PMAT e PNAFM III (Comel/Sefaz), por meio de despacho do sr. George Melo Barreto, no dia 15 de julho de 2020 (sexta-feira), “para fins de análise de regularidade do processo, bem como manifestação acerca da minuta de Edital proposta para o presente procedimento licitatório”.

*É o relatório. Passamos à análise jurídica.*

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

Por meio do presente processo, a administração pública pretende promover a “contratação de solução inovadora para saneamento do Cadastro Imobiliário do Município de Salvador”, através de seleção denominada de *modalidade especial* de licitação (Minuta de Edital), regido pela Lei Complementar Federal n. 182, de 1.º de junho de 2021, que *institui o marco das startups e empreendedorismo inovador* – com aplicação direta também aos órgãos

e entidades municipais (artigo 12, LC n. 182/2021)<sup>249</sup> –, com assento na *justificativa técnica e para a solução do problema* apresentado no Projeto Básico (PB), firmado pela Coordenadoria de Cadastros (CCD/Sefaz), sr. Dílson Tanajura Moreira, e com a autorização da autoridade máxima do órgão público para processamento da fase interna.

De início, registre-se que o artigo 38, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.666/93, prevê que as minutas de editais de licitação e de contratos devem ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da administração, conforme se observa:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: [...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração (grifos nossos).

Destarte, é necessário destacar que o presente exame se assenta, tão somente, nos aspectos jurídicos do procedimento, e se restringe à análise dos documentos que instruem o processo administrativo e da Minuta do Edital, e seus anexos, sem prejuízo do apontamento de irregularidades eventualmente encontradas no trâmite da fase interna do procedimento. Portanto, estão excluídos da presente análise os aspectos de natureza substancialmente técnica, visto que, quanto a esses, presume-se que a autoridade competente se municiou dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a adequação às necessidades da administração pública, observando os requisitos legalmente impostos.

Presume-se, ademais, que as especificações técnicas contidas no presente processo tenham sido regularmente determinadas pelos setores competentes do órgão – a exemplo do Projeto Básico, do Termo de Elegibilidade e Compatibilidade do Programa PNAFM III e da Minuta do Edital de Licitação e seus anexos, entre outros –, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

Repise-se, portanto, que a análise a ser empreendida é de natureza *exclusivamente* jurídica – **não envolvendo, portanto, qualquer juízo de ordem técnica acerca da definição do problema/desafio**, da fixação dos *requisitos de qualificação* e dos *critérios de julgamento*, da descrição dos *riscos*, nem tão pouco, quanto ao interesse público, conveniência e oportunidade da contratação

<sup>249</sup> “Art. 12. [...] § 1º. Os órgãos e as entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios subordinam-se ao regime disposto neste Capítulo” (BRASIL, 2021a).

pretendida – k, como também que a presente manifestação se restringirá à avaliação da regularidade jurídico-formal do procedimento e à adequação da Minuta do Edital e seus anexos ao que dispõe as normas de regência. Cumpre, porém, alertar que a *teoria dos motivos determinantes* preconiza que os atos administrativos, quando motivados, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos.

Dito isso, passamos à avaliação das aspectos jurídico-legais do procedimento licitatório.

## 2.1 LEI COMPLEMENTAR FEDERAL N. 182, DE 1.º DE JUNHO DE 2021. INSTITUIÇÃO DO MARCO LEGAL DAS STARTUPS E DO EMPREENDEDORISMO INOVADOR. CRIAÇÃO DE MODALIDADE ESPECIAL DE LICITAÇÃO. ARTIGO 22, XXVII, DA CF/88. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS NORMAS GERAIS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

No dia 1.º de junho de 2021 foi publicada a Lei Complementar n. 182/2021 – isto é, exatos dois meses após a publicação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal n. 14.133/2021) –, que institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador, com o estabelecimento dos “princípios e as diretrizes para a atuação da administração pública no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e a apresentação de medidas de fomento ao ambiente de negócios e ao aumento da oferta de capital para investimento em empreendedorismo inovador” – art. 1.º, parágrafo único, I e II, da LC n. 182/2021.

A referida lei federal foi originada do projeto de Lei Complementar n. 146/2019, cuja ementa original dispunha: “sobre startups e apresenta medidas de estímulo à criação dessas empresas e estabelece incentivos aos investimentos por meio do aprimoramento do ambiente de negócios no País”. O objetivo da lei, além da regulamentação e defesa dos interesses das startups brasileiras e respectivos investidores, consiste também no fomento à criação e investimento nessas empresas.

O marco legal vem, portanto, para facilitar as relações entre a administração pública e as empresas enquadradas na condição de startups no sentido de que aumentará a segurança jurídica para os investidores, bem como facilitará para as empresas quando da participação dos processos de contratação. Segundo opinião de Gabriel Cosme de Azevedo e Leonard Marques (2022):

O marco é pautado no reconhecimento da inovação como vetor de desenvolvimento econômico, social e ambiental, além de incentivar a constituição de ambientes favoráveis ao exercício da atividade empresarial, bem como valorizar a segurança jurídica e de liberdade contratual, com pre-

missas para a promoção do investimento e aumento da oferta de capital direcionados aos negócios disruptivos. É considerado um grande avanço para a atividade econômica e tecnológica no país.

Em seu escopo normativo, o marco reconhece a importância das empresas como agentes centrais do impulso inovador em contexto de livre mercado, motivo pelo qual visa a aprimorar o fomento ao empreendedorismo inovador como meio de promoção à produtividade e competitividade da economia brasileira, bem como propor a cooperação e interação entre entes públicos e privados para a conformação de um ecossistema de inovação efetiva, além de incentivar a contratação, pela Administração Pública, de soluções inovadoras desenvolvidas por *startups*, como meio de fomentar a economicidade e sanar problemas públicos com soluções inovadoras (AZEVEDO; MARQUES, 2022).

As empresas que se enquadram no conceito de startups podem ser definidas como empresas nascentes ou de operação recente, com registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas inferior a 10 anos, faturamento de até 16 milhões de reais por ano e cuja atividade apresente algo inovador ou que esteja em estágio inicial, com baixo custo e com maiores possibilidades de obtenção de lucros.

Consoante disposto em seu artigo primeiro, a lei estabelece princípios e diretrizes para atuação da administração pública no âmbito das três esferas de governo, como também apresenta medidas de fomento ao ambiente de negócios e ao aumento da oferta de capital para investimento em empreendedorismo inovador, além de disciplinar a licitação e a contratação, pela administração pública, de soluções inovadoras.

Nesse contexto, além da definição dos critérios de enquadramento das organizações empresariais ou societárias no conceito de startups, a LC n. 182/2021 também inovou no campo dos procedimentos licitatórios, na medida em que “disciplina a licitação e a contratação de soluções inovadoras pela administração pública” – artigo 1.º, parágrafo único, III, da LC n. 182/2021 – por meio da criação de uma *modalidade especial de licitação*, conforme disposto no seu capítulo VI, “Da Contratação de Soluções Inovadoras pelo Estado”.

Trata-se, portanto, do surgimento de nova modalidade licitatória – diversa de todas aquelas previstas, por exemplo, na Lei Federal n. 8.666/93 e na novel Lei Federal n. 14.133/2021 –, criada pela União, considerando a sua competência privativa em legislar regras gerais sobre a matéria – artigo 22, XXVII, da CF/88.<sup>250</sup> Registre-se, ademais, que a própria LC n. 182/2021,

---

250 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III” (BRASIL, 1988).

em seu artigo 12, § 1.º, já prevê que as regras para a contratação de soluções inovadoras pelo Estado se aplicam de forma imediata a todos os entes federativos, independentemente, portanto, da edição de normas específicas, ao dispor que “os órgãos e as entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios subordinam-se ao regime disposto neste Capítulo”.

Nesse sentido, o capítulo VI da norma, referente às “Contratações de Soluções Inovadoras pelo Estado”, possui aplicabilidade imediata à administração pública direta de todos os entes da federação, sem a necessária edição de regulamentos – a despeito de não existir vedação à atividade regulamentar dos Poderes Executivos locais para contribuir para a adequada aplicação do normativo. Por conseguinte, acerca da não obrigatoriedade de regulamentação prévia para a aplicação da norma especial, cita-se a opinião de Carnaes e Tonetti (2022) a esse respeito:

Nos artigos 12 a 15 da LC 182/2021, relativos ao capítulo da Contratação de Soluções Inovadoras pelo Estado, não se vislumbra a necessidade de uma regulamentação, pois as suas disposições são cogentes para a administração direta da União, estados, municípios e Distrito Federal, ao passo que se estabelece que as empresas públicas e sociedades de economia mista poderão, nos termos dos seus regulamentos internos de licitações e contratações, adotar as disposições referentes à Contratação de Soluções Inovadoras pelo Estado

Logo, entende-se que as disposições do capítulo da Contratação de Soluções Inovadoras pelo Estado possuem plena aplicabilidade, dependendo, nos casos das empresas públicas e sociedades de economia mista, de uma adequação dos termos do regulamento interno de licitações e contratações (CARNAES; TONETTI, 2022).

Acerca da inovação trazida pelo referido diploma e a criação da referida *modalidade especial de licitação*, Lima (2021) assim dispõe sobre a matéria:

Neste contexto de inovação, a nova lei, além de traçar diretrizes em torno do enquadramento de empresas startups, bem como de instrumentos de inovação e regras de fomento, trouxe disposições aplicáveis à contratação de soluções inovadoras pelo Estado, prevendo, em capítulo próprio (Capítulo VI – artigos 12 a 15), normas gerais para as licitações e contratos que possuam as finalidades de: *i) resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia; ii) promover a inovação no setor produtivo por meio do uso do poder de compra do Estado.* [...]

Foi criado, pelo marco legal em comento, uma nova modalidade de licitação, denominada simplesmente de “modalidade especial”, que será regida pela lei complementar supramencionada.

Em que pese a previsão de algum nível de detalhamento dos aspectos procedimentais, observa-se que, no âmbito da LC n 182/2021, o legislador não trouxe todos os requisitos mínimos que devem orientar a etapa preparatória do procedimento a ser deflagrado, nem mesmo orientou de forma exauriente tudo aquilo que deve compor o conteúdo do edital de licitação. É dizer, a norma não prescreve todas as regras suficientes e capazes de estruturar por completo o processo especial de contratação pública. Portanto, diante disso, cabe refletir, ante a omissão legislativa, sobre se é possível aplicar a Lei Federal que disciplina as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos aos procedimentos licitatórios conduzidos com base na Lei Complementar n. 182/2021, desde que não conflitem com os seus objetivos.

Por conseguinte, ante o exposto, considerando a superficialidade das regras licitatórias dispostas na LC n. 182/2021, e a fim propiciar uma execução hígida da denominada *modalidade especial de licitação* – destinada à contratação de soluções inovadoras –, para com isso suprir a patente necessidade de preenchimento das lacunas não previstas no regramento do novel diploma, parece razoável e juridicamente seguro – a despeito da inexistência de previsão expressa na norma – aplicar subsidiariamente as normas gerais de licitações e contratos administrativos, dispostas na Lei Federal n. 8.666/93 (ou mesmo na Lei Federal n. 14.133/2021, conforme opção da autoridade administrativa), a fim de complementar o procedimento licitatório com as regras não previstas, desde que não conflite com o *animus* do diploma especial.

Nesse ponto, importa esclarecer que, apesar da previsão expressa de que a Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) “entra em vigor na data da sua publicação” – artigo 194 da Lei n. 14.133/2021 –, a própria norma prevê expressamente uma *regra de transição* para a sua aplicação imperativa, conferindo à administração a liberdade de optar, durante determinado período de tempo, por licitar e/ou contratar diretamente com incidência da nova norma ou mesmo de acordo com as leis anteriormente aplicáveis, conforme disposto nos artigos 190 a 193 da Lei n. 14.133/2021.<sup>251</sup>

---

251 “Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada. Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência. Art. 192. O contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicada esta Lei subsidiariamente. Art. 193. Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei” (BRASIL, 2021b).

Assim sendo, conforme se extrai dos dispositivos supracitados, até o decurso do prazo de dois anos contados da publicação da Lei Federal n. 14.133/2021 – publicada em 1.º de abril de 2021 (DOU, Ano CLIX, n. 61-F, Seção 1, Edição Extra, de 1 de abril de 2021) –, “a Administração poderá optar em licitar ou contratar diretamente”, de acordo com a nova norma ou de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193, quais sejam: a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993; a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002; e os arts. 1.º a 47-A da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Por conseguinte, durante o referido período de transição – dois anos –, foi facultada à administração pública, como forma de adaptação às novas regras, a opção pela aplicação da novel Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei Federal n. 14.133/2021 –, ou mesmo a utilização do regime anterior – Lei n. 8.666/93; Lei n. 10.520/2002 e arts. 1.º a 47-A da Lei n. 12.462/2011 –, dispensada a apresentação de qualquer justificativa circunstanciada para fundamentar a escolha, exigindo-se, contudo, que a opção escolhida seja “indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada” das regras dispostas nos diplomas normativos.

*In casu*, conforme se extrai dos autos, considerando que ainda levitamos no prazo legal de transição – de 1.º de abril de 2021 à 1.º de abril de 2023 –, a administração pública, de forma legítima, optou expressamente pela aplicação subsidiária do diploma normativo anterior no presente procedimento licitatório – dispostos no art. 193, II, da Lei n. 14.133/2021 –, como se observa no teor da Minuta do Edital, ao dispor que o procedimento licitatório se realizará “[...] mediante condições estabelecidas no Edital e seus Anexos, de acordo com a Lei Complementar 182/2021 e complementarmente na Lei Federal N.º 8.666/93 e suas alterações”.

Registre-se, contudo, que após o transcurso do referido período de *transição* previsto na Lei Federal n. 14.133/2021 – dois anos –, na hipótese de deflagração de nova licitação pela modalidade especial da LC n. 182/2021, deverá a administração pública aplicar, subsidiariamente, o regramento da Nova Lei de Licitações e Contratos, na medida em que o regime jurídico previsto na Lei Federal n. 8.666/93 estará definitivamente revogado.

Por fim, importa frisar que é preciso adotar a nova *modalidade especial* licitatória com todas as cautelas necessárias, a fim de garantir a imparcialidade nas contratações públicas, de modo a zelar pela igualdade de oportunidades aos possíveis concorrentes e, ao mesmo tempo, por seleções criteriosas, com o consequente alcance de soluções verdadeiramente eficazes – atendendo-se, por fim, aos objetivos da Lei Geral de Licitações e da própria Lei Complementar n. 182/2021.

Assim sendo, uma vez superado o ponto referente ao regime normativo aplicável à espécie, passamos ao enfrentamento dos aspectos jurídico-legais do procedimento, com a avaliação adstrita à adequação dos termos da mi-



nuta de edital, e seus anexos, ao regramento da Lei Complementar Federal n. 182/2021, nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93.

## 2.2 MODALIDADE ESPECIAL DE LICITAÇÃO. LC N. 182, DE 1.º DE JUNHO DE 2021. MARCO LEGAL DAS STARTUPS E DO EMPREENDEDORISMO INOVADOR. JUSTIFICATIVA TÉCNICA PARA A ESCOLHA DA MODALIDADE LICITATÓRIA. CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÃO INOVADORA. INDICAÇÃO DO PROBLEMA A SER RESOLVIDO E DOS RESULTADOS ESPERADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De início, observa-se que o presente procedimento licitatório está calcado nas *especificações técnicas* formuladas pela unidade competente do órgão – Coordenadoria de Cadastros (CCD/Sefaz) –, descritas no documento denominado de *Projeto Básico (PB)*, firmado eletronicamente pelo coordenador, sr. Dílson Tanajura Moreira, por meio do qual descreve como *objeto* da licitação “a contratação de solução inovadora para saneamento do Cadastro Imobiliário do Município de Salvador, estimado em 120 mil inscrições, além do histórico e justificativa”, com as razões para a opção pela *modalidade especial* de licitação, prevista na Lei Complementar n. 182/2021.

Nesse diapasão, quanto à finalidade de utilização específica da referida *modalidade especial* de licitação trazida pela novel LC n. 182/2021, importa definir que se trata de procedimento destinado à *contratação de soluções inovadoras pelo Estado*, com a finalidade de resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia e de promover a inovação no setor produtivo por meio do uso do poder de compra do Estado, nos termos do artigo 12, incisos I e II, da LC n. 182/2021:

Art. 12. As licitações e os contratos a que se refere este Capítulo têm por finalidade:

I - resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia; e

II - promover a inovação no setor produtivo por meio do uso do poder de compra do Estado.

**§ 1º. Os órgãos e as entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios subordinam-se ao regime disposto neste Capítulo (BRASIL, 2021a).**

A esse respeito, a fim de aferir o enquadramento da pretensão licitatória do órgão público (Sefaz) – que tem como objeto a “contratação de solução inovadora para o saneamento do Cadastro Imobiliário do Município do Salvador” – às finalidades dispostas no artigo 12 da LC n. 182/2021, remete-se

à leitura da justificativa destinada a demonstrar as razões técnicas para a utilização da referida *modalidade especial* de licitação, já transcritas no relatório deste parecer.

Importa ressaltar, por ser oportuno, que a justificativa técnica para o enquadramento do objeto de contratação pretendido à *modalidade especial* de licitação prevista na LC n. 182/2021 é matéria afeita às unidades técnicas do órgão público, visto que apenas os setores com expertise acerca da matéria possuem conhecimento capaz de definir se tratar, ou não, de *demandas públicas que exigem solução inovadora com emprego de tecnologia* – artigo 12, I, LC n. 182/2021 – e que, por essa razão, justifica-se a adoção da modalidade específica da novel legislação. Nesse sentido, repise-se que tal avaliação se afasta do espectro de análise deste órgão de assessoramento jurídico, considerando o seu caráter substancialmente técnico.

Nos termos do artigo 13, caput, e § 1.º, da LC n. 182/2021,<sup>252</sup> essa nova modalidade de licitação tem por objetivo “contratar pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico”, sendo que a delimitação do escopo pode se restringir à “indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados pela administração pública, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados”, dispensando-se, por conseguinte, a “descrição de eventual solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas”, senão vejamos:

Art. 13. A administração pública poderá contratar pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico, por meio de licitação na modalidade especial regida por esta Lei Complementar.

§ 1º A delimitação do escopo da licitação poderá restringir-se à indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados pela administração pública, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados, dispensada a descrição de eventual solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas, e caberá aos licitantes propor diferentes meios para a resolução do problema (BRASIL, 2021a, grifos nossos).

Registre-se que um dos pontos mais sensíveis do procedimento envolve a *fase de planejamento*, visto ser necessária para fundamentar a adequada confecção das minutas de edital e contratos, na medida em que é nesse momento que será definido o problema, além de mapeada a forma de julgamento e

---

<sup>252</sup> “Art. 13. A administração pública poderá contratar pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico, por meio de licitação na modalidade especial regida por esta Lei Complementar” (BRASIL, 2021a).

avaliação da viabilidade das soluções apresentadas. Quanto à referida necessidade apenas da indicação do problema, vale citar trecho da doutrina acerca desse procedimento especial:

O procedimento para esses casos difere do comumente adotado nas contratações, pois a licitação poderá restringir-se à indicação do problema a ser resolvido e aos resultados esperados pela Administração Pública, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados. Está dispensada a descrição de eventual solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas, cabendo aos licitantes propor diferentes meios para a resolução do problema.

Por seu turno, essa identificação da demanda e dos resultados a serem alcançados deverão ser apurados pela área demandante, e servirão de base para a elaboração do ato convocatório. Nesse contexto, vale destacar que se deve dispensar muita atenção ao planejamento e levantamento das informações sobre o problema a ser resolvido. Eles necessitam ser descritos de forma clara e objetiva no edital captador da melhor solução, de modo a garantir que as empresas participantes entendam de fato as demandas e, assim, consigam alcançar os resultados desejados pela Administração (CAMARÃO, 2022).

Dessa forma, vale destacar a extrema atenção que deve ser dispensada pela unidade técnica na fase de planejamento e levantamento das informações sobre o problema a ser resolvido, já que não é exigida a descrição prévia da solução técnica. Assim, acerca da delimitação do escopo da licitação à indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados, a fim de que sejam propostos pelos licitantes diferentes meios de resolução, cito a opinião de Lima (2021) a esse respeito:

No § 1º do art. 13, previu o legislador que a Administração Pública poderá delimitar o escopo da licitação à indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados, dispensando, ainda, a descrição de eventual solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas, cabendo aos proponentes propor diferentes meios para a resolução do problema.

A disposição trazida à baila enseja, ao menos numa análise superficial, dúvidas em torno de qual procedimento deve a Administração Pública adotar diante de um mesmo problema, qual seja, necessidade de “resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia.

*In casu*, no que se refere ao escopo da licitação – *contratação de solução inovadora para o saneamento do Cadastro Imobiliário do Município do Salvador* (Cláusula 4. Do Desafio – Projeto Básico, fls. 94/96) – e à delimitação do pro-

blema a ser resolvido e dos resultados esperados pela administração pública (art. 13, § 1.º, LC n. 182/2021), foi apresentado o seguinte pela unidade competente do órgão (CCD/Sefaz), na descrição das *especificações técnicas* do procedimento licitatório:

LC N. 182/2021	ITEM 4. DO DESAFIO DO PROJETO BÁSICO
<p>Art. 13. [...] § 1º A delimitação do escopo da licitação poderá restringir-se à indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados pela administração pública, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados, dispensada a descrição de eventual solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas, e caberá aos licitantes propor diferentes meios para a resolução do problema.</p>	<p>DESAFIO: <i>Saneamento cerca de 120 mil inscrições do Cadastro Imobiliário do Município de Salvador (Subitem 4.1 – Quadro 1. Desafio e Resultados Esperados). Por Saneamento do Cadastro Imobiliário, entende-se: a correção ou complementação de dados de inscrições imobiliárias com dados inconsistentes, e a sua habilitação para cobrança e/ou execução fiscal, aumentando a confiabilidade e utilidade do Cadastro Imobiliário de Salvador (Subitem 4.2)</i></p> <p>RESULTADOS ESPERADOS (Subitem 4.1 – Quadro 1. Desafio e Resultados Esperados):</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) <i>Integração com Sistema Integrado de Administração Tributária a fim de sanear as inconsistências verificadas, utilizado por esta Secretaria da Fazenda;</i></li> <li>2) <i>Integração com as bases externas para extração de dados cadastrais fidedignos e íntegros para saneamento das inconsistências verificadas;</i></li> <li>3) <i>Integração com outras bases de dados cadastrais, atualmente não utilizadas.</i></li> <li>4) <i>Eliminar ou minorar as inconsistências de dados, mapeadas para cada inscrição imobiliária;</i></li> <li>5) <i>Enriquecer os registros atuais, complementando-os com informações atualmente inexistentes, como Nº de Porta, dados de contato, números de subunidades, dados cadastrais pessoais etc;</i></li> <li>6) <i>Complementar os registros atualmente suspensos mediante complementação com as informações atualmente faltantes e que não permitem a correta identificação do contribuinte;</i></li> <li>7) <i>Permitir a comunicação com o contribuinte responsável pelo cadastro imobiliário a fim de informá-lo sobre eventuais ações a serem realizadas junto à Secretaria Municipal de Fazenda;</i></li> <li>8) <i>Permitir priorizar ações de saneamento também dos dados financeiros e em relação a processos judiciais;</i></li> <li>9) <i>Tornar as inscrições imobiliárias atualmente com inconsistências, novamente aptas às ações consistentes de cobrança, protestos e execuções;</i></li> </ol> <p>Ainda, a unidade técnica especificou os <b>PROBLEMAS</b> existentes em relação aos dados cadastrais a serem analisados e resolvidos (Subitem 4.3), como também, os potenciais ações de processamento de dados para o saneamento do Cadastro Imobiliário do Município (Subitem 4.7).</p>

Superados tais pontos, que repousam, basicamente, no espectro de análise técnica das unidades responsáveis do ente municipal, passo à avaliação dos aspectos jurídico-legais da Minuta do Edital e seus anexos, e do cumprimento dos demais requisitos atinentes à modalidade licitatória especial.

## 2.3 AVALIAÇÃO DOS ASPECTOS JURÍDICO-LEGAIS DA MINUTA DO EDITAL E SEUS ANEXOS. CAPÍTULO VI DA LC N. 182/2021. MODALIDADE ESPECIAL DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÃO INOVADORA PELO ESTADO

Ao apontar as razões para que a escolha do presente procedimento especial de licitação, a unidade técnica do órgão indicou a necessidade de *contratação de soluções inovadoras para sanear a situação atual* do Cadastro Imobiliário e *permitir maior efetividade tributária*, ante a *necessidade dos lançamentos tributários dessas inscrições inconsistentes* (item 1, histórico e justificativa da contratação, do *Projeto Básico*).

Assim, para o presente procedimento licitatório destinado à contratação de solução inovadora para o saneamento do Cadastro Imobiliário do Município do Salvador (cláusula 1, do objeto, da Minuta do Edital), conforme sobretudo, a administração pública se valerá da *modalidade especial* de licitação, em consonância com o disposto no artigo 13, caput e § 1.º, da Lei Complementar Federal n. 182/2021:

Art. 13. A administração pública poderá contratar pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico, por meio de licitação na modalidade especial regida por esta Lei Complementar.

**§ 1º A delimitação do escopo da licitação poderá restringir-se à indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados pela administração pública, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados, dispensada a descrição de eventual solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas, e caberá aos licitantes propor diferentes meios para a resolução do problema (BRASIL, 2021a).**

Observa-se que essa lei cria uma modalidade específica para contratação de soluções inovadoras desenvolvidas por pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio. Referido procedimento se inicia com a necessidade de a administração indicar qual o problema a ser resolvido e definir os resultados que se espera alcançar, cabendo aos licitantes a proposta de diferentes meios para a resolução do problema, sendo dispensado à adminis-

tração a descrição de eventual solução técnica previamente mapeada, bem como as respectivas especificações técnicas.

Assim, por meio do edital, a administração vai convocar empresas para propor soluções para o seu problema. O julgamento das propostas não terá como critério apenas menor preço, mas também será analisada, pela administração, a estratégia mais relevante, mais amadurecida, mais ágil e aparentemente mais vantajosa. Serão observados critérios previamente estabelecidos no edital que viabilizem a análise: do potencial de resolução do problema e provável economia para a administração; do grau de desenvolvimento da solução proposta; da viabilidade e maturidade do modelo de negócio da solução; da viabilidade econômica da proposta; da demonstração comparativa de custo e benefício da proposta em relação às opções funcionalmente equivalentes.

Acerca dos contornos gerais do procedimento a ser adotado nessa *modalidade especial* de licitação da LC n. 182/2021, verifica-se que consta a previsão legal de que o edital deverá ser publicado com pelo menos 30 (trinta) dias corridos de antecedência em relação à data de recebimento das propostas, e a seleção dessas ocorrerá antes da fase de habilitação (em razão da inversão das fases), sendo possível a escolha de mais de uma proposta para contratação, desde que esteja previamente estabelecido em edital quantas poderão ser selecionadas – artigo 13, §§ 2.º 6.º da LC n. 182/2021.<sup>253</sup>

Uma vez encerrado o processo licitatório, será celebrado o *contrato público para solução inovadora* (CPSI), que terá vigência por até 12 meses, prorrogável por até igual período. O valor do CPSI é limitado a R\$ 1.600.000,00, podendo a remuneração ser “paga por preço fixo, parcela fixa e variável ou, ainda, reembolso de custos com ou sem remuneração fixa ou variável, vinculada ao cumprimento das metas previstas em contrato” – artigo 14, caput e §§ 2.º e 3.º da LC n. 182/2021.<sup>254</sup>

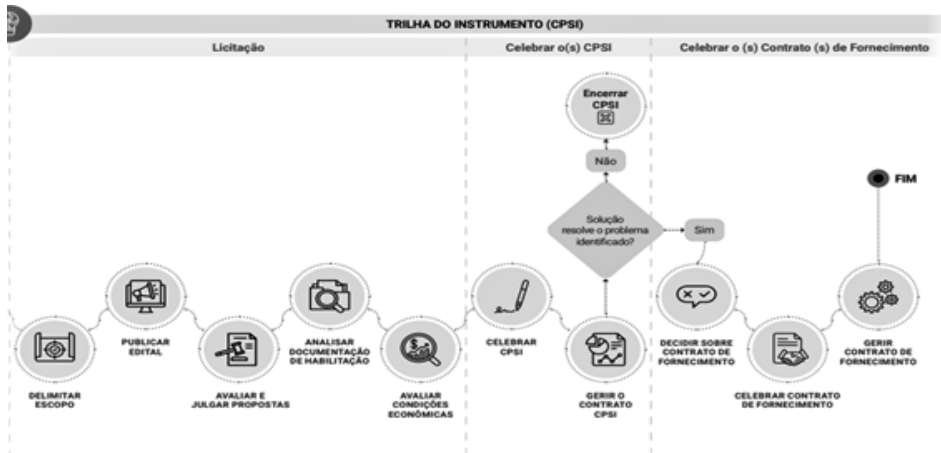
253 “Art. 13. [...] § 2º. O edital da licitação será divulgado, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias corridos até a data de recebimento das propostas: I - em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente público licitante; e II - no diário oficial do ente federativo. § 6º. A licitação poderá selecionar mais de uma proposta para a celebração do contrato de que trata o art. 14 desta Lei Complementar; hipótese em que caberá ao edital limitar a quantidade de propostas selecionáveis” (BRASIL, 2021a).

254 “Art. 14. Após homologação do resultado da licitação, a administração pública celebrará Contrato Público para Solução Inovadora (CPSI) com as proponentes selecionadas, com vigência limitada a 12 (doze) meses, prorrogável por mais um período de até 12 (doze) meses. [...] § 2º O valor máximo a ser pago à contratada será de R\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais) por CPSI, sem prejuízo da possibilidade de o edital de que trata o art. 13 desta Lei Complementar estabelecer limites inferiores. § 3º A remuneração da contratada deverá ser feita de acordo com um dos seguintes critérios: I - preço fixo; II - preço fixo mais remuneração variável de incentivo; III - reembolso de custos sem remuneração adicional; IV - reembolso de custos mais remuneração

Após o encerramento do denominado CPSI, ficará facultada à administração pública a celebração do *contrato de fornecimento* com a mesma contratada, com vigência de até 24 meses, prorrogável por, no máximo, igual período, cujo objeto consistirá no fornecimento do produto, processo ou solução resultante do CPSI ou na integração da solução à infraestrutura tecnológica ou ao processo de trabalho da administração contratante – artigo 15 da LC n. 182/2021.<sup>255</sup>

Registre-se que, no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), foi realizada a “Jornada do Contrato Público para Solução Inovadora – CPSI” destinada à avaliação colaborativa, com a presença de gestores públicos, especialistas jurídicos, membros da academia e do controle. Na citada jornada foram delineadas as trilhas – de *planejamento* e *do instrumento CPSI* – para orientação das etapas destinada à utilização da modalidade de compra pública de inovação,<sup>256</sup> conforme se observa em parte do quadro esquemático extraído do referido trabalho desenvolvido no âmbito da Corte Federal de Contas:

Quadro 1: Jornada do contrato público para solução inovadora (CPSI).



variável de incentivo; ou V - reembolso de custos mais remuneração fixa de incentivo” (BRASIL, 2021a).

255 “Art. 15. Encerrado o contrato de que trata o art. 14 desta Lei Complementar, a administração pública poderá celebrar com a mesma contratada, sem nova licitação, contrato para o fornecimento do produto, do processo ou da solução resultante do CPSI ou, se for o caso, para integração da solução à infraestrutura tecnológica ou ao processo de trabalho da administração pública. [...] § 2º A vigência do contrato de fornecimento será limitada a 24 (vinte e quatro) meses, prorrogável por mais um período de até 24 (vinte e quatro) meses” (BRASIL, 2021a).

256 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E7DB4DC45017F564C3E470CDB>. Acesso em: 5 de jul. 2022.

Assim sendo, considerando se tratar de modalidade de licitação recentemente editada – na medida em que a norma de regência entrou em vigor após decorridos 90 dias da sua publicação em 1.º de junho de 2021 – e, por conseguinte, tendo em vista a experiência ainda incipiente acerca do fluxo procedimental a ser adotado, recomenda-se especial atenção às orientações do Tribunal de Contas da União (TCU), extraídas da supracitada “Jornada do Contrato Público para Solução Inovadora – CPSI”.

Nesse diapasão, acerca das *trilhas de planejamento* e do *instrumento (CPSI)*, destaco os pontos referentes à etapa da licitação, também extraídos do supracitado material, que deverão ser observados pelos setores técnicos do órgão, a fim de orientar, inclusive, a etapa externa do procedimento: (i) *delimitação do escopo*; (ii) *publicação do edital*; (iii) *avaliação e julgamento das propostas*; (iv) *análise dos documentos de habilitação e avaliação das condições econômicas*; (v) *celebração do CPSI*.

A respeito da (i) *delimitação do escopo do procedimento licitatório*, foi colacionado aos autos Projeto Básico (PB), firmado pelo coordenador de cadastros (CCD/Sefaz), sr. Dílson Tanajura Moreira, tendo sido apresentados, dentre outros pontos de ordem substancialmente técnicos, a *descrição do problema e dos resultados esperados* (item 4, “Do desafio), a “definição da comissão especial para julgamento” (item “Avaliação e Julgamento as Solução Inovadora”) e, ainda, a “definição de critérios de julgamento das propostas” (subitem 8.2, “Critérios de Avaliação”).

Quanto à (ii) *publicação do Edital da licitação*, o órgão público deverá promover a divulgação de forma clara e objetiva no “sitio eletrônico oficial centralizado ou mantido pelo ente público licitante e no diário oficial do ente federativo” – nos termos do artigo 13, § 2.º, da LC n.º 182/2021 –, além de outras estratégias de divulgação da licitação que efetivamente alcancem, principalmente, o seguimento de mercado das startups. No que se refere à (iii) *avaliação e julgamento das propostas*, trata-se de competência da Comissão Especial de Licitação – definida no subitem 8.1.2 do *Projeto Básico* –, sendo possível, inclusive, a seleção de mais de uma proposta para a celebração do contrato, nos termos do artigo 13, §§ 3.º, 4.º e 5.º, da LC n. 182/2021.

Contudo, a despeito da previsão, no *Projeto Básico* – subitem 8.1.2 – e na Minuta do Edital – subcláusula 7.2.1.2 –, da composição da Comissão de Avaliação e Julgamento das propostas a serem apresentadas pelos licitantes, em respeito ao que dispõe o artigo 13, § 3.º, da LC n. 182/2021, recomenda-se a publicação de ato específico com a definição da composição da referida comissão, isto é, com a indicação expressa dos seus membros, respeitando-se os cargos/funções previstos na norma (“I – 1 servidor público integrante do órgão; e, II – 1 professor de instituição pública de educação superior na área relacionada ao tema”), e desde que possuam *reputação ilibada e conhecimento*



*no assunto*, além da definição das atividades a serem desenvolvidas pelo referido órgão técnico colegiado.

Por sua vez, com relação à (iv) *análise da documentação de habilitação e condições econômicas*, trata-se de etapa na qual deve ser promovida a “análise dos documentos que comprovam o atendimento aos requisitos de habilitação estabelecidos no edital”, nos termos do artigo 13, §§ 7.º e 8.º, da LC n. 182/2021, além da “avaliação das condições econômicas das propostas selecionadas, visando identificar oportunidades de negociação de condições mais vantajosas para Administração e/ou dos critérios de remuneração que serão adotados”, com assento no artigo 13, §§ 9.º e 10, da LC n. 182/2021 – definidos na cláusula 9, “Habilitação – Envelope C” da Minuta do Edital.

Por fim, quanto à (v) *celebração do CPSI*, um verdadeiro *contrato de teste* destinado a orientar as eventuais necessidades de desenvolvimento da solução, entre outras cláusulas, o contrato deve prever: “as metas a serem alcançadas; a forma e periodicidade da entrega de relatórios de andamento e do relatório final; a matriz de riscos (incluindo riscos referentes a caso fortuito, força maior, risco tecnológico, fato do príncipe e álea econômica extraordinária); a definição da titularidade dos direitos de propriedade; a participação das partes nos resultados obtidos a partir da exploração de tecnologia da qual são titular” (minuta do contrato público para soluções inovadoras).

Disto isso, passamos à análise do teor da Minuta do Edital e seus anexos, colacionada aos autos, firmada em 15 de julho de 2022 pelo presidente da Comel/Sefaz, sr. George Melo Barreto, e demais membros de apoio, nos termos do artigo 13 a 15 da LC n. 182/2021 e do artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93. Conforme consta na *Regência Legal* da Minuta do Edital, por se tratar da utilização da denominada *modalidade especial* de licitação, e a aplicação apenas subsidiária da Lei n. 8.666/93 – por ter sido eleito o regime normativo anterior, a despeito da publicação da nova Lei Federal n. 14.133/2021 –, o instrumento convocatório deverá ser regido pela Lei Complementar n. 182/2021.

A esse respeito, apresento o seguinte quadro comparativo, a fim de atestar o cumprimento – ou não – das referidas disposições constantes na LC n. 182/2021, bem como apresentar observações quanto aos termos da Minuta do Edital e do CPSI, para que, se for o caso, sejam promovidas as devidas adequações pelos setores técnicos competentes, ou apresentadas justificativas:

LEI COMPLEMENTAR FEDERAL N. 182/2021	MINUTA DO EDITAL DA MODALIDADE ESPECIAL DE LICITAÇÃO (FLS. 47/90)
<p>Art. 13. A administração pública poderá contratar pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico, por meio de licitação na modalidade especial regida por esta Lei Complementar.</p>	<p><i>“Participantes: poderão participar do presente certame pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, brasileiras ou estrangeiras em situação regular no país.”</i> (item 5.1).</p> <p>*Registre-se que as especificações previstas na Minuta do Edital devem ser formuladas de maneira que permitam efetivamente a participação de <u>pe<sup>so</sup>as f<sup>z</sup>icas ou j<sup>z</sup>urídicas, isoladamente ou em con<sup>z</sup>sórcio</u> (nos termos do art. 13, caput, LC n. 182/2021), devendo, se for o caso, ser promovidas as adequações que se mostrarem necessárias no item 5.1.1 e seguintes, a fim de se excluir qualquer restrição indevida à participação de pretensos interessados, na medida em que a <i>modalidade especial</i> não se restringe apenas a pessoas jurídicas específicas.</p>
<p>Art. 13. [...] §1º. A delimitação do escopo da licitação poderá restringir-se à indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados pela administração pública, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados, dispensada a descrição de eventual solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas, e caberá aos licitantes propor diferentes meios para a resolução do problema.</p>	<p><i>Contratação de solução inovadora para saneamento do Cadastro Imobiliário do Município de Salvador vide item 4.2 do Projeto Básico, estimado em 120 mil inscrições, conforme item 4 (quadro 1) do Projeto Básico.</i> (item 1.1).</p> <p>*Recomenda-se que seja avaliada a necessidade de inclusão, no bojo da Minuta do Edital, do <i>problema/desafio</i> a ser solucionado e dos <i>resultados</i> esperados, tal como descrito no item 4 do <i>Projeto Básico</i>.</p>
<p>Art. 13. [...] § 2º. O edital da licitação será divulgado, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias corridos até a data de recebimento das propostas: I - em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente público licitante; e II - no diário oficial do ente federativo.</p>	<p>* Recomenda-se que seja inserido de forma expressa na Minuta do Edital a informação de que a data para o recebimento das propostas será fixada após, no mínimo, o prazo de 30 (trinta) dias corridos da divulgação do Edital de Licitação, em sítio eletrônico oficial e no diário oficial do município.</p>

<p>Art. 13. [...] § 3º As propostas serão avaliadas e julgadas por comissão especial integrada por, no mínimo, 3 (três) pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento no assunto, das quais: I - 1 (uma) deverá ser servidor público integrante do órgão para o qual o serviço está sendo contratado; e II - 1 (uma) deverá ser professor de instituição pública de educação superior na área relacionada ao tema da contratação.</p>	<p><i>“A Comissão Avaliadora e Julgadora será composta por 5 (cinco) pessoas de reputação ilibada e reconhecida competência na matéria objeto da contratação, a quem caberá analisar e avaliar, sob o ponto de vista técnico”</i> (item 7.2.1.1).</p> <p><i>“Comissão Avaliadora e Julgadora será composta por: a) 01 (um) servidor público integrante do quadro da Secretaria Municipal da Fazenda, nomeado Presidente. b) 03 (três) servidores públicos integrantes do quadro da Secretaria Municipal da Fazenda. c) 01 (um) professor de instituição pública de educação superior na área de Gestão Pública”.</i> (item 7.2.1.2).</p> <p>*Recomenda-se a publicação de ato específico com a definição da composição da referida comissão, isto é, com a indicação expressa dos seus membros, com respeito aos cargos/funções previstos na norma, e desde que possuam reputação ilibada e conhecimento no assunto, além da definição das atividades a serem desenvolvidas pelo referido órgão colegiado.</p>
<p>Art. 13. [...] § 4º. Os critérios para julgamento das propostas deverão considerar, sem prejuízo de outros definidos no edital: I - o potencial de resolução do problema pela solução proposta e, se for o caso, da provável economia para a administração pública; II - o grau de desenvolvimento da solução proposta; III - a viabilidade e a maturidade do modelo de negócio da solução; IV - a viabilidade econômica da proposta, considerados os recursos financeiros disponíveis para a celebração dos contratos; e V - a demonstração comparativa de custo e benefício da proposta em relação às opções funcionalmente equivalentes.</p>	<p><i>Critérios de Avaliação: A Comissão de Avaliação e Julgamento avaliará, de forma fundamentada, as propostas de solução inovadora submetidas pelos participantes inscritos, considerando os seguintes critérios e pontuações:</i> (item 7.2.4 e Quadro 1. Critérios de Avaliação).</p> <p>*Cumprir à Unidade Técnica definir os critérios para julgamento das propostas, com a inclusão, no mínimo, daqueles previstos no artigo 13, § 4.º, da LC n. 185/2021, além de outros que julgar pertinentes, mas que não tenham o condão de reduzir injustificadamente a competitividade e/ou a participação de pretensos interessados.</p>

<p>Art. 13. [...]. § 6º A licitação poderá selecionar mais de uma proposta para a celebração do contrato de que trata o art. 14 desta Lei Complementar, hipótese em que caberá ao edital limitar a quantidade de propostas selecionáveis.</p>	<p><i>“Convocadas e contratadas até 3 (três) soluções inovadoras. Detalhes estão descritos no item 9 do Projeto Básico”</i> (item 1.2).</p>
<p>Art. 13. [...]. § 7º. A análise da documentação relativa aos requisitos de habilitação será posterior à fase de julgamento das propostas e contemplará somente os proponentes selecionados.</p>	<p><i>“A inversão de fases apontada nos envelopes A e B se justifica em razão da utilização da Lei Complementar n. 182/2021 que estabelece a abertura inicial dos envelopes de Proposta Técnica e posteriormente de Habilitação”.</i> (item 6.7.1).</p>
<p>Art. 13. [...]. § 8º. Ressalvado o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal, a administração pública poderá, mediante justificativa expressa, dispensar, no todo ou em parte: I - a documentação de habilitação de que tratam os incisos I, II e III, bem como a regularidade fiscal prevista no inciso IV do caput do art. 27 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e II - a prestação de garantia para a contratação.</p>	<p>A Documentação de Habilitação está prevista no “item 9.2. Habilitação Jurídica”; “item 9.2. Regularidade Fiscal e Trabalhista”; “item 9.3. Qualificação Técnica”; “item 9.4. Qualificação Econômico-Financeira”.</p> <p>*Em caso da opção pela dispensa, sugere-se que o setor técnico apresente justificativa específica para a não exigência de algum(ns) do(s) requisito(s) de habilitação e regularidade fiscal dos incisos I, II, III e IV do art. 27 da Lei n. 8.666/93, sendo vedada a dispensa da exigência do cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal (art. 27, V, Lei n. 8.666/93).</p> <p>A previsão de garantia foi inserida na “Cláusula 6. Garantia” da Minuta do Edital.</p>

<p>Art. 13. [...] § 9º Após a fase de julgamento das propostas, a administração pública poderá negociar com os selecionados as condições econômicas mais vantajosas para a administração e os critérios de remuneração que serão adotados, observado o disposto no § 3º do art. 14 desta Lei Complementar.</p> <p><b>§ 10. Encerrada a fase de julgamento e de negociação de que trata o § 9º deste artigo, na hipótese de o preço ser superior à estimativa, a administração pública poderá, mediante justificativa expressa, com base na demonstração comparativa entre o custo e o benefício da proposta, aceitar o preço ofertado, desde que seja superior em termos de inovações, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, limitado ao valor máximo que se propõe a pagar.</b></p>	<p>*Recomenda-se que seja avaliada a necessidade de inclusão da previsão do artigo 13, § 9.º, da LC n. 182/2021 na Minuta do Edital – inserida no item 12.9 do <i>Projeto Básico</i>, que dispõe que, “após a fase de julgamento das propostas a administração pública poderá negociar com os selecionados as condições econômicas mais vantajosas para a administração e os critérios de remuneração que serão adotados”.</p>
--	--

<p><b>LEI COMPLEMENTAR FEDERAL N. 182/2021</b></p>	<p><b>MINUTA DO CONTRATO PÚBLICO PARA SOLUÇÃO INOVADORA – CPSI</b></p>
<p>Art. 14. Após homologação do resultado da licitação, a administração pública celebrará Contrato Público para Solução Inovadora (CPSI) com as proponentes selecionadas, com vigência limitada a 12 (doze) meses, prorrogável por mais um período de até 12 (doze) meses.</p>	<p><i>“O prazo de vigência do presente contrato é de 12 (doze) meses, contado da data da sua assinatura. Havendo motivo relevante e manifesto interesse das Partes, o presente contrato poderá ter seu prazo de vigência prorrogado por mais um período de até 12 (doze) meses, mediante termo aditivo”. (Cláusula 8. Da Vigência, fl. 155).</i></p>
<p>Art. 14. § 1º. O CPSI deverá conter, entre outras cláusulas: I - as metas a serem atingidas para que seja possível a validação do êxito da solução inovadora e a metodologia para a sua aferição;</p>	<p>As metas a serem atingidas estão descritas na “Cláusula 6. Das Metas a Serem Atingidas”.</p>
<p>Art. 14. § 1º. O CPSI deverá conter, entre outras cláusulas: [...] II - a forma e a periodicidade da entrega à administração pública de relatórios de andamento da execução contratual, que servirão de instrumento de monitoramento, e do relatório final a ser entregue pela contratada após a conclusão da última etapa ou meta do projeto;</p>	<p>Os relatórios a serem apresentados estão previstos na “Cláusula 6. Das Metas a Serem Atingidas”.</p>

<p>Art. 14. § 1º. O CPSI deverá conter, entre outras cláusulas: [...] III - a matriz de riscos entre as partes, incluídos os riscos referentes a caso fortuito, força maior, risco tecnológico, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;</p>	<p>A matriz de risco está prevista no “APÊNDICE B - MATRIZ DE RISCOS” do <i>Projeto Básico</i>.</p> <p>“A CONTRATADA observará a matriz de riscos do Apêndice B do Anexo I – Detalhamento Técnico, entre as partes, incluídos os riscos referentes a caso fortuito, força maior, risco tecnológico, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (item 2.2.1.20).</p>
<p>Art. 14. § 1º. O CPSI deverá conter, entre outras cláusulas: [...] IV - a definição da titularidade dos direitos de propriedade intelectual das criações resultantes do CPSI; e</p>	<p>A definição da titularidade dos direitos de propriedade intelectual das criações resultantes do CPSI está prevista na “Cláusula 11. Da Propriedade Intelectual”.</p>
<p>Art. 14. § 1º. O CPSI deverá conter, entre outras cláusulas: [...] V - a participação nos resultados de sua exploração, assegurados às partes os direitos de exploração comercial, de licenciamento e de transferência da tecnologia de que são titulares.</p>	<p>*Recomenda-se que seja avaliada a necessidade de inserir, caso ainda não promovida, cláusula no bojo do contrato para solução inovadora (CPSI) acerca da participação nos resultados de sua exploração.</p>
<p>Art. 14. [...]. § 2º O valor máximo a ser pago à contratada será de R\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais) por CPSI, sem prejuízo da possibilidade de o edital de que trata o art. 13 desta Lei Complementar estabelecer limites inferiores.</p>	<p>“O valor máximo estimado dessa licitação é de R\$ 1.384.716,00 (um milhão, trezentos e oitenta e quatro mil, setecentos e dezesseis reais)” (item 3.2 da Minuta do Edital)</p>
<p>Art. 14. [...]. § 3º A remuneração da contratada deverá ser feita de acordo com um dos seguintes critérios: I - preço fixo; II - preço fixo mais remuneração variável de incentivo; III - reembolso de custos sem remuneração adicional; IV - reembolso de custos mais remuneração variável de incentivo; ou V - reembolso de custos mais remuneração fixa de incentivo.</p> <p><b>§ 4º Nas hipóteses em que houver risco tecnológico, os pagamentos serão efetuados proporcionalmente aos trabalhos executados, de acordo com o cronograma físico-financeiro aprovado, observado o critério de remuneração previsto contratualmente.</b></p>	<p>“A remuneração será realizada conforme Cronograma de Desembolso Físico-financeiro constante no Apêndice D deste Edital, qual seja: [...]” (Cláusula 4).</p> <p>“Nas hipóteses em que houver risco tecnológico, os pagamentos serão efetuados proporcionalmente aos trabalhos executados, de acordo com o cronograma físico-financeiro aprovado, observado o critério de remuneração previsto contratualmente”. (Cláusula 4.2).</p>

<p>Art. 14. [...]. § 5º Com exceção das remunerações variáveis de incentivo vinculadas ao cumprimento das metas contratuais, a administração pública deverá efetuar o pagamento conforme o critério adotado, ainda que os resultados almejados não sejam atingidos em decorrência do risco tecnológico, sem prejuízo da rescisão antecipada do contrato caso seja comprovada a inviabilidade técnica ou econômica da solução.</p>	<p>“A Administração Pública deverá efetuar o pagamento conforme o critério adotado, ainda que os resultados almejados não sejam atingidos em decorrência do risco tecnológico, sem prejuízo da rescisão antecipada do contrato caso seja comprovada a inviabilidade técnica ou econômica da solução” (Cláusula 4.3).</p>
<p>Art. 14. [...]. § 6º Na hipótese de a execução do objeto ser dividida em etapas, o pagamento relativo a cada etapa poderá adotar critérios distintos de remuneração.</p>	<p>“A remuneração será realizada conforme Cronograma de Desembolso Físico-financeiro constante no Apêndice D deste Edital, qual seja: [...].” (Cláusula 4).</p>
<p>Art. 14. [...]. § 7º Os pagamentos serão feitos após a execução dos trabalhos, e, a fim de garantir os meios financeiros para que a contratada implemente a etapa inicial do projeto, a administração pública deverá prever em edital o pagamento antecipado de uma parcela do preço anteriormente ao início da execução do objeto, mediante justificativa expressa. § 8º Na hipótese prevista no § 7º deste artigo, a administração pública certificar-se-á da execução da etapa inicial e, se houver inexecução injustificada, exigirá a devolução do valor antecipado ou efetuará as glosas necessárias nos pagamentos subsequentes, se houver.</p>	<p>*Recomenda-se que seja devidamente observado o que dispõe o artigo 14, §§ 7.º e 8.º, da LC n. 182/2021, para que, caso ainda não realizado, sejam promovidas as devidas alterações nos instrumentos técnicos, a fim de contemplar as referidas disposições legais.</p>

Ainda quanto aos demais aspectos relevantes da Minuta do Edital e seus anexos, acostada aos autos, cumpre apresentar a seguintes observações, com a recomendação de que sejam promovidas as alterações/adequações indicadas – ou apresentadas justificativas técnicas correspondentes –, bem como observados os pontos de atenção, considerando o disposto nas normas de regência:

(i) sejam adequadas todas as passagens do instrumento editalício que fazem referência ao termo “concorrência”, com a substituição pela expressão “modalidade especial de licitação” ou pelo termo “licitação”, considerando que o procedimento de seleção sob análise se refere à *modalidade especial* especificamente prevista na LC n. 182/2021 e a fim de evitar qualquer con-

fusão com a modalidade licitatória com previsão no artigo 22, I, da Lei n. 8.666/93;

(ii) seja promovida a revisão de todos os termos da Minuta do Edital e seus anexos, para eliminação de quaisquer incongruências em sua redação, a exemplo da necessidade de adequação da numeração dos itens dispostos na “Cláusula 9. Habilitação – Envelope C”, em razão da repetição do item 9.2;

(iii) seja ajustada a redação da ementa da Minuta do Edital – **além de eventuais outros pontos do instrumento editalício** –, no que tange ao “Critério de Julgamento: MENOR PREÇO GLOBAL”, considerando que o julgamento das propostas levará em conta *técnica e preço*, tal como observado na “Cláusula 12. Critério de Julgamento” da Minuta do Edital. Ora, cumpre ao setor técnico responsável pela confecção das *especificações técnicas* e da Minuta do Edital e seus anexos – e não a este órgão de assessoramento jurídico – a eliminação de quaisquer divergências entre as disposições inseridas nos documentos técnicos, a fim de se evitar prejuízos interpretativos para os pretensos licitantes, e que sejam capazes de macular o regular prosseguimento da licitação;

(iv) seja promovida a adequação da disposição inserida no item 17.7 da Minuta do Edital, a fim de excluir a previsão de que o *prazo de execução* dos serviços contratados será contado do recebimento da *ordem de serviço*, tendo em vista que o referido prazo previsto para a execução – 12 meses – coincide com aquele de vigência do ajuste, que terá início a partir da data de assinatura do contrato (cláusula 8 “Da Vigência”). Assim sendo, recomenda-se que sejam adequados os instrumentos – edital e contrato –, a fim de que contemplem a previsão de que o prazo de execução dos serviços terá início a partir da assinatura do contrato;

(v) quanto as exigências de qualificação técnica, descritas no item 9.3, “Qualificação Técnica”, da cláusula 9, “Habilitação – Envelope ‘C’”, recomenda-se que os seus termos sejam detidamente reavaliados, a fim de excluir, se for o caso, quaisquer exigências tendentes a restringir injustificadamente a competitividade e/ou a participação de pretensos licitantes que detenham a capacidade de apresentar solução inovadora para atender ao problema proposto.

Registre-se, neste ponto, que a qualificação técnica tem como escopo a verificação da habilidade ou aptidão, somente sendo permitida se indispensável à garantia do cumprimento das obrigações (TORRES, 2018, p. 428) – art. 37, XII, CF/88 –, sob pena de restringir a competitividade do certame. Assim, os requisitos de habilitação, em especial as exigências de qualifica-



ção técnica, não podem comportar restrições indevidas à competitividade – *Súmula TCU* n. 263<sup>257</sup> –, com o afastamento indesejado e injustificado de pretensos licitantes,<sup>258</sup> a fim de não restringir a máxima participação dos concorrentes, mas também de forma a garantir a aptidão dos licitantes para o desempenho das atividades contratadas.

Assim sendo, apenas devem ser definidos requisitos de qualificação técnica se possível a inclusão de *parâmetros específicos para análise objetiva*, na medida em que as exigências de qualificação não podem guardar contornos de subjetividade capazes de macular o julgamento do certame. Isso porque não há objetividade na inclusão de requisitos de qualificação técnica, tão somente com a reprodução do disposto no artigo 30, inciso II e § 1.º, da Lei n. 8.666/93, sem a definição, portanto, de critérios específicos para habilitação dos licitantes.

Por conseguinte, anote-se que as exigências de *qualificação técnica* para a participação no certame não devem possuir contornos de subjetividade e, mais especificamente no caso dos autos, considerando que se trata de *modalidade especial* destinada à *contratação de solução inovadora* – LC n. 182/2021 –, tais qualificadoras não podem ter o condão de afastar pretensos interessados que possuam, de fato, condições de apresentarem soluções tecnológicas inovadoras capazes de resolverem o problema/desafio proposto. Nesse sentido, anote-se que eventuais licitantes que não possuam tal capacidade terão, oportunamente, ainda na fase de julgamento das propostas técnicas, a sua solução devidamente avaliada pela Comissão Avaliadora e Julgadora, oportunidade em que serão eliminadas, inclusive, aquelas soluções que não atendam minimamente aos critérios exigidos.

Nesse contexto, deve ser evitado qualquer critério subjetivo no julgamento dos requisitos de habilitação<sup>259</sup> – capazes de promoverem dúvidas

---

257 Súmula n.º 263/TCU: “Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, **simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado**, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.

258 “[...] inclui no projeto básico ou no termo de referência as **justificativas técnicas**, quando julgar necessária a **adoção de quantitativos mínimos na comprovação da qualificação técnica**, demonstrando a compatibilidade desses quantitativos com o valor da contratação [...]”. Precedente citado: Acórdão n.º 126/2007-Plenário. Acórdão n.º 556/2010-Plenário, TC-029.103/2009-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.03.2010.

259 Acórdão 914/2019 Plenário (Representação, Relator Ministra Ana Arraes) Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Quantidade. Prazo. Referência. É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha fornecido bens pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993).

quanto ao cumprimento –, assim como o nível de especificidade não pode se traduzir em barreira injustificada à ampla participação de licitantes aptos a executarem o objeto a ser contratado – com assento no que dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal<sup>260</sup> –, excluindo-se, por conseguinte, as exigências que se mostrem desarrazoadas e, por essa razão, não sejam efetivamente indispensáveis ao atingimento do interesse público perseguido.

Assim sendo, recomenda-se que seja avaliada pela unidade técnica a referida previsão, com a eventual adequação da disposição editalícia, a fim de excluir qualquer subjetividade no julgamento dos requisitos de habilitação – eliminando eventuais dúvidas quanto ao seu cumprimento –, ressalvada a hipótese de concluir que a referida previsão editalícia não tem o condão de reduzir a competitividade do certame, isto é, que não se traduz em restrição injustificável de competitividade, com o afastamento indesejado de pretensos interessados;

(vi) por sua vez, no tocante ao item 9.4, “Qualificação Econômico-financeira”, da cláusula 9, “Habilitação – Envelope ‘C’”, destaque-se, por ser oportuno, o entendimento sumulado do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a eventual *exigência de índices contábeis de capacidade financeira deve estar justificada no processo da licitação – Súmula n. 289/TCU*<sup>261</sup> –, por meio de manifestação técnica e específica da unidade competente do órgão, tal como visto em outros precedentes também da Corte Federal de Contas,<sup>262</sup> que apontam no sentido de que tais índices somente devem ser exigidos para efeitos de qualificação econômico-financeira em nível suficiente para assegu-

---

260 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**” (BRASIL, 1988, grifos nossos).

261 SÚMULA TCU 289: “A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade”.

262 “É obrigatório justificar, no processo licitatório, os índices contábeis e valores utilizados na avaliação da qualificação econômico-financeira dos proponentes” (Acórdão 6130/2012-Segunda Câmara, sessão em 21/08/2012, relator Marcos Bemquerer). “Os índices contábeis somente devem ser exigidos em nível suficiente para assegurar o cumprimento das obrigações, devendo, ainda, ser acompanhados de justificativa técnica” (Acórdão 2135/2013-Plenário, sessão em 14/08/2013, Relator André Carvalho).

rar o cumprimento das obrigações e desde que acompanhado de justificativa técnica – artigo 31, § 1.º, Lei Federal n. 8.666/1993;<sup>263</sup>

(vii) seja ajustada a redação da cláusula disposta no Item 1, “DO OBJETO”, da Minuta do Contrato, para que conste que o desenvolvimento da solução inovadora deverá ser executado “com base nas especificações contidas no Projeto Básico que consta como Anexo do Edital, notadamente em relação à indicação do desafio a ser resolvido e dos resultados esperados pela Administração”;

(viii) seja avaliado pela unidade técnica do órgão, a fim de fazer constar expressamente nas Minutas de Edital e do Contrato Público para Solução Inovadora (CPSI), se o valor contratado será *fixo e irrevogável* ou se haverá *reajuste em caso de eventual prorrogação*, tal como disposto na cláusula 19, “Reajuste”, da Minuta do Edital. Assim sendo, em caso de manutenção da previsão de *reajuste*, recomenda-se que haja a previsão expressa do índice oficial de reajustamento, bem como a referência à IN SEFAZ/CGM n. 34/2014, que até então regulamenta o reajuste de contratos administrativos no âmbito do Município do Salvador-BA, bem como a inclusão de tais disposições no bojo do CPSI.

Diante do exposto, recomenda-se, ainda que todos os instrumentos técnicos sejam revistos, a fim de que suas disposições guardem coerência, com a eliminação de quaisquer atecniais e, por conseguinte, com a promoção de eventuais alterações e adequações para evitar divergências, bem como quaisquer afrontas as normas de regência, tudo de acordo com o que dispõe a legislação, em especial, o teor da nova LC n. 182/2021, que regulamenta a presente *modalidade especial* de licitação.

A par das considerações já especificamente descritas no presente opinativo, cumpre, também, avaliar a adoção das demais providências necessárias à deflagração do processo licitatório ora pretendido.

Para a licitude da competição, importa apontar que as especificações do certame não podem ser moldadas, de tal forma, que apenas permitam o preenchimento/cumprimento dos requisitos por determinado(s) interessado(s), em que pese a existência de outros interessados, sob pena de configurar flagrante violação ao procedimento licitatório, ante a quebra do princípio basilar da competitividade. Frise-se que a vedação à restrição de competitivi-

---

263 “Art. 31. [...] §5º. A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação” (BRASIL, 1993).

dade já foi objeto de várias decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), inclusive com a responsabilização dos agentes públicos competentes e a anulação da licitação/contratação.<sup>264</sup>

Ressalte-se, nesse sentido, que em consonância com o disposto no art. 3.º §1.º, I, da Lei n. 8.666/93 é vedado aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo [...]”. De igual forma, estabelece-se no § 5.º do art. 7.º daquele mesmo Diploma ser “vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas [...]”.

Conforme consabido, a este órgão de assessoramento jurídico não compete análise específica dos aspectos de ordem técnica, visto que reclamam *expertise* que é afeita aos setores competentes do órgão. Assim sendo, *cumpra aos agentes públicos competentes se resguardarem*, a fim de evitar distorções ou inconsistências de ordem técnica capazes de macular a viabilidade do certame, restringir a competitividade e afetar a busca pela melhor oferta. Dessa forma, recomenda-se que seja apresentada declaração expressa, firmada por agente público competente, de que no instrumento do edital e seus anexos não existem especificações ou condições que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, tenham o condão de comprometer, restringir ou frustrar, de forma injustificada, o caráter competitivo do certame, afastando indevidamente a participação de pretensos interessados, nos termos do artigo 3.º, §1.º, I, da Lei n. 8.666/93.

No que se refere, por sua vez, à definição do valor máximo do futuro Contrato Público para Solução Inovadora, conforme acima especificado, o artigo 14, § 2.º da LC n. 182/2021, prevê que “o valor máximo a ser pago à contratada será de R\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais) por CPSI”, sem prejuízo da possibilidade de estabelecimento no edital de “limites inferiores”. Nos autos, especificamente nos termos do item 12, “Da Estimativa e Justificativa do Valor de Contratação” do *Projeto Básico*, firmado pelo coordenador de cadastros, sr. Dílson Tanajura Moreira, consta a previsão de que “o Município do Salvador, por meio da SEFAZ, estimou em seu orçamento um o valor de até R\$ 1.384.716,00 (um milhão, trezentos e oitenta e quatro mil, setecentos e dezesseis reais) para a contratação do objeto descrito neste PB”.

---

264 “[...] 9.3.2. observe o disposto nos arts. 3º, 14 e 40, inciso I, da Lei nº 8.666/93, e no art. 3º da Lei nº 10.520/02, abstendo-se de incluir, nos instrumentos convocatórios, excessivo detalhamento do objeto, de modo a evitar o direcionamento da licitação ou a restrição de seu caráter competitivo, devendo justificar e fundamentar tecnicamente quaisquer especificações ou condições que restrinjam o universo de possíveis fornecedores dos bens ou prestadores de serviços o objeto do certame” (Acórdão nº. 2407/2006 - Plenário; Data da sessão 06/12/2006).

Para fins de justificar a definição do preço, em que pese se tratar de contratação de solução inovadora no mercado, na qual a delimitação do escopo pode se restringir à indicação do problema – artigo 13, § 1.º, LC n. 182/2021 –, sem a existência, por conseguinte, de precedentes comparativos para fins de estimar um valor médio, a unidade técnica do órgão apresentou, em suma, a seguinte justificativa extraída do subitem 12.3.1 do *Projeto Básico*, para a fixação do valor acima indicado:

12.3.1 O valor acima de R\$ 1.384.716,00 (um milhão, trezentos e oitenta e quatro mil, setecentos e dezesseis reais) foi baseado em levantamento realizado dos custos incorridos pela SEFAZ em trabalhos na natureza similar, de saneamento do Cadastro Imobiliário, Contrato No 016/2018 da SEFAZ Salvador, decorrente do Pregão Eletrônico N° 007/2018. Tal estudo apontou para um gasto de cerca de R\$ 9,20 por registro saneado. Como estimamos em até 120 mil o total de registros carentes de dados corretos, chegamos ao montante final informado no item 5.5 acima, acrescido de uma margem de segurança de 25%, devido aos riscos de maior complexidade da solução do que o esperado e à eventual extrapolação do número de registros carentes de dados corretos.

Sabe-se, também, que na atual conformação legal, também não há espaço para que se inicie a prestação de serviços sem que haja a previsão de recursos orçamentários, não podendo a contratação se basear em mera expectativa de dotação orçamentária. Nesses termos, foram apresentados o pré-empenho das despesas, com assento no art. 3.º do Decreto Municipal n. 32.100/2020,<sup>265</sup> nos valores de R\$ 1.246.244,40 (um milhão duzentos e quarenta e seis mil duzentos e quarenta e quatro reais e quarenta centavos) e de R\$ 138.471,60 (cento e trinta e oito mil quatrocentos e setenta e um reais e sessenta centavos), que equivalem ao valor total máximo previsto para a contratação. Contudo, recomenda-se que seja colacionada aos autos a declaração de previsão na Lei Orçamentária Anual (LOA) e adequação ao Plano Plurianual (PPA) e Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO), em observância ao artigo 16, II, da Lei Complementar n. 101/2000.<sup>266</sup>

<sup>265</sup> “Art. 3º. As unidades orçamentárias dos órgãos e entidades da Administração Pública devem programar, previamente, através do Sistema Integrado de Planejamento e Gestão Fiscal - SIGEF SSA, pré-empenho para abertura dos procedimentos licitatórios, qualquer que seja a sua modalidade e para os casos de contratação direta, mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, para a formalização de convênios e para outras situações que gerem despesa, inclusive a implantação de vantagens em folha de pagamento e outras despesas caracterizadas como de pessoal” (SALVADOR, 2020, grifos nossos).

<sup>266</sup> “Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: [...] II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias” (BRASIL, 2000).

Recomenda-se, ainda, que seja apresentado esclarecimento nos autos sobre se a contratação pública pretendida será financiada com recursos provenientes de empréstimo contratado junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), considerando o Termo de Elegibilidade e Compatibilidade do Programa PNAFM III, firmado pelo coordenador técnico PNAFM, sr. Fernando Jorge Barreto, e pelo coordenador adm. financeiro PNAFM, sr. André Luiz Fonseca, por se tratar de ação destinada a modernização da gestão fiscal.

Assim, na hipótese em que os recursos empregados sejam decorrentes de empréstimo com o agente financiador, sugere-se que sejam colacionados aos autos documentos com a respectiva não objeção do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), após o envio dos documentos técnicos e orçamento definido para a contratação, bem como que seja apresentada cópia do Plano de Aquisições atualizado do BID, a fim de demonstrar a previsão da presente contratação no referido documento, devidamente aprovado pelo agente financiador.

Ademais, no que pertine à autorização expressa do ordenador de despesas para o trâmite da fase interna do procedimento de contratação, com assento no que dispõe o artigo 38, caput, da Lei n. 8.666/93,<sup>267</sup> consta nos autos autorização expressa da autoridade máxima do órgão público – SEFAZ/PMS – para o trâmite da fase interna do procedimento de contratação, por meio da qual foi aposto o autorizo da gestora para “o prosseguimento da Fase Interna para contratação de solução inovadora para saneamento do Cadastro Imobiliário do Município de Salvador, estimado em 120 mil inscrições, visando melhorar a integração de dados cadastrais do Município com o de diferentes entes públicos, permitindo o enriquecimento da base de dados dos contribuintes do Município, melhorar a qualidade dos dados cadastrais das inscrições imobiliárias, tornando-as aptas às ações consistentes de cobrança de créditos tributários, protestos, execuções, e com o consequente incremento de arrecadação, desde que observados os dispositivos legais pertinentes/’.

Por fim, sabe-se que não cabe a este órgão de assessoramento jurídico, no desempenho de sua missão constitucional consultiva, imiscuir-se no papel das escolhas discricionárias e meritórias do administrador público, sob pena de ingerência indevida nas atividades do órgão. Não obstante, tais escolhas devem ser hermeticamente pautadas no conjunto de normas jurídicas e nos entendimentos plasmados pelas entidades de controle. Ademais, tão pouco é papel desta Procuradoria opinar acerca dos pontos de cunho eminentemente

---

<sup>267</sup> “Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, **contendo a autorização respectiva**, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente” (BRASIL, 1993, grifos nossos).

técnico, uma vez que exigem – sobremaneira – conhecimentos específicos e, por essa razão, são afeitos aos setores competentes do órgão, em razão de reclamar inevitável expertise.

### 3 CONCLUSÃO

Em face do exposto, nos termos da Lei Complementar Federal n. 182/2021, entende esta RPGMS/Sefaz não existir óbice legal à continuidade do procedimento licitatório, na *modalidade especial* – artigo 13 da LC n. 182/2021 –, destina à *contratação de solução inovadora*, após a análise apenas dos aspectos jurídico-legais da Minuta de Edital e os seus anexos, considerando a regularidade das *especificações técnicas* apresentadas pela unidade competente – CCD/Sefaz –, por meio do *Projeto Básico*, desde que cumpridas todas as providências no presente opinativo, em especial as seguintes:

i) seja apresentada declaração expressa, firmada por agente público competente, de que no instrumento do edital e seus anexos não existem especificações ou condições que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, tenham o condão de comprometer, restringir ou frustrar, de forma injustificada, o caráter competitivo do certame, afastando indevidamente a participação de pretensos interessados, nos termos do artigo 3.º, § 1.º, I, da Lei n. 8.666/93;

ii) seja publicado ato específico, caso ainda não feito, com a definição da composição da Comissão de Avaliação e Julgamento que atuará no procedimento da *modalidade especial* de licitação, nos termos do artigo 13, § 3.º, da LC n. 182/2021, com a indicação expressa dos seus membros, em respeito aos cargos/funções previstos na norma – no *Projeto Básico* (subitem 8.1.2) e na Minuta do Edital (subcláusula 7.2.1.2) –, e desde que possuam *reputação ilibada e conhecimento no assunto*, além da definição das atividades a serem desenvolvidas pelo referido órgão colegiado;

iii) sejam promovidas as alterações na Minuta do Edital e seus anexos, ou apresentadas manifestações técnicas correspondentes, tendo em vista os pontos descritos no item 2.3 do presente opinativo – inclusive no quadro de avaliação da Minuta do Edital e da Minuta do CPSI –, devendo todos os instrumentos técnicos serem revistos – *Projeto Básico*, Minuta do Edital e contrato, e os demais anexos –, a fim de que suas disposições guardem coerência, com a eliminação de quaisquer atecnias e, por conseguinte, com a promoção de eventuais alterações e adequações para evitar divergências nos textos, tudo de acordo com o que dispõe a legislação de regência, em especial o teor da Lei Complementar n. 182/2021;

iv) seja colacionada aos autos a declaração de que as despesas estimadas possuem previsão da Lei Orçamentária Anual (LOA) e adequação ao Plano

Plurianual (PPA) e Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO), em observância ao artigo 16, II, da Lei Complementar n. 101/2000;

v) seja apresentado esclarecimento nos autos sobre se a contratação pública pretendida será financiada com recursos provenientes de empréstimo contratado junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), considerando o Termo de Elegibilidade e Compatibilidade do Programa PNA-FM III; e, em caso positivo, sejam colacionados aos autos documentos com a respectiva não objeção do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), após o envio dos documentos técnicos e orçamento definido para a contratação, bem como apresentada a cópia do Plano de Aquisições atualizado do BID, a fim de demonstrar a previsão da presente contratação no referido documento, devidamente aprovado pelo agente financiador;

vi) ao final, seja colhida autorização expressa da autoridade máxima do órgão público – Sefaz/PMS – para a deflagração da fase externa do procedimento licitatório, a fim de aprovar a publicação da *modalidade especial* de licitação, com assento, especialmente, no regramento da Lei Complementar n. 182/2021.

Por derradeiro, passo a apresentar, em suma, orientações extraídas dos parâmetros jurídico-formais abordados no presente opinativo, tão somente para auxiliar os setores técnicos do órgão, a fim de contribuir, inclusive, na regular avaliação da legitimidade dos atos da fase interna do procedimento licitatório, vejamos:

(i) compete à administração pública adotar a nova *modalidade especial* licitatória com as cautelas necessárias, para garantir a imparcialidade nas contratações, de modo a zelar pela igualdade de oportunidades aos possíveis concorrentes e, ao mesmo tempo, por seleções criteriosas, com o consequente alcance de soluções verdadeiramente eficazes – atendendo-se, por fim, aos objetivos da Lei de Licitações e da própria Lei Complementar n. 182/2021;

(ii) a despeito da inexistência de previsão expressa na norma, é razoável e juridicamente justificável a aplicação subsidiária das normas gestais de licitações e contratos administrativos – dispostas na Lei Federal n. 8.666/93, ou mesmo na nova Lei Federal n. 14.133/2021, conforme opção da autoridade administrativa –, considerado a superficialidade das regras licitatórias dispostas na LC n. 182/2021, para propiciar uma execução hígida da denominada *modalidade especial* de licitação – destinada à contratação de soluções inovadoras –, a fim de complementar/suprir as lacunas não previstas no novel diploma, desde que não conflite com o *animus* da norma especial;

(iii) não compete ao órgão de assessoramento jurídico a avaliação dos aspectos de ordem técnica do procedimento, a exemplo da definição do *problema/desafio*, da fixação dos *requisitos de qualificação* e dos *critérios de jul-*



*gamento*, da descrição dos *riscos*, nem tampouco do interesse público para a contratação de solução inovadora, isto é, a conveniência e a oportunidade do ajuste pretendido. Assim, manifestação jurídica deve se restringir à avaliação da regularidade jurídico-formal do procedimento e à adequação da Minuta do Edital e seus anexos ao que dispõe as normas de regência;

(iv) a justificativa técnica para o enquadramento do objeto de contratação pretendido à *modalidade especial* de licitação prevista na LC n. 182/2021 é matéria afeita às unidades técnicas do órgão público, visto que apenas os setores com expertise acerca da matéria possuem conhecimento capaz para definir se tratar ou não de “demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia” – artigo 12, I, LC n. 182/2021 –, e que, por essa razão, justifica-se a adoção da modalidade específica da novel legislação. Nesse sentido, repise-se que tal avaliação está afastada do espectro de análise deste órgão de assessoramento jurídico, considerando o seu caráter substancialmente técnico;

(v) destaque-se o entendimento sumulado do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a eventual exigência de índices contábeis de capacidade financeira deve estar justificada no processo da licitação – Súmula n. 289/TCU –, tal como visto em outros precedentes também da Corte Federal de Contas,<sup>268</sup> que apontam no sentido de que tais índices somente devem ser exigidos para efeitos de qualificação econômico-financeira em nível suficiente para assegurar o cumprimento das obrigações, e desde que acompanhado de justificativa técnica – artigo 31, § 1.º, Lei Federal nº 8.666/1993;

(vi) as exigências de *qualificação técnica* para a participação no certame não devem possuir contornos de subjetividade e, mais especificamente no caso dos autos, considerando que se trata de *modalidade especial* destinada à *contratação de solução inovadora* – LC n. 182/2021 –, tais qualificadoras não podem ter o condão de afastar pretensos interessados que possuam, de fato, condições de apresentar solução tecnológica inovadora capaz de resolver o problema/desafio proposto. Nesse sentido, anote-se que eventuais licitantes que não possuam tal capacidade terão, oportunamente, ainda na fase de julgamento das propostas técnicas, a solução devidamente avaliada pela Comissão Avaliadora e Julgadora, oportunidade em que serão eliminadas, inclusive, aquelas soluções que não atendam aos critérios exigidos;

(vii) As especificações do certame não podem ser moldadas de forma tal que apenas permitam o preenchimento/cumprimento dos requisitos por

---

<sup>268</sup> “É obrigatório justificar, no processo licitatório, os índices contábeis e valores utilizados na avaliação da qualificação econômico-financeira dos proponentes” (Acórdão 6130/2012-Segunda Câmara, sessão em 21/08/2012, relator Marcos Bemquerer). “Os índices contábeis somente devem ser exigidos em nível suficiente para assegurar o cumprimento das obrigações, devendo, ainda, ser acompanhados de justificativa técnica” (Acórdão 2135/2013-Plenário, sessão em 14/08/2013, Relator André Carvalho).

determinado(s) interessado(s), em que pese a existência de outros interessados, sob pena de configurar flagrante violação ao procedimento licitatório, ante a quebra do princípio basilar da competitividade, nos termos dispostos no artigo 3.º, §1.º, I, da Lei n. 8.666/93. Frise-se que a vedação à restrição de competitividade já foi objeto de várias decisões do TCU, inclusive com a responsabilização dos agentes públicos competentes e anulação da licitação/contratação.

Anote-se, por fim, que não compete ao **órgão consultivo** emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, na medida em que “não se pode exigir do assessor jurídico conhecimento técnico de todas as áreas”, sendo sua função, portanto, “zelar pela lisura sob o aspecto formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro fiscal de formalidades, somente”.<sup>269</sup>

A esse respeito, nos autos foram declinadas justificativas técnicas, referentes às especificações do Edital de Licitação – a exemplo do *Projeto Básico*, do Termo de Elegibilidade e Compatibilidade do Programa PNAFM III e da Minuta do Edital de Licitação e seus anexos –, sendo que, por se tratar de matérias que dependem de indispensável expertise e que, por essa razão, escapam do âmbito de análise jurídico-legal, são de responsabilidade dos agentes públicos competentes pela sua emissão, o que se observa, também, quanto ao mérito das escolhas administrativas do gestor do órgão.

Repise-se, portanto, que, por se tratar de análise de natureza *exclusivamente* jurídica, não foi realizado qualquer juízo de ordem técnica acerca da definição, por exemplo, do problema/desafio, da fixação dos requisitos de qualificação e dos critérios de julgamento, da descrição dos riscos, nem tampouco, quanto ao interesse público, conveniência e oportunidade da alienação pretendida. Assim, a presente manifestação restringiu-se à avaliação da regularidade jurídico-formal do procedimento e à adequação da Minuta do Edital e seus anexos, ao que dispõe as normas de regência.

Registre-se, por oportuno, que a validade do presente opinativo dependerá, necessariamente, do cumprimento de todas as aludidas diligências e recomendações, sob pena de não encontrar respaldo jurídico-legal a pretensão do órgão público. Somente após o acatamento das recomendações emitidas ao longo do parecer, ou mesmo seu afastamento, de forma motivada, consoante previsão do art. 50, VII, da Lei de Processo Administrativo,<sup>270</sup> será possível promover o regular andamento do processo, nos seus demais termos.

269 Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 171576/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/9/2019.

270 “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais” (BRASIL, 1999).

Considerando-se, por fim, a relevância e o ineditismo da consulta formulada, que diz respeito à *modalidade especial de licitação* com previsão na recente Lei Complementar n. 182/2021, e que, à primeira vista, trata-se do primeiro certame no âmbito do Município do Salvador-BA ancorado na citada novel legislação, por cautela, submete-se o presente opinativo à apreciação superior da Procuradoria Geral do Município do Salvador (PGMS), para análise e eventual homologação dos seus termos. Ao final, sugere-se o encaminhamento ao GAB/Secult para adoção das providências ulteriores.

Por derradeiro, registre-se que o presente opinativo possui caráter exauriente. O retorno dos autos a este órgão de assessoramento jurídico pressupõe a apresentação de nova dúvida jurídica, que deverá ser declarada de forma expressa.

**É o parecer, S.M.J.**

Salvador-BA, 20 de julho de 2022.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Gabriel Cosme de; MARQUES, Leonard. Marco Legal das Startups é estímulo ao empreendedorismo inovador. **Conjur**, 27 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/opinio-marco-legal-startups-empreendedorismo-inovador>. Acesso em: 13 jul. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 13 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 14 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei complementar n. 182, de 1.º de junho de 2021a**. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp182.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp182.htm). Acesso em: 13 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021b**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 13 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666.htm). Acesso em: 13 jul. 2022.

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso em: 14 jul. 2022.

CAMARÃO, Tatiana. Contratação de Startup pela Administração Pública – Lei Complementar nº. 182/2021. **Soluções Autorais**, ano 5, n. 48, mar. 2022. Disponível em: <https://www.tatianacamara.com.br/wp-content/uploads/Contrata%C3%A7%C3%A3o-de-Startup-pela-Administra%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-%E2%80%93-Lei-Complementar-n%C2%BA-1822021.pdf>. Acesso em: 13 de jul. 2022.

CARNAES, Mariana; TONETTI, Rafael Roberto Hage. A Regulamentação da Lei Complementar n. 182/2021: um passo necessário. **Conjur**, 24 abr. 2022. Disponível em: <https://encurtador.com.br/BE159>. Acesso em: 30 de abr. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Edcarlos Alves. Licitação e Contratação o Contexto do Marco Legal das Startups. **Jota**, 13 jul. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/nacao-inovadora/licitacao-contratacao-no-contexto-marco-legal-das-startups-13072021>. Acesso em: 29 jun. 2022.

SALVADOR. **Decreto n. 32.100, de 9 de janeiro de 2020**. Fixa normas referentes à execução orçamentária e financeira para o Município do Salvador. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/2020/3210/32100/decreto-n-32100-2020-fixa-normas-referentes-a-execucao-orcamentaria-e-financiera-para-o-municipio-do-salvador>. Acesso em: 14 jul. 2022.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2018.

# 17

## PARECER: TRANSPORTE CLANDESTINO DE PASSAGEIROS

*Fábio Brito da Rocha Miranda*<sup>271</sup>

**PROCESSO — SEMOB/COTAE | N. 173866/2021**  
**CONSULENTE: COTAE/SEMOB**

CONSULTA. ORIENTAÇÃO JURÍDICA ÀS EQUIPES DE FISCALIZAÇÃO. TRANSPORTE IRREGULAR OU CLANDESTINO DE PASSAGEIROS. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO GRAVÍSSIMA. ART. 231, VIII, DO CTB. PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO — AIT. MEDIDA ADMINISTRATIVA DE REMOÇÃO DO VEÍCULO. RESOLUÇÃO N. 623/2016 DO CONTRAN. EXIGÊNCIAS PARA A LIBERAÇÃO DO VEÍCULO RECOLHIDO AO DEPÓSITO, SOB PENA DE LEILÃO DO BEM. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. MULTA E APREENSÃO DO VEÍCULO. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE DE TRÂNSITO. LEI MUNICIPAL N. 9.107/2016. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 271, §§ 9.º E 9.º-A DO CTB. IMPOSSIBILIDADE DE SANAR A IRREGULARIDADE MEDIANTE O SIMPLES DESEMBARQUE DOS PASSAGEIROS. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA À COOPERATIVA DE TRANSPORTE COMPLEMENTAR DE CAMAÇARI. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA.

---

<sup>271</sup> Bacharel em Direito pela UFBA. Especialista em Direito Administrativo pelo IDP e em Direito Civil pelo Cers. Procurador do Município do Salvador. Chefe da RPGMS/Semge e membro do NAELC/PGMS. Foi promotor eleitoral e promotor de justiça no MPBA.

## 1 RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Clemilton Almeida Santos, Coordenador II da Coordenadoria de Fiscalização e Administração de Táxis e Transportes Especiais, voltada para a obtenção de “orientações com relação a como as equipes em campo devem proceder nas abordagens, onde temos enfrentado, com a presença de ‘representantes’ das cooperativas, dificuldades nas atividades e questionamentos na aplicabilidade da legislação vigente”.

Os autos foram instruídos com a cópia da manifestação conjunta da Cotae e da Cofat, de 23 de setembro de 2021, endereçada ao sr. Matheus Moura, Diretor da Diretoria de Transportes (DIT), por meio da qual solicitaram orientação jurídica no que se refere ao “Transporte Clandestino no Município de Salvador”, diante do “posicionamento (decisões liminares) do judiciário baiano acerca da ‘liberação’ das atividades de transporte remunerado de passageiros sem a autorização do poder concedente, compelindo assim os órgãos do Município a se absterem de fiscalizar quanto a infração do art. 231, inciso VIII do CTB e do disposto na Lei Municipal n. 9.107/2016.

Vieram os autos a esta RPGMS/Semob para “manifestação jurídica com vistas à orientação interna das equipes de fiscalização com relação a como as equipes em campo devem proceder nas abordagens, onde tem enfrentado dificuldades nas atividades e questionamentos na aplicabilidade da legislação vigente pelos representantes das cooperativas e condutores que fazem transporte clandestino”.

É o relatório. Passa-se a opinar.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1 DO OBJETO DA CONSULTA

Cuida-se de consulta formulada pela Coordenadoria de Fiscalização e Administração de Táxis e Transportes Especiais (Cotae/Semob), voltada para a orientação interna das equipes de fiscalização de transporte irregular de passageiros no Município do Salvador, a respeito de como devem proceder nas abordagens “em campo”.

Em breve síntese, alega-se que as equipes têm enfrentado dificuldades e questionamentos acerca da aplicabilidade da legislação vigente por parte dos condutores e representantes das cooperativas de transporte clandestino, inclusive sobre a legalidade da medida administrativa de remoção do veículo, considerando o disposto nos §§ 9.º e 9.º-A do art. 271 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Ademais, afirma-se que os agentes de fiscalização são frequentemente confrontados com decisões judiciais do Tribunal de Justiça

do Estado da Bahia, que supostamente “liberam” as atividades de transporte remunerado de passageiros “sem a autorização do Poder Concedente”, situação que dificulta a fiscalização das infrações ao art. 231, VIII, do CTB.

Com o propósito de esclarecer os questionamentos de maneira completa, clara e objetiva, de modo a conferir segurança às equipes “em campo”, o parecer jurídico examinará o conceito de transporte irregular ou clandestino, seu enquadramento legal e o dever jurídico de repressão às cooperativas de transporte “alternativo” de passageiros por parte do Município do Salvador, através de seus órgãos e entidades de fiscalização. Em seguida, será examinado o procedimento de fiscalização da infração, com foco nas etapas de competência dos agentes de trânsito, isto é, autuação e adoção das medidas administrativas cabíveis (remoção do veículo), acrescentando-se esclarecimentos sobre a fase posterior de aplicação de penalidades (multa e apreensão do veículo), de competência da autoridade de trânsito. Na sequência, em atenção aos questionamentos da Cotae, será abordada a controvérsia a respeito dos §§ 9.º e 9.º-A do art. 271 do CTB, seguindo-se uma análise da tutela de urgência concedida em favor da Cooperativa de Transporte Complementar de Camaçari e da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com ponderações a respeito da postura das equipes de fiscalização perante os protestos de condutores e representantes das cooperativas de transporte clandestino no momento das abordagens.

## 2.2 DO TRANSPORTE IRREGULAR OU CLANDESTINO DE PASSAGEIROS

O transporte remunerado de passageiros, realizado por pessoa física ou jurídica, sem concessão, permissão ou autorização do Poder Público competente caracteriza o chamado transporte irregular ou clandestino. Trata-se de prática ilícita, reprimida em todo o território nacional por diversos órgãos de fiscalização, em todos os níveis de governo (União, Distrito Federal, estados e municípios), em razão do comprometimento da ordem pública, da segurança no trânsito e transporte, dos riscos causados à integridade dos próprios passageiros, da inobservância aos direitos dos usuários e dos prejuízos ao sistema de transporte público coletivo.

Conforme o art. 135 da Lei Federal n. 9.503/1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), “os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo poder público concedente”.

Nesse contexto, o art. 231, VIII, do CTB, com redação dada pela Lei Federal n. 13.855/2019, prevê que a conduta de transitar com o veículo efe-

tuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente, constitui INFRAÇÃO GRAVÍSSIMA, sujeitando o responsável à PENALIDADE DE MULTA, bem como à MEDIDA ADMINISTRATIVA DE REMOÇÃO DO VEÍCULO.

O Manual Brasileiro de Fiscalização de Trânsito (MBFT), Volume I,<sup>272</sup> aprovado através da Resolução n. 371, de 10 de dezembro de 2010, do Conselho Nacional de Trânsito (Contran), alterada pelas Resoluções n. 858/21 e n. 880/21, fornece modelo de ficha individual de enquadramento da infração aludida (código 686-61) para utilização pelo órgão ou entidade de trânsito municipal e rodoviário competente, com o seguinte esclarecimento: “Para fins deste enquadramento, o termo ‘licenciado’ é a autorização do poder concedente para efetuar a atividade remunerada e seu devido registro no órgão executivo de trânsito estadual”.

### 2.3 DO DEVER DE REPRESSÃO À ATIVIDADE DAS COOPERATIVAS DE TRANSPORTE CLANDESTINO DE PASSAGEIROS PELO MUNICÍPIO DO SALVADOR

A Constituição da República de 1988 estabelece, no inciso V do art. 30, que compete aos municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

No âmbito do Município do Salvador, é perceptível a atividade das chamadas cooperativas de transporte alternativo, usualmente realizada através de vans, sem a devida licença do Poder Público municipal, o que caracteriza inequívoco caso de transporte irregular ou clandestino de passageiros. Materializa-se, pois, verdadeira fraude ao serviço público de transporte coletivo de passageiros, de competência municipal.

Como se não bastasse, muitos desses veículos circulam sem equipamentos obrigatórios (como cinto de segurança) ou com componentes em mau estado de funcionamento (como faróis quebrados), incidindo, concomitantemente (art. 266 do CTB),<sup>273</sup> em outras infrações de trânsito.

Atenta a esse quadro de ilegalidades, a Câmara de Vereadores inseriu o § 2.º ao art. 2.º da Lei n. 9.070/2016, que reorganiza a Guarda Municipal para prever a criação do Grupo de Apoio ao Transporte Legal, individual e

<sup>272</sup> Trata da “competência municipal, incluindo as concorrentes dos órgãos e entidades estaduais de trânsito e rodoviários”.

<sup>273</sup> “Art. 266. Quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades” (BRASIL, 1997).



coletivo, tendo como característica principal o serviço de apoio aos agentes e veículos utilizados na fiscalização do transporte clandestino em Salvador.<sup>274</sup>

O passo mais importante foi dado no mês seguinte, quando o Legislativo aprovou a Lei Municipal n. 9.107/2016, que dispõe sobre as PENALIDADES aplicadas aos proprietários de veículos que operam clandestinamente no Sistema de Transporte Público de Salvador. Conforme o diploma legal, o órgão responsável pela fiscalização no Município do Salvador aplicará MULTA de R\$ 2.500 ou R\$ 5.000 (em caso de reincidência) e APREENSÃO DO VEÍCULO que for flagrado realizando transporte clandestino, recolhendo-o ao pátio do Órgão de Trânsito Municipal. Ademais, estabeleceu que a atividade de fiscalização poderá ser realizada, conjuntamente, com as Polícias Civil e Militar.<sup>275</sup>

Apesar disso, em face da suposta ausência de efetividade do Poder Público no combate às cooperativas de transporte clandestino, o Ministério Público do Estado da Bahia foi provocado por entidade estudantil, sob a alegação de que o transporte irregular desenvolvido no município coloca em risco a segurança dos passageiros e viola os mais mezinhos direitos do consumidor, a exemplo da inobservância das hipóteses legais de gratuidade no transporte coletivo.

Não menos importantes são as manifestações das concessionárias do Serviço de Transporte Coletivo de Passageiro por Ônibus (STCO), no sentido de que as cooperativas de transporte clandestino retiram usuários do sistema, causando (ou agravando) suposto desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, até porque o Município do Salvador teria

---

274 “Art. 2º A Superintendência de Segurança Urbana e Prevenção à Violência, passa a denominar-se Guarda Civil Municipal - GCM, autarquia pública, vinculada à Secretaria Municipal de Ordem Pública - SEMOP, a ser comandada por um Inspetor Geral, e tem por finalidade planejar, coordenar e executar as ações e as atividades de prevenção à violência, proteção e valorização do cidadão e da proteção patrimonial dos bens, serviços e instalações do Poder Público Municipal, com as seguintes áreas de competência: [...] § 2º O Regimento a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo Municipal criará o Grupo de Apoio ao Transporte Legal, individual e coletivo, tendo como característica principal o serviço de apoio aos agentes e veículos utilizados na fiscalização do transporte clandestino em Salvador” (SALVADOR, 2016a).

275 “Art. 1º O órgão responsável pela fiscalização de Transporte e Trânsito do Município de Salvador aplicará multa e apreensão do veículo que for flagrado realizando transporte clandestino. Parágrafo único. Os veículos apreendidos serão recolhidos ao pátio do Órgão de Trânsito Municipal. Art. 2º O valor da multa por efetuar transporte clandestino será de R\$ 2.500 (dois mil e quinhentos reais). § 1º Na reincidência, será cobrado o dobro do valor da multa. § 2º A correção anual da multa será com base no indicador utilizado pela Prefeitura para corrigir seus preços e serviços públicos. Art. 3º O Órgão do Poder Público Municipal responsável pela fiscalização poderá celebrar convênios específicos com as Polícias Civil, Militar ou outros órgãos que possam contribuir no combate à prática do transporte clandestino. Parágrafo único. A fiscalização poderá ser realizada, conjuntamente, com as Polícias Civil e Militar” (SALVADOR, 2016b).

assumido contratualmente a obrigação de reprimir o transporte irregular na área de atuação das empresas.<sup>276</sup>

Em reunião realizada com representantes da Procuradoria do Município do Salvador, no dia 4 de outubro de 2021, a procuradora-geral do Ministério Público do Estado da Bahia, Dra. Norma Angélica Cavalcanti, manifestou ciência a respeito das dificuldades enfrentadas pelo município no combate às cooperativas de transporte clandestino e corroborou a necessidade de atuação conjunta dos órgãos municipais e estaduais, incluindo o próprio MP/BA, para a preservação do direito coletivo à segurança no transporte.

Esse, portanto, é o ponto de partida para a compreensão do tema: o Município do Salvador, através de seus órgãos e entidades de fiscalização – com o apoio do Ministério Público do Estado da Bahia, das Polícias Civil e Militar, da Guarda Civil Municipal e de outros órgãos que possam contribuir no combate à prática ilícita –, tem o DEVER de reprimir o transporte irregular ou clandestino de passageiros realizado pelas cooperativas de transporte alternativo, mediante o uso do chamado poder administrativo de polícia, exercido nos limites da Constituição da República e da legislação em vigor.

## 2.4 DO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO DO TRANSPORTE IRREGULAR

### 2.4.1 Considerações gerais

Feitos esses esclarecimentos introdutórios, passa-se a analisar o procedimento de fiscalização a ser exercido pelos agentes de trânsito dos órgãos e entidades municipais, nos termos do CTB e das resoluções do Conselho Nacional de Trânsito (Contran), incluindo o já referido Manual Brasileiro de Fiscalização de Trânsito (MBFT).

Inicialmente, nos termos do MBFT, “constitui infração a inobservância a qualquer preceito da legislação de trânsito, às normas emanadas do Código de Trânsito, do Conselho Nacional de Trânsito e a regulamentação estabelecida pelo órgão ou entidade executiva de trânsito” (BRASIL, 2022).

---

<sup>276</sup> Conforme o voto do ministro Marco Aurélio de Mello, Relator do RE n.º 661702/DF: “[...] sob o ângulo da política tarifária, é dever do Poder Público – e direito da concessionária – a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a viabilizar a exploração do serviço pela iniciativa privada. A equação mostra-se diretamente impactada pela ocorrência de fraudes consubstanciadas no transporte clandestino de passageiros, no que o cálculo do preço público leva em conta a quantidade de usuários do serviço. Incumbe, então, aos Municípios e, por cumulação, ao Distrito Federal a organização do transporte coletivo de passageiros. Nela está incluída a edição de normas visando a punição, no campo administrativo, de condutas configuradoras de fraude. Em última análise, a atuação ocorre visando a higidez do contrato público formalizado”.

O art. 231, VIII, do CTB, como visto, prevê que a conduta de transitar com o veículo efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, constitui infração gravíssima. Por consequência, ao presenciar o cometimento da infração, o agente de trânsito competente<sup>277</sup> LAVRARÁ O RESPECTIVO AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO (AIT) e APLICARÁ A MEDIDA ADMINISTRATIVA CABÍVEL.

De acordo com o MBFT, “sempre que possível, o agente de trânsito deverá abordar o condutor do veículo para constatar a infração, ressalvados os casos em que a infração poderá ser comprovada sem a abordagem” (BRASIL, 2022). Contudo, diante das peculiaridades inerentes à infração de transporte irregular ou clandestino de passageiros, a abordagem é recomendável para certificar a ilicitude, interromper a circulação do veículo, propiciar o desembarque dos passageiros e viabilizar a lavratura do AIT, bem como a aplicação das medidas administrativas cabíveis.

Nos termos do art. 256, caput, do CTB, a autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas no CTB e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar as PENALIDADES cabíveis. Logo, a despeito do senso comum, o agente de trânsito não aplica penalidades, como a multa e a apreensão, o que só ocorrerá em momento posterior à autuação e à aplicação das providências administrativas no local.

Considerando o objeto da consulta à RPGMS/Semob, restrito à orientação interna das equipes de fiscalização “em campo”, serão detidamente analisadas, adiante, as etapas da lavratura do AIT e a aplicação das medidas administrativas cabíveis. Ainda assim, ao final, serão feitas breves considerações a respeito da aplicação das penalidades pela autoridade de trânsito, considerando a relevância do tema.

#### **2.4.2 Lavratura do auto de infração de trânsito (AIT)**

Autuação é ato administrativo da autoridade de trânsito ou de seus agentes quando da constatação do cometimento de infração de trânsito, devendo ser formalizado por meio da lavratura do Auto de Infração de Trânsito (AIT).

Por sua vez, o AIT é a peça informativa que subsidia a autoridade de trânsito na aplicação das penalidades e sua consistência está na perfeita caracterização da infração, devendo ser preenchido de acordo com as dispo-

---

<sup>277</sup> De acordo com o art. 280, § 4º, do CTB, o agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência.

sições contidas no artigo 280 do CTB<sup>278</sup> e demais normas regulamentares, com registro dos fatos que fundamentaram sua lavratura.

Ressalte-se que a autuação é ato administrativo vinculado, de modo que, ao constatar a infração, o agente de trânsito não tem margem de discricionariedade, como explica o MBFT:

O agente de trânsito, ao presenciar o cometimento da infração, lavrará o respectivo auto e aplicará as medidas administrativas cabíveis, sendo vedada a lavratura do AIT por solicitação de terceiros.

A lavratura do AIT é um ato vinculado na forma da Lei, não havendo discricionariedade com relação a sua lavratura, conforme dispõe o artigo 280 do CTB.

O agente de trânsito deve priorizar suas ações no sentido de coibir a prática das infrações de trânsito, porém, uma vez constatada a infração, só existe o dever legal da autuação, devendo tratar a todos com urbanidade e respeito, sem, contudo, omitir-se das providências que a lei lhe determina (BRASIL, 2022).

Viu-se, no tópico “B”, acima, que o MBFT fornece modelo de ficha individual de enquadramento da infração (código 686-61) para utilização pelo órgão ou entidade de trânsito municipal e rodoviário competente, contendo as hipóteses de autuação, bem como esclarecimento no sentido de que, “para fins deste enquadramento, o termo ‘licenciado’ é a autorização do poder concedente para efetuar a atividade remunerada e seu devido registro no órgão executivo de trânsito estadual” (BRASIL, 2022).

Vale lembrar, nos termos do art. 135 do CTB, que “os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para re-

---

278 “Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará: I - tipificação da infração; II - local, data e hora do cometimento da infração; III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação; IV - o prontuário do condutor, sempre que possível; V - identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente atuador ou equipamento que comprovar a infração; VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração. § 1º (VETADO). § 2º A infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo CONTRAN. § 3º Não sendo possível a autuação em flagrante, o agente de trânsito relatará o fato à autoridade no próprio auto de infração, informando os dados a respeito do veículo, além dos constantes nos incisos I, II e III, para o procedimento previsto no artigo seguinte. § 4º O agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência” (BRASIL, 1997).

gistro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo poder público concedente”.

Acrescente-se que o auto não poderá conter rasuras, emendas, uso de corretivos ou qualquer tipo de adulteração, e o seu preenchimento se dará com letra legível, preferencialmente, com caneta esferográfica de tinta preta ou azul.

Uma via do AIT será utilizada pelo órgão ou entidade de trânsito para os procedimentos administrativos de aplicação das penalidades previstas no CTB e na Lei Municipal n. 9.107/2016, e outra deverá ser entregue ao condutor, quando se tratar de autuação com abordagem, ainda que este se recuse a assiná-lo.

### **2.4.3 Aplicação das medidas administrativas cabíveis: remoção do veículo**

Após a abordagem e a autuação, compete às equipes de fiscalização “em campo” adotar as medidas administrativas cabíveis, de imediato, para garantir a segurança e a fluidez do trânsito.

Em harmonia com o disposto no art. 269 do CTB,<sup>279</sup> o MBFT dispõe que medidas administrativas são providências de caráter complementar, exigidas para a regularização de situações infracionais, sendo, em grande parte, de aplicação momentânea, e têm como objetivo prioritário impedir a continuidade da prática infracional, garantindo a proteção à vida e à incolumidade física das pessoas.

---

<sup>279</sup> “Art. 269. A autoridade de trânsito ou seus agentes, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá adotar as seguintes medidas administrativas: I - retenção do veículo; II - remoção do veículo; III - recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação; IV - recolhimento da Permissão para Dirigir; V - recolhimento do Certificado de Registro; VI - recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual; VII - (VETADO). VIII - transbordo do excesso de carga; IX - realização de teste de dosagem de alcoolemia ou perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; X - recolhimento de animais que se encontrem soltos nas vias e na faixa de domínio das vias de circulação, restituindo-os aos seus proprietários, após o pagamento de multas e encargos devidos. XI - realização de exames de aptidão física, mental, de legislação, de prática de primeiros socorros e de direção veicular. (Incluído pela Lei n.º 9.602, de 1998) § 1º A ordem, o consentimento, a fiscalização, as medidas administrativas e coercitivas adotadas pelas autoridades de trânsito e seus agentes terão por objetivo prioritário a proteção à vida e à incolumidade física da pessoa. § 2º As medidas administrativas previstas neste artigo não elidem a aplicação das penalidades impostas por infrações estabelecidas neste Código, possuindo caráter complementar a estas. § 3º São documentos de habilitação a Carteira Nacional de Habilitação e a Permissão para Dirigir. § 4º Aplica-se aos animais recolhidos na forma do inciso X o disposto nos arts. 271 e 328, no que couber. § 5º No caso de documentos em meio digital, as medidas administrativas previstas nos incisos III, IV, V e VI do caput deste artigo serão realizadas por meio de registro no Renach ou Renavam, conforme o caso, na forma estabelecida pelo Contran” (BRASIL, 1997).

As medidas administrativas não se confundem com as penalidades, seja porque não têm natureza sancionatória e punitiva, seja porque não competem exclusivamente à autoridade de trânsito, devendo ser aplicadas no local pelos agentes de trânsito. Logo, não há necessidade de prévio processo administrativo, contraditório e ampla defesa para a aplicação dessas medidas, ao contrário do que se verifica em relação às penalidades em geral.

É importante observar que a impossibilidade de aplicação de medida administrativa prevista para infração não invalidará a autuação pela infração de trânsito, nem a imposição das penalidades posteriormente aplicadas pela autoridade competente.

Pois bem. Após as alterações promovidas pela Lei Federal n. 13.855/2019, o art. 231, VIII, do CTB passou a dispor que a medida administrativa cabível para a infração de transporte irregular de passageiros não é mais a simples retenção, disciplinada pelo art. 270 do CTB,<sup>280</sup> mas sim a **REMOÇÃO DO VEÍCULO**, que se concretiza mediante o recolhimento do bem para o depósito fixado pela autoridade de trânsito competente, conforme a disciplina do art. 271 do CTB.<sup>281</sup>

---

280 “Art. 270. O veículo poderá ser retido nos casos expressos neste Código. § 1º Quando a irregularidade puder ser sanada no local da infração, o veículo será liberado tão logo seja regularizada a situação. § 2º Quando não for possível sanar a falha no local da infração, o veículo, desde que ofereça condições de segurança para circulação, deverá ser liberado e entregue a condutor regularmente habilitado, mediante recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual, contra apresentação de recibo, assinalando-se ao condutor prazo razoável, não superior a 30 (trinta) dias, para regularizar a situação, e será considerado notificado para essa finalidade na mesma ocasião. (Redação dada pela Lei n.º 14.071, de 2020) (Vigência) § 3º O Certificado de Licenciamento Anual será devolvido ao condutor no órgão ou entidade aplicadores das medidas administrativas, tão logo o veículo seja apresentado à autoridade devidamente regularizado. § 4º Não se apresentando condutor habilitado no local da infração, o veículo será removido a depósito, aplicando-se neste caso o disposto no art. 271. (Redação dada pela Lei n.º 13.281, de 2016) (Vigência) § 5º A critério do agente, não se dará a retenção imediata, quando se tratar de veículo de transporte coletivo transportando passageiros ou veículo transportando produto perigoso ou perecível, desde que ofereça condições de segurança para circulação em via pública. § 6º Não efetuada a regularização no prazo a que se refere o § 2º, será feito registro de restrição administrativa no Renavam por órgão ou entidade executivo de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, que será retirada após comprovada a regularização. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 7º O descumprimento das obrigações estabelecidas no § 2º resultará em recolhimento do veículo ao depósito, aplicando-se, nesse caso, o disposto no art. 271. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015)” (BRASIL, 1997).

281 “Art. 271. O veículo será removido, nos casos previstos neste Código, para o depósito fixado pelo órgão ou entidade competente, com circunscrição sobre a via. § 1º A restituição do veículo removido só ocorrerá mediante prévio pagamento de multas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 2º A liberação do veículo removido é condicionada ao reparo de qualquer componente ou equipamento obrigatório que não esteja em perfeito estado de funcionamento. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 3º Se o reparo referido no § 2º demandar providência que não possa

Sobre o tema, é essencial a leitura da Resolução n. 623, de 6 de setembro de 2016, do Conselho Nacional de Trânsito, que dispõe sobre a uniformização dos procedimentos administrativos quanto à remoção, custódia e para a realização de leilão de veículos removidos ou recolhidos a qualquer título, por órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito (SNT), nos termos dos arts. 271 e 328, da Lei n. 9.503, de 23 de setembro

---

ser tomada no depósito, a autoridade responsável pela remoção liberará o veículo para reparo, na forma transportada, mediante autorização, assinalando prazo para reapresentação. (Redação dada pela Lei n.º 13.281, de 2016) § 4º Os serviços de remoção, depósito e guarda de veículo poderão ser realizados por órgão público, diretamente, ou por particular contratado por licitação pública, sendo o proprietário do veículo o responsável pelo pagamento dos custos desses serviços. (Redação dada pela Lei n.º 13.281, de 2016) § 5º O proprietário ou o condutor deverá ser notificado, no ato de remoção do veículo, sobre as providências necessárias à sua restituição e sobre o disposto no art. 328, conforme regulamentação do CONTRAN. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 6º Caso o proprietário ou o condutor não esteja presente no momento da remoção do veículo, a autoridade de trânsito, no prazo de 10 (dez) dias contado da data da remoção, deverá expedir ao proprietário a notificação prevista no § 5º, por remessa postal ou por outro meio tecnológico hábil que assegure a sua ciência, e, caso reste frustrada, a notificação poderá ser feita por edital. (Redação dada pela Lei n.º 13.281, de 2016) § 7º A notificação devolvida por desatualização do endereço do proprietário do veículo ou por recusa desse de recebê-la será considerada recebida para todos os efeitos (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 8º Em caso de veículo licenciado no exterior, a notificação será feita por edital. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 9º Não caberá remoção nos casos em que a irregularidade for sanada no local da infração. (Redação dada pela Lei n.º 14.071, de 2020) (Vigência) § 9º-A. Quando não for possível sanar a irregularidade no local da infração, o veículo, desde que ofereça condições de segurança para circulação, será liberado e entregue a condutor regularmente habilitado, mediante recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual, contra a apresentação de recibo, e prazo razoável, não superior a 15 (quinze) dias, será assinalado ao condutor para regularizar a situação, o qual será considerado notificado para essa finalidade na mesma ocasião. (Incluído pela Lei n.º 14.229, de 2021) § 9º-B. O disposto no § 9º-A deste artigo não se aplica às infrações previstas no inciso V do caput do art. 230 e no inciso VIII do caput do art. 231 deste Código. (Incluído pela Lei n.º 14.229, de 2021) § 9º-C. Não efetuada a regularização no prazo referido no § 9º-A deste artigo, será feito registro de restrição administrativa no Renavam por órgão ou entidade executivos de trânsito dos Estados ou do Distrito Federal, o qual será retirado após comprovada a regularização. (Incluído pela Lei n.º 14.229, de 2021) § 9º-D. O descumprimento da obrigação estabelecida no § 9º-A deste artigo resultará em recolhimento do veículo ao depósito, aplicando-se, nesse caso, o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei n.º 14.229, de 2021) § 10. O pagamento das despesas de remoção e estada será correspondente ao período integral, contado em dias, em que efetivamente o veículo permanecer em depósito, limitado ao prazo de 6 (seis) meses. (Incluído pela Lei n.º 13.281, de 2016) § 11. Os custos dos serviços de remoção e estada prestados por particulares poderão ser pagos pelo proprietário diretamente ao contratado. (Incluído pela Lei n.º 13.281, de 2016) § 12. O disposto no § 11 não afasta a possibilidade de o respectivo ente da Federação estabelecer a cobrança por meio de taxa instituída em lei. (Incluído pela Lei n.º 13.281, de 2016) § 13. No caso de o proprietário do veículo objeto do recolhimento comprovar, administrativa ou judicialmente, que o recolhimento foi indevido ou que houve abuso no período de retenção em depósito, é da responsabilidade do ente público a devolução das quantias pagas por força deste artigo, segundo os mesmos critérios da devolução de multas indevidas. (Incluído pela Lei n.º 13.281, de 2016)” (BRASIL, 1997).

de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e dá outras providências.

Segundo a resolução aludida, entende-se por remoção de veículos a medida administrativa aplicada pelo agente da autoridade de trânsito, quando da constatação da infração de trânsito que caracterize a necessidade de se retirar o veículo do trânsito, que será recolhido em local apropriado, conforme o estabelecido no art. 271 do CTB, e por recolhimento o ato de encaminhamento do veículo ao pátio de custódia a qualquer título, decorrente de remoção, retenção, abandono ou acidente, realizado por órgão público ou por particular contratado por licitação pública, inclusive por meio de pregão.

Nesse contexto, o art. 4.º estabelece regras para o registro e a notificação de recolhimento, a serem observadas pelo agente de trânsito, em consonância com a exigência do art. 271, § 5.º, do CTB, no sentido de que “o proprietário ou o condutor deverá ser notificado, no ato de remoção do veículo, sobre as providências necessárias à sua restituição e sobre o disposto no art. 328, conforme regulamentação do CONTRAN”. Confira-se:

Art. 4.º Caberá ao agente da Autoridade de Trânsito, responsável pelo recolhimento do veículo, emitir a notificação por meio do termo de recolhimento de veículo ou documento equivalente, mediante identificação e assinatura, ou por meio de sistema informatizado que possibilite a identificação do responsável, que discriminará:

I - os objetos deixados no veículo por conveniência e inteira responsabilidade do condutor;

II - os equipamentos obrigatórios ausentes;

III - o estado geral da lataria, pintura e pneus;

IV - os danos do veículo causados por acidente e a sua condição de trafegar em vias públicas;

V - identificação do proprietário e do condutor, sempre que possível;

VI - dados que permitam a precisa identificação do veículo, registrado a termo, se irregular;

VII - o prazo para a retirada do veículo, sob pena de ser levado a leilão.

§ 1.º O termo de recolhimento de veículo ou documento equivalente será preenchido em, no mínimo, duas vias, admitida a hipótese de uso de arquivos informatizados que permitam sua impressão e utilização em processos instruídos, sendo:

I - a primeira destinada ao proprietário ou condutor do veículo recolhido, a qualquer título;



II - a segunda destinada ao órgão ou entidade responsável pela custódia do veículo, que instruirá o devido processo administrativo;

III - a terceira, se necessário, à entidade contratada ou conveniada pelo acolhimento do veículo em depósito, quando for o caso; e

IV - a quarta, se necessário, ao agente de trânsito responsável pelo recolhimento.

§ 2.º O condutor do veículo flagrado, mesmo que não habilitado e ainda que não seja o proprietário que conste do registro, poderá ser notificado e receber o termo de recolhimento ou documento equivalente, com eficácia de notificação.

§ 3.º Considera-se notificado o proprietário ou condutor presente no momento do recolhimento, ainda que se recuse a assinar o termo de recolhimento.

§ 4.º Caso o proprietário ou condutor não estejam presentes no momento do recolhimento do veículo, a autoridade competente deverá expedir notificação de recolhimento, no prazo de 10 (dez) dias, contados do fato, por remessa postal ou qualquer outro meio tecnológico hábil, em nome e para o endereço de quem constar no registro do veículo para que seja retirado no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data de recolhimento ou remoção.

§ 5.º A notificação devolvida por desatualização do endereço do proprietário do veículo ou por recusa desse de recebê-la será considerada recebida para todos os efeitos.

§ 6.º Caso restem frustradas as tentativas de notificação presencial, postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, a notificação poderá ser feita por edital, a partir do qual passará a contar os 60 (sessenta) dias para a alienação por leilão.

§ 7.º O agente de trânsito recolherá o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo – CRLV, contra entrega de recibo ao proprietário ou condutor, ou informará, no termo de recolhimento ou documento equivalente, o motivo pelo qual não foi recolhido.

§ 8.º Para os veículos com restrição judicial ou policial, a autoridade responsável pela restrição será notificada, o que implica ciência de que o veículo poderá ser levado a leilão caso não seja regularizado e liberado, no prazo de 60 (sessenta) dias (BRASIL, 2016).

Como se observa, o agente de trânsito lavrará **TERMO DE RECOLHIMENTO DE VEÍCULO** ou documento equivalente, o qual instruirá o processo administrativo posteriormente instaurado pelo órgão responsável

pela custódia do bem.<sup>282</sup> Saliente-se que o termo de recolhimento de veículo é o documento apropriado para o registro, pelo agente de trânsito, a respeito do estado do veículo, especialmente no tocante à existência de danos ou à ausência de equipamentos obrigatórios. Trata-se de importante providência, considerando que “a liberação do veículo removido é condicionada ao reparo de qualquer componente ou equipamento obrigatório que não esteja em perfeito estado de funcionamento”, nos termos do § 2.º do art. 271 do CTB,<sup>283</sup> lembrando que tais circunstâncias podem caracterizar infrações concomitantes (art. 266 do CTB).

Outrossim, segundo o § 1.º do art. 271 do CTB, “a restituição do veículo removido só ocorrerá mediante prévio pagamento de multas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica”.

Corroborando art. 271, §§ 1.º e 2.º, e o art. 328 do CTB,<sup>284</sup> a Resolução Contran n. 623/2016 estipula que a ausência de pagamento de todos os

---

282 “Art. 3º Os procedimentos e os prazos de custódia dos veículos recolhidos em razão de penalidade ou medida administrativa aplicada por inobservância a preceito do CTB e legislação complementar, abandono ou acidentes de trânsito, obedecerão ao disposto nesta Resolução. **Parágrafo único. A remoção de veículo, a qualquer título conforme o estabelecido no CTB deverá ser instruída por meio de processo administrativo, devidamente protocolizado pelo órgão responsável por sua custódia, onde serão anexados os documentos em ordem cronológica, a partir do Termo de Remoção ou documento equivalente, obrigatoriamente emitido e inclusive a cópia do prontuário do veículo recolhido, onde conste a situação atualizada de seu registro**” (BRASIL, 2016).

283 Nos termos do § 3º do art. 271 do CTB, se o reparo referido no § 2º demandar providência que não possa ser tomada no depósito, a autoridade responsável pela remoção liberará o veículo para reparo, na forma transportada, mediante autorização, assinalando prazo para reapresentação.

284 “Art. 328. O veículo apreendido ou removido a qualquer título e não reclamado por seu proprietário dentro do prazo de sessenta dias, contado da data de recolhimento, será avaliado e levado a leilão, a ser realizado preferencialmente por meio eletrônico. (Redação dada pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 1º Publicado o edital do leilão, a preparação poderá ser iniciada após trinta dias, contados da data de recolhimento do veículo, o qual será classificado em duas categorias: (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) I - conservado, quando apresenta condições de segurança para trafegar; e (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) II - sucata, quando não está apto a trafegar. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 2º Se não houver oferta igual ou superior ao valor da avaliação, o lote será incluído no leilão seguinte, quando será arrematado pelo maior lance, desde que por valor não inferior a cinquenta por cento do avaliado. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 3º Mesmo classificado como conservado, o veículo que for levado a leilão por duas vezes e não for arrematado será leiloado como sucata. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 4º É vedado o retorno do veículo leiloado como sucata à circulação. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 5º A cobrança das despesas com estada no depósito será limitada ao prazo de seis meses. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 6º Os valores arrecadados em leilão deverão ser utilizados para custeio da realização do leilão, dividindo-se os custos entre os veículos arrematados, proporcionalmente ao valor da arrematação, e destinando-se os valores remanescentes, na seguinte ordem, para: (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) I - as despesas com remoção e estada; (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) II - os tributos vinculados ao veículo, na forma do § 10; (Incluído pela Lei n.º 13.160, de

débitos do veículo ou do reparo de qualquer componente ou equipamento obrigatório que não esteja em perfeito estado de funcionamento importará na alienação do bem mediante procedimento de LEILÃO, após o decurso do prazo fixado em edital:

---

2015) III - os credores trabalhistas, tributários e titulares de crédito com garantia real, segundo a ordem de preferência estabelecida no art. 186 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional); (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) IV - as multas devidas ao órgão ou à entidade responsável pelo leilão; (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) V - as demais multas devidas aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Trânsito, segundo a ordem cronológica; e (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) VI - os demais créditos, segundo a ordem de preferência legal. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 7o Sendo insuficiente o valor arrecadado para quitar os débitos incidentes sobre o veículo, a situação será comunicada aos credores. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 8o Os órgãos públicos responsáveis serão comunicados do leilão previamente para que formalizem a desvinculação dos ônus incidentes sobre o veículo no prazo máximo de dez dias. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 9o Os débitos incidentes sobre o veículo antes da alienação administrativa ficam dele automaticamente desvinculados, sem prejuízo da cobrança contra o proprietário anterior. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 10. Aplica-se o disposto no § 9o inclusive ao débito relativo a tributo cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil, a posse, a circulação ou o licenciamento de veículo. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 11. Na hipótese de o antigo proprietário reaver o veículo, por qualquer meio, os débitos serão novamente vinculados ao bem, aplicando-se, nesse caso, o disposto nos §§ 1o, 2o e 3o do art. 271. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 12. Quitados os débitos, o saldo remanescente será depositado em conta específica do órgão responsável pela realização do leilão e ficará à disposição do antigo proprietário, devendo ser expedida notificação a ele, no máximo em trinta dias após a realização do leilão, para o levantamento do valor no prazo de cinco anos, após os quais o valor será transferido, definitivamente, para o fundo a que se refere o parágrafo único do art. 320. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 13. Aplica-se o disposto neste artigo, no que couber, ao animal recolhido, a qualquer título, e não reclamado por seu proprietário no prazo de sessenta dias, a contar da data de recolhimento, conforme regulamentação do CONTRAN. (Incluído pela Lei n.º 13.160, de 2015) § 14. Se identificada a existência de restrição policial ou judicial sobre o prontuário do veículo, a autoridade responsável pela restrição será notificada para a retirada do bem do depósito, mediante a quitação das despesas com remoção e estada, ou para a autorização do leilão nos termos deste artigo. (Redação dada pela Lei n.º 13.281, de 2016) (Vigência) § 15. Se no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da notificação de que trata o § 14, não houver manifestação da autoridade responsável pela restrição judicial ou policial, estará o órgão de trânsito autorizado a promover o leilão do veículo nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei n.º 13.281, de 2016) (Vigência) § 16. Os veículos, sucatas e materiais inservíveis de bens automotores que se encontrarem nos depósitos há mais de 1 (um) ano poderão ser destinados à reciclagem, independentemente da existência de restrições sobre o veículo. (Incluído pela Lei n.º 13.281, de 2016) (Vigência) § 17. O procedimento de hasta pública na hipótese do § 16 será realizado por lote de tonelage de material ferroso, observando-se, no que couber, o disposto neste artigo, condicionando-se a entrega do material arrematado aos procedimentos necessários à descaracterização total do bem e à destinação exclusiva, ambientalmente adequada, à reciclagem siderúrgica, vedado qualquer aproveitamento de peças e partes. (Incluído pela Lei n.º 13.281, de 2016) (Vigência) § 18. Os veículos sinistrados irrecuperáveis queimados, adulterados ou estrangeiros, bem como aqueles sem possibilidade de regularização perante o órgão de trânsito, serão destinados à reciclagem, independentemente do período em que estejam em depósito, respeitado o prazo previsto no caput deste artigo, sempre que a autoridade responsável pelo leilão julgar ser essa a medida apropriada. (Incluído pela Lei n.º 13.281, de 2016) (Vigência)” (BRASIL, 1997).

Art. 5.º O órgão ou entidade responsável pela custódia, além da expedição da via do termo de recolhimento ou documento equivalente, decorrido o prazo de 30 (trinta) dias sem a retirada do veículo, expedirá edital de notificação de retirada do veículo.

§1º O edital de notificação de retirada do veículo será publicado em portal na Internet do próprio órgão ou afixado nas dependências do órgão em local de livre acesso ao público, pelo prazo de 10 (dez) dias, para que o veículo seja retirado com a devida quitação dos débitos a ele vinculados e regularizado, sob pena de ser incluído em procedimento de alienação por leilão, decorrido o prazo legal.

§ 2º A notificação por edital deverá conter:

I - o nome do proprietário do veículo;

II - o nome do agente financeiro, ou do arrendatário do veículo, ou da entidade credora, ou de quem se sub-rogou nos direitos, quando for o caso;

III - os caracteres da placa de identificação e do chassi do veículo, quando houver;

IV - a marca e o modelo do veículo.

§ 3.º O edital deverá ser encaminhado por meio de comunicação eletrônica ao agente financeiro, arrendador do bem, entidade credora ou a quem tenha se sub-rogado aos direitos do veículo, caso o endereço conste no prontuário ao qual o veículo esteja vinculado.

§ 4.º Para o caso de notificação postal, decorrente de gravames financeiros registrados no prontuário do veículo, poderão ser agrupados em um mesmo documento todos os veículos que contenham gravames em favor do mesmo agente financeiro, sendo válidas as notificações postais por comunicação eletrônica. [...]

Art. 8.º A restituição do veículo sob custódia somente ocorrerá mediante prévio pagamento de todos os débitos incidentes devidos, bem como o reparo de qualquer componente ou equipamento obrigatório que não esteja em perfeito estado de funcionamento.

§ 1º Se o reparo exigido no caput demandar providência que não possa ser tomada no depósito, a autoridade responsável pela remoção liberará o veículo para reparo, na forma transportada, mediante autorização, assinando prazo para reapresentação.

§2º A despesa de remoção e estada será devida integralmente, por período contado em dias, a partir do recolhimento do veículo, limitado ao prazo máximo de 6 (seis) meses. [...]

Art. 10. Constatada a permanência do veículo recolhido em depósito do órgão público responsável, do órgão público conveniado, do particular contratado por licitação, inclusive por meio de pregão, ou mediante credenciamento, não reclamado por seu proprietário, por período superior ao previsto no caput art. 328 do CTB, este será levado à alienação por meio de Leilão (BRASIL, 2016).

Convém esclarecer que os dispositivos mencionados acima estão em vigor, e, como se verá adiante, há julgado recente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que reconhece a legalidade do ato administrativo que condiciona a restituição do veículo REMOVIDO ao prévio pagamento de multas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica.

Contudo, não se trata de questão pacífica, sobretudo em razão da segunda parte da tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação do Tema n. 546 da repercussão geral, no sentido de que é “inconstitucional condicionar a liberação de veículo apreendido ao pagamento de multas, preços públicos e demais encargos decorrentes de infração” (embora, no entendimento da RPGMS/Semob, a tese seja restrita à penalidade de apreensão, e não à medida administrativa de remoção).

#### **2.4.4 Aplicação das penalidades: multa e apreensão do veículo**

As atribuições dos agentes de trânsito no processo de fiscalização do transporte irregular ou clandestino de passageiros encerram-se com o recolhimento do veículo para o depósito, pois a aplicação das penalidades compete apenas à autoridade de trânsito, dentro da sua circunscrição, nos termos do art. 256, caput, do CTB.

Tratando-se de medida de natureza sancionatória e punitiva, a aplicação das penalidades pressupõe o julgamento do auto de infração, no bojo de processo administrativo, com respeito aos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República de 1988), conforme o procedimento estabelecido nos arts. 281 a 290 do CTB.

Em face do recorte dado à consulta jurídica formulada à RPGMS/Semob, restrita à orientação interna das equipes de fiscalização “em campo”, o parecer não examinará minuciosamente a etapa concernente à aplicação das penalidades, limitando-se a breves apontamentos, em deferência à importância do tema.

Como visto, o CTB, no inciso VIII do art. 231, comina penalidade de MULTA à infração de transporte irregular ou clandestino de passageiros. Para a aplicação da penalidade, devem ser observadas as regras dos arts.

257 a 260 do diploma legal referido, bem como a Resolução Contran n. 619/2016,<sup>285</sup> alterada pelas Resoluções n. 697/17, n. 736/18 e n. 845/21.

Ademais, viu-se que a Lei Municipal n. 9.107/2016 impõe duas penalidades aos proprietários de veículos que operam clandestinamente no Sistema de Transporte Público de Salvador: MULTA de R\$ 2.500 (ou, em caso de reincidência, R\$ 5.000) e APREENSÃO DO VEÍCULO que for flagrado realizando transporte clandestino, o qual será recolhido ao pátio do Órgão de Trânsito Municipal.

A propósito, esclareça-se que, em abril de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário n. 661.702/DF (Tema n. 546 da repercussão geral), oportunidade em que declarou a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 239/1992 do Distrito Federal, que versa sobre o transporte clandestino de passageiros, imputando ao infrator sanções diferentes e mais gravosas do que aquelas previstas no CTB, circunstância que, no entendimento do Pretório Excelso, não viola a competência legislativa privativa da União.

De acordo com o relator, ministro Marco Aurélio de Mello, as normas do CTB e da Lei Distrital n. 239/1992 convivem harmonicamente, pois que, enquanto à União compete legislar privativamente trânsito e transporte (art. 22, XI, da Constituição da República), cabe aos municípios (e ao Distrito Federal) organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial (art. 30, V, da Carta Magna). O relator alertou, no entanto, que é “vedada a dupla punição pelo mesmo fato, cabendo o enquadramento de cada situação, a depender das circunstâncias, num ou outro tipo infracional”.<sup>286</sup>

---

285 Estabelece e normatiza os procedimentos para a aplicação das multas por infrações, a arrecadação e o repasse dos valores arrecadados, nos termos do inciso VIII do art. 12 da Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e dá outras providências.

286 Nas palavras do ministro Marco Aurélio de Mello: “A despeito da proximidade das aludidas infrações administrativas, possuem campos distintos. Enquanto, no âmbito distrital, o objeto é a higidez do serviço público de transporte coletivo de passageiros, no federal, o móvel é a segurança no trânsito, no que vedada a prática desautorizada não apenas da condução de pessoas, mas também de coisas, estas não alcançadas pela previsão distrital. No primeiro, o foco é o transporte coletivo de pessoas a ser procedido a partir da concessão. No segundo, a circulação viária de pessoas e coisas. A casuística é rica e o enquadramento de cada situação, num ou noutro tipo infracional, respeitada a vedação da dupla punição pelo mesmo fato, é tarefa das instâncias ordinárias, consideradas as provas reunidas no processo”. Mais adiante, em seu voto, o excelentíssimo relator acrescentou: “Descabe articular, no caso, considerado o artigo 22, parágrafo único, da Constituição de 1988, com a necessidade de lei complementar a respaldar a atuação do Distrito Federal quando em jogo a tutela do transporte coletivo urbano de passageiros. A competência distrital é própria e encontra respaldo no artigo 30, inciso V, da Constituição Federal. Coexistem, no plano normativo, os artigos 28 da Lei distrital n.º 239/1992 e 231, inciso VIII, do Código de Trânsito Brasileiro.

Na oportunidade, contudo, o STF ressaltou que é “vedado condicionar a liberação do veículo apreendido ao pagamento de multas, preços públicos e demais encargos decorrentes de infração”, por se tratar de espécie de sanção política, não admitida pela jurisprudência da Corte, razão pela qual declarou inconstitucional o § 7.º do mencionado art. 28 da Lei Distrital.<sup>287</sup>

Eis a tese jurídica firmada pelo Supremo Tribunal Federal na resolução do tema:

Tema 546: Competência legislativa para dispor sobre o transporte irregular de passageiros e a aplicação da penalidade de apreensão de veículos.

Tese Firmada: Surge constitucional previsão normativa local voltada a coibir fraude considerado o serviço público de transporte coletivo e inconstitucional condicionar a liberação de veículo apreendido ao pagamento de multas, preços públicos e demais encargos decorrentes de infração.

Em síntese, verificado o transporte irregular ou clandestino de passageiros, a autoridade de trânsito poderá aplicar a multa disciplinada no CTB ou a multa do art. 2.º da Lei Municipal n. 9.107/16, ainda que mais gravosa, sendo descabida, no entanto, a imposição cumulativa das duas penalidades.

Prosseguindo na análise do tema, a aplicação da penalidade de APREENSÃO do veículo que for flagrado realizando transporte clandestino, cominada na legislação municipal, poderá ensejar algumas dificuldades para o Poder Público, razão pela qual convém tecer algumas observações e alertas.

Em primeiro lugar, apesar das semelhanças, é importante salientar que APREENSÃO não se confunde com REMOÇÃO.

Com efeito, viu-se que a remoção é mera providência administrativa adotada imediatamente no local da infração por agentes de trânsito, com o

---

Ao adotar óptica excludente, a resultar na declaração de inconstitucionalidade do preceito local, a Turma Recursal acabou por violar a norma constitucional. Sob o ângulo das sanções, é irrelevante a comparação das previsões contidas nos artigos 28 da Lei distrital e 231, inciso VIII, do referido Código, uma vez editados no exercício de competências legislativas distintas”.

287 Conforme o extrato da ata de julgamento: o Tribunal, por unanimidade, apreciando o Tema n.º 546 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para assentar a validade do artigo 28 da Lei distrital n.º 239/1992, alterado pelas de n.º 953/1995 e n.º 3.229/2003, excetuado o § 7º, no tocante ao qual declarou a inconstitucionalidade da expressão “das multas, preços públicos e demais encargos”, julgando improcedente o pedido formulado na inicial desta ação anulatória e deixando de fixar honorários advocatícios presente o artigo 55 da Lei n.º 9.099/1995, nos termos do voto do relator. Foi fixada a seguinte tese: “Surge constitucional previsão normativa local voltada a coibir fraude considerado o serviço público de transporte coletivo e inconstitucional condicionar a liberação de veículo apreendido ao pagamento de multas, preços públicos e demais encargos decorrentes de infração”. Plenário, Sessão Virtual de 24.4.2020 a 30.4.2020.

objetivo de garantir a segurança e a fluidez do trânsito. A apreensão, por sua vez, é uma penalidade que implica a retirada de circulação do veículo, que permanecerá sob a custódia do órgão ou entidade de trânsito por um determinado prazo previsto na legislação, como medida sancionatória ou punitiva, de modo que sua aplicação compete apenas à autoridade de trânsito, no bojo de um processo administrativo em que sejam assegurados os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.

Em segundo lugar, a apreensão era uma das penalidades previstas no CTB, mais especificamente no inciso IV do art. 256, disciplinada pelo art. 262, que dispunha:

Art. 262. O veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para seu proprietário, pelo prazo de 30 dias, conforme critério a ser estabelecido pelo CONTRAN.

§ 1.º. No caso de infração que seja aplicável a penalidade de apreensão do veículo, o agente de trânsito deverá, desde logo, adotar a medida administrativa de recolhimento do Certificado de Licença Anual.

§ 2.º. A restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante o prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica (Revogado pela Lei n. 13.281, de 2016) (BRASIL, 1997).

O dispositivo do CTB transcrito acima, por sua vez, era regulamentado pela Resolução n. 53, de 21 de maio de 1998, do Contran, que estabelecia critérios em caso de apreensão de veículos e recolhimento ao depósito, inclusive para dispor sobre os prazos de custódia do bem pelo Poder Público, proporcionalmente à gravidade da infração:

Art. 3.º O órgão ou entidade responsável pela apreensão do veículo fixará o prazo de custódia, tendo em vista as circunstâncias da infração e obedecidos os critérios abaixo:

I - de 01 (um) a 10 (dez) dias, para penalidade aplicada em razão de infração para a qual não seja prevista multa agravada;

II - de 11 (onze) a 20 (vinte) dias, para penalidade aplicada em razão de infração para a qual seja prevista multa agravada com fator multiplicador de três vezes;

III - de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias, para penalidade aplicada em razão de infração para a qual seja prevista multa agravada com fator multiplicador de cinco vezes (BRASIL, 1998).



Ocorre que os arts. 256, IV, e 262 do CTB foram expressamente revogados pela Lei Federal n. 13.281/2016, destino que também recaiu sobre a Resolução Contran n. 53/98, revogada pela já referida Resolução Contran n. 623/16. Destarte, embora a apreensão ainda seja uma das penalidades previstas pela Lei Municipal n. 9.107/2016 – o que, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, não viola a competência legislativa privativa da União –, na prática, a sua aplicação fica dificultada diante da ausência de regulamentação, inclusive no tocante ao aspecto mais básico da sanção: o prazo de custódia no pátio do órgão de trânsito municipal.

Em verdade, a análise da sucessão de normas legislativas revela que a penalidade de apreensão prevista na Lei Municipal se tornou anacrônica, sobretudo com o advento da Lei Federal n. 13.855/2019, que alterou o próprio art. 231, VIII, do CTB, para classificar a infração como gravíssima e sujeitar o veículo à medida administrativa de remoção (regulamentada pela Resolução Contran n. 623/16), e não mais à mera retenção. Em outras palavras, o CTB já fornece uma medida mais célere e menos burocrática para que o veículo seja tirado de circulação e recolhido ao pátio pelos próprios agentes de trânsito, na forma da remoção, sendo desnecessário recorrer à penalidade da apreensão para tal finalidade.

Diante de tais considerações, conclui-se que a aplicação da penalidade de apreensão, prevista no art. 1.º da Lei Municipal n. 9.107/2016, poderá ser alvo de questionamentos bem fundamentados, recomendando-se cautela por parte da Administração Pública. Em parte, tais questionamentos poderiam ser afastados mediante a regulamentação da penalidade pelo Município do Salvador, com base na competência legislativa prevista no art. 30, inciso V, da Constituição da República de 1988, reconhecida no julgamento do Recurso Extraordinário n. 661.702/DF.

De todo modo, caso a penalidade de apreensão venha a ser aplicada, deve-se respeitar a segunda parte da tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal na resolução do Tema n. 546 da repercussão geral, no sentido de que é “inconstitucional condicionar a liberação de veículo apreendido ao pagamento de multas, preços públicos e demais encargos decorrentes de infração”, até porque a Lei Municipal n. 9.107/2016 não estabelece tal condicionante.

## 2.5 DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 271, §§ 9.º E 9.º-A, DO CTB

Conforme os relatos da Cotae e Cofat, durante as abordagens, condutores e representantes de cooperativas de transporte clandestino têm questionado a legalidade da medida administrativa de remoção do veículo ao depósito, já examinada acima, sob o argumento de que as equipes de fiscalização

deveriam liberar o veículo no local da infração, fazendo desembarcar os passageiros, com fundamento nos §§ 9.º e 9.º-A do art. 271 do CTB.

Embora a questão ainda não esteja pacificada, há fundamentos jurídicos robustos e suficientes para que a Administração Pública possa refutar tal linha de argumentação, notadamente após o advento da Lei n. 14.229/2021.

Uma análise histórica do tema é necessária.

Com efeito, antes da Lei Federal n. 13.855/2019, o art. 231, VIII, do CTB dispunha que o transporte irregular ou clandestino de passageiros configurava infração média, sujeita à penalidade de multa e à medida administrativa de retenção do veículo.

Apesar de serem medidas administrativas bastante semelhantes, a retenção não se confunde com a remoção do veículo. Nas hipóteses de retenção, disciplinada pelo art. 270 do CTB, em regra, o veículo deve ser liberado no próprio local (§§ 1.º e 2.º), sendo recolhido ao depósito apenas quando não for apresentado condutor habilitado (§ 4.º). A propósito, a Súmula n. 510 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispõe que “a liberação de veículo retido apenas por transporte irregular de passageiros não está condicionada ao pagamento de multas e despesas”.

Contudo, a Lei Federal n. 13.855/2019 modificou o dispositivo, para estabelecer que a conduta de transitar com o veículo efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, constitui infração gravíssima, sujeitando o responsável à penalidade de multa, bem como à medida administrativa de remoção do veículo, e não mais a mera retenção. Vislumbra-se, pois, o intento do legislador no sentido de que os veículos flagrados no transporte irregular ou clandestino sejam, efetivamente, retirados de circulação e levados ao depósito.

A despeito da alteração legislativa no ano de 2019, os infratores continuaram a argumentar que a providência adequada ainda seria a liberação do veículo no local da abordagem, haja vista o disposto no § 9.º do art. 271 do CTB, incluído pela Lei Federal n. 13.160/2015, no sentido de que “não caberá remoção nos casos em que a irregularidade puder ser sanada no local da infração”. Nesse sentido, argumentava-se (como ainda se argumenta, sem razão) que seria possível sanar a irregularidade no local da abordagem mediante o desembarque dos passageiros, viabilizando a imediata liberação do veículo, sem a necessidade de recolhimento ao depósito.

Ora, mesmo nessa época, já era possível concluir que a ressalva do § 9.º do art. 271 não se aplicava à infração do art. 231, VIII, do CTB, haja vista que o transporte remunerado de pessoas ou bens, sem a devida licença ou permissão da autoridade competente, constitui irregularidade que, em sua própria essência, NÃO pode ser sanada no local da infração, muito menos no momento da abordagem.

Justamente nesse sentido, colhe-se a seguinte orientação do MBFT:

A remoção do veículo não será aplicada se o condutor, regularmente habilitado, solucionar a causa da remoção, desde que isso ocorra antes que a operação de remoção tenha sido iniciada ou quando o agente avaliar que a operação de remoção trará ainda mais prejuízo à segurança e/ou fluidez da via.

Este procedimento somente se aplica para o veículo devidamente licenciado e que esteja em condições de segurança para sua circulação (BRASIL, 2022).

Há de se observar que duas novidades legislativas parecem confirmar esse entendimento: a primeira, consubstanciada na Lei Federal n. 14.071/2020, aperfeiçoou a redação do mencionado § 9.º, o qual passou a dispor que “não caberá remoção nos casos em que a irregularidade for sanada no local da infração”; a segunda, mais importante, corresponde à Lei Federal n. 14.229/2021, que, de maneira bastante acertada, inseriu os §§ 9.º-A a 9.º-D ao art. 271 do CTB, para disciplinar as providências cabíveis quando não for possível sanar a irregularidade no local da infração.

De acordo com o § 9.º-A do art. 271, “quando não for possível sanar a irregularidade no local da infração, o veículo, desde que ofereça condições de segurança para circulação, será liberado e entregue a condutor regularmente habilitado, mediante recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual, contra a apresentação de recibo, e prazo razoável, não superior a 15 (quinze) dias, será assinalado ao condutor para regularizar a situação, o qual será considerado notificado para essa finalidade na mesma ocasião”.

Em princípio, a leitura do dispositivo transmite a ideia de que a medida de remoção restou fragilizada, aproximando-se sobremaneira do regramento da medida de retenção. Seguindo essa linha de raciocínio, como não há possibilidade de sanar a irregularidade no local da infração, o veículo abordado durante o transporte clandestino de passageiros seria simplesmente liberado e entregue a condutor habilitado, fixando-se prazo para regularizar a situação.

Não obstante, basta uma simples leitura do § 9.º-B para vislumbrar que o legislador expressamente excluiu do novo regramento as infrações previstas no inciso V do caput do art. 230 (conduzir o veículo que não esteja registrado e devidamente licenciado) e no inciso VIII do caput do art. 231 do CTB (transitar com o veículo efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente), justamente porque seria inconcebível que o veículo não registrado/licenciado voltasse a circular depois de ser abordado, sendo certo que a única providência lógica a ser adotada pelos agentes de trânsito nessas hipóteses é o recolhimento do bem ao depósito.

Embora, repita-se, a questão ainda não esteja pacificada, antes mesmo do advento da Lei Federal n. 14.229/2021, já se vislumbrava a existência de forte corrente jurisprudencial no sentido de que a infração do art. 231, VIII, do CTB não poderia ser sanada no local da infração com base no § 9.º do art. 271, mediante o simples desembarque dos passageiros. Isso se dá porque a regularização demandaria a obtenção de autorização para o transporte remunerado ao Poder Público competente, razão pela qual a remoção é a medida administrativa mais adequada, conforme a vontade do legislador, ao aprovar a Lei Federal n. 13.855/2019.<sup>288</sup> Ainda de acordo com tal corrente, a ausência de remoção esvazia o trabalho da fiscalização, pois possibilita a continuidade do ilícito.<sup>289</sup>

Levando em consideração que a Lei Federal n. 14.229 foi publicada no DOU de 22/10/2021, ainda não houve tempo hábil para avaliar o impacto sobre a jurisprudência pátria. No entanto, com base nas ponderações formuladas, entende-se que o novo diploma legal irá fortalecer a corrente favorável à medida de remoção ao depósito.

## 2.6 DO POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

### 2.6.1 Liminar favorável à Cooperativa de Transporte Complementar de Camaçari

A despeito dos protestos de condutores e representantes de cooperativas externados durante as abordagens realizadas pelas equipes de fiscalização, não há decisão judicial definitiva que proíba o Município do Salvador de exercer o poder administrativo de polícia para combater o transporte irregular ou clandestino de passageiros no seu território, conduta que, como visto, constitui infração gravíssima, nos termos do art. 231, VIII, do CTB.

Em outras palavras, é incorreto afirmar que o Poder Judiciário “liberou”, indiscriminadamente, as atividades de todas as cooperativas de transporte alternativo na capital, sendo oportuno repisar que tais entidades não detêm concessão, permissão ou autorização do Poder Público para realizar o transporte remunerado de pessoas, motivo pelo qual incidem em fraude ao serviço público de transporte coletivo de passageiros, de competência municipal.

288 Nesse sentido: TJ-MG, apelação cível n.º 1.0000.20.575161-3/001 (5078298-11.2020.8.13.0024), Relator: Jair Varão, Data de Julgamento: 04/02/2021, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/02/2021.

289 Nesse sentido: TJ-SP, AC: 1046313-42.2020.8.26.0053, Relator: Aroldo Viotti, Data de Julgamento: 09/02/2021, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/02/2021.

Há, isto sim, apenas uma decisão liminar em vigor, de natureza provisória, preferida pela 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, no Processo n. 0506971-62.2019.8.05.0001, que deferiu o pedido de tutela de urgência formulado pela COOPERATIVA DE TRANSPORTE COMPLEMENTAR DE CAMAÇARI, para determinar que o Município do Salvador “e seus coobrigados” se abstenham de impedir a prestação do serviço de transporte de passageiros pelos cooperados da entidade, devidamente identificados como COOPER.CM BAHIA e com numeração de placas a serem informadas ao Município de Salvador, em trechos determinados, bem como se abstenham de multar, reter e apreender os veículos dos cooperados sob a alegação de transporte clandestino de passageiros.

Para a plena compreensão do tema, confira-se o seguinte trecho da decisão liminar, proferida em 12 de março de 2019:

O Município de Salvador deverá ser informado pela parte autora sobre as placas dos veículos que irão circular nas linhas indicadas a fim de que possa exercer adequadamente seu poder de polícia administrativa. Ademais, esta decisão deve vigorar até a devida regulamentação do transporte de passageiros, a fim de não causar transtornos para a população carente.

Presentes, nesse momento processual, os requisitos do art. 300 do CPC/15, imperiosa a concessão do pleito liminar para obstar que haja novas apreensões dos veículos dos cooperados unicamente sob argumento de transporte clandestino, pelos motivos acima expendidos, até ulterior deliberação deste Juízo.

Ex positis, evidenciada a probabilidade do direito e havendo fundado receio de dano irreparável, defiro o pedido de tutela de urgência, ex vi do art. 300 do CPC/15, para determinar que os réus e seus coobrigados se abstenham de impedir a prestação do serviço de transporte de passageiros pelos cooperados da Cooperativa de Transporte Complementar de Camaçari, devidamente identificados como COOPER.CM BAHIA e com numeração de placas a serem informadas ao Município de Salvador, nos trechos das linhas de fl. 159, quais sejam: 01 - Bosque das Bromélias Jardim das Margaridas via Stella Mares via Itapuã; 02 - Linha 02 - Cajazeiras Dez e onze Rótula da Feirinha Via São Cristóvão Jardim da Margaridas; 03 - Linha 03 - Tancredo Neves Rótula do Abacaxi via Itaigara Pituba; 04 - Linha 04 - Tancredo Neves Pituba via Itaigara; 04 - Linha 04 - Cajazeiras Dez, Onze Rótula da 5ª Castelo Branco-Brasil Gás via Acesso Norte Iguatemi e Caminho das Arvores; 05 - Linha 05 - Cajazeiras Dez e Onze Rótula da 5ª Castelo Branco, via Brasil Gás, BR 324, Acesso Norte Iguatemi e Caminho das Arvores; 06 - Linha 06 - Pirajá Campinas de Pirajá via São Caetano, Largo do Tanque, Viaduto dos motoristas, Baixa do Fiscal Calçada e Comércio; 07 - Linha 07 - Jardim das Margaridas Largo do Tanque via Ribeira, Orla e Paralela; 08 - Linha 08 - Boa Vista do Lobato São Caetano via Largo do Tanque e Comércio e Campo Grande, e vice-versa, bem como se abstenham de multar, reter e apreender os veículos dos cooperados sob a alegação de transporte clandestino de passageiros,

pelos motivos acima expendidos, até ulterior deliberação deste Juízo, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, que ora arbitro no valor de R\$ 5.000 (cinco mil reais), até o limite de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais), a ser revertida em favor da parte autora. A presente decisão deve vigorar até a devida regulamentação do transporte de passageiros (g.n.)

Perceba-se que o magistrado destacou expressamente a possibilidade do exercício do poder de polícia administrativa pelo Município do Salvador e registrou que o pleito liminar obsta que haja novas “apreensões” unicamente sob o argumento de transporte clandestino.

Após provocação da Procuradoria do Município, os limites da tutela de urgência foram esclarecidos e reforçados, no bojo do processo judicial, por novas decisões proferidas por Juízo de Direito na 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que impuseram à cooperativa o dever de informar sobre suas rotas, horários de circulação, nomes dos condutores e quantidade de vans por rota, e provar que cada uma das vans pertence à cooperativa ou aos cooperados, dentre outras incumbências necessárias para viabilizar o exercício do poder fiscalizatório municipal, sob pena de suspensão dos efeitos da liminar.

Logo, os órgãos e entidades municipais competentes devem providenciar informações claras e objetivas às equipes de fiscalização “em campo” a respeito dos limites objetivos e subjetivos da tutela de urgência em vigor, esclarecendo que não há vedação ao exercício do poder de polícia em face do transporte irregular ou clandestino realizado pelas cooperativas de transporte alternativo, mas sim uma autorização judicial, de natureza provisória, para o exercício da atividade de transporte remunerado de passageiros, restrita aos veículos de propriedade da Cooperativa de Transporte Complementar de Camaçari ou de seus cooperados, devidamente identificados como COOPER.CM BAHIA, com horários de circulação, rotas, placas e condutores previamente informados nos autos do processo judicial, nos trechos expressamente abarcados pela decisão liminar: “01 - Bosque das Bromélias Jardim das Margaridas via Stella Mares via Itapuã; 02 - Linha 02 - Cajazeiras Dez e onze Rótula da Feirinha Via São Cristóvão Jardim da Margaridas; 03 - Linha 03 - Tancredo Neves Rótula do Abacaxi via Itaigara Pituba; 04 - Linha 04 - Tancredo Neves Pituba via Itaigara; 04 - Linha 04 - Cajazeiras Dez, Onze Rótula da 5ª Castelo Branco-Brasil Gás via Acesso Norte Iguatemi e Caminho das Arvores; 05 - Linha 05 - Cajazeiras Dez e Onze Rótula da 5ª Castelo Branco, via Brasil Gás, BR 324, Acesso Norte Iguatemi e Caminho das Arvores; 06 - Linha 06 - Pirajá Campinas de Pirajá via São Caetano, Largo do Tanque, Viaduto dos motoristas, Baixa do Fiscal Calçada e Comércio; 07 - Linha 07 - Jardim das Margaridas Largo do Tanque via Ribeira, Orla e Paralela; 08 - Linha 08 - Boa Vista do Lobato São Caetano via Largo do Tanque e Comércio e Campo Grande”.

A propósito, destaque-se que a própria cooperativa requereu a desistência do feito em relação às linhas Jardim das Margaridas x Cajazeiras, Pirajá x Comércio e Boa Vista do Lobato x São Caetano, pedido já homologado pelo magistrado competente.

Ausentes os requisitos estabelecidos na decisão judicial, a atividade fiscalizatória faz-se plenamente possível, inclusive no tocante à medida administrativa de remoção do veículo, ressaltando-se que a tutela de urgência não se estende a outras infrações de trânsito. Significa dizer que há margem para autuação, adoção de medidas administrativas cabíveis e aplicação de penalidades aos veículos que não se enquadrem nos critérios estabelecidos na decisão (ex.: transporte remunerado de passageiros fora dos trechos autorizados ou mediante veículo com placa não informada nos autos do processo) ou que venham a ser surpreendidos no cometimento de infrações de trânsito diversas do transporte clandestino (ex: art. 167 do CTB – deixar o condutor ou passageiro de usar o cinto de segurança; art. 231, VII, do CTB – transitar com o veículo com lotação excedente), sendo oportuno reiterar que diversos veículos das cooperativas de transporte alternativo circulam sem equipamentos obrigatórios (como cinto de segurança) ou com componentes em mau estado de funcionamento (como faróis quebrados), incidindo, concomitantemente (art. 266 do CTB), em outras infrações de trânsito.

A despeito de todas essas considerações, registre-se que o Município do Salvador poderá, eventualmente, ser surpreendido por uma nova decisão liminar e o comando proferido por magistrado competente deverá ser integralmente obedecido. Contudo, para que tal decisão hipotética seja eficaz, devem estar presentes alguns requisitos obrigatórios, como a prévia intimação pessoal do representante do município, sendo insuficiente, para tanto, a mera apresentação de cópia por parte de condutor ou representante de cooperativa clandestina, como espécie de “salvo-conduto”.

Recomenda-se, pois, cautela em relação a esse tipo de protesto durante as abordagens, inclusive porque há relatos de situações em que infratores, por desinformação ou malícia, apresentaram aos agentes públicos cópias de decisões judiciais já revogadas ou proferidas apenas contra a Agerba e o Estado da Bahia, referentes a discussões jurídicas distintas.

Vale lembrar que a REMOÇÃO DE VEÍCULOS é uma medida administrativa, e não uma penalidade (como a apreensão), de maneira que sua aplicação não pressupõe o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo condutor ou proprietário. Em outras palavras, não assiste ao indivíduo abordado no exercício do transporte irregular ou clandestino de passageiros o direito de “contestar” a remoção do veículo perante a equipe de fiscalização no próprio local da abordagem, com o objetivo de impedir a realização do ato, podendo fazê-lo, tão somente, em momento posterior, nos termos da legislação.

## 2.6.2 Análise dos recentes julgamentos colegiados no âmbito do TJBA

No julgamento dos Embargos de Declaração n. 8012723-70.2018.8.05.0000.1, realizado no dia 23 de fevereiro de 2022, o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, seguindo a já examinada tese jurídica firmada pelo Supremo Tribunal Federal na resolução do Tema n. 546 da repercussão geral, declarou a constitucionalidade da Lei Municipal n. 9.107/2016, que dispõe sobre as PENALIDADES aplicadas aos proprietários de veículos que operam clandestinamente no Sistema de Transporte Público de Salvador.

Até então, a aplicação da PENALIDADE DE APREENSÃO vinha sendo majoritariamente rechaçada pela Corte, com base em antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado na apreciação do Tema n. 430 da repercussão geral, no sentido de que “é incompatível com a Constituição lei municipal que impõe sanção mais gravosa que a prevista no Código de Trânsito Brasileiro, por extrapolar a competência legislativa do município”.<sup>290</sup>

---

<sup>290</sup> Nesse sentido, em razão de sua fundamentação coesa, menciona-se como exemplo o julgamento da Apelação Cível n.º 0524038-74.2018.8.05.0001, de relatoria do desembargador Mário Augusto Albiani Alves Júnior, pela Primeira Câmara Cível do TJBA, no dia 13/05/2021, assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. AUTUAÇÃO POR AGENTES DE TRÂNSITO MUNICIPAIS DA TRANSALVADOR. APREENSÃO DO VEÍCULO. IMPUTAÇÃO DE MULTA E LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO SEU PAGAMENTO. APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL EM DETRIMENTO DO CTB. IMPOSSIBILIDADE. TEMA 430 DOSTF. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. ILEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. A competência para legislar sobre trânsito e transporte é exclusiva da União, por determinação expressa do art. 22, XI da CF/88, atribuição esta que nos termos da própria Constituição não exclui a atuação do Município no que diz respeito a interesse local relacionado a esses temas. Contudo, deve-se ressaltar que a legislação municipal não pode extrapolar limites fixados em legislação federal no que diz respeito a penalidades por infrações de trânsito. Com efeito, o que se extrai dos autos é que a Lei Municipal n.º 9.107/2016, ao disciplinar os casos de transporte irregular de passageiros em seu território, comina sanções e medidas que extrapolam as previstas no art. 231, VIII, do CTB, cominando multa maior e medida administrativa mais gravosa, motivo pelo qual sua aplicação se afigurava completamente inviável à luz da tese de Repercussão Geral n.º 430 do STF. Especificamente no que diz respeito à medida administrativa aplicada a veículos autuados por exploração irregular do serviço de transporte de passageiros na vigência da redação original do art. 231, VIII do CTB, o STJ construiu a tese consagrada no enunciado de súmula 510 cujo teor é o seguinte: ‘A liberação de veículo retido apenas por transporte irregular de passageiros não está condicionada ao pagamento de multas e despesas’. Portanto, é nitidamente ilegal a autuação da qual resulte para o infrator a cominação de penalidades previstas em legislação municipal que usurpa a competência da União estabelecendo punições mais gravosas do que o CTB e que, além disso, nitidamente usa o poder de polícia como instrumento de coação ao pagamento de outras multas e encargos eventualmente devidos à municipalidade como condição de devolução de um bem que não é seu. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido”.



Ainda é cedo para avaliar os impactos do julgamento pelo Órgão Pleno. Todavia, a decisão constitui importante precedente, afinal, embora os magistrados disponham da garantia do livre convencimento, é certo que estão obrigatoriamente vinculados ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Pleno do TJ/BA, nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil.<sup>291</sup>

Infelizmente, em alguns acórdãos do TJ/BA, é possível verificar a existência de imprecisões conceituais na distinção entre a penalidade de apreensão e as medidas administrativas de remoção e retenção, e certo grau de desatualização em relação às mais recentes alterações legislativas no CTB, cenário que desafia a Procuradoria do Município e a assessoria jurídica da Transalvador.

De todo modo, antes do referido julgamento pelo Órgão Pleno, no âmbito dos órgãos fracionários do TJ/BA, já se vislumbravam julgados bem fundamentados, reconhecendo a legalidade do ato administrativo de REMOÇÃO DO VEÍCULO flagrado no transporte clandestino de passageiros, com base nas alterações introduzidas no CTB pelas Leis n.s 13.160/2015 e 13.855/2019, bem como a legalidade da exigência de PAGAMENTO DAS MULTAS PARA LIBERAÇÃO DO BEM REMOVIDO, com fulcro no art. 271, § 1.º, do CTB, afastando-se a incidência da Súmula n. 510 do Superior Tribunal de Justiça, que versa apenas sobre a medida administrativa de retenção.<sup>292</sup>

---

291 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores” (BRASIL, 2015).

292 Nesse sentido, confira-se o julgamento do Agravo de Instrumento n.º 8006436-23.2020.8.05.0000, de relatoria do Desembargador Livaldo Reaiche Raimundo Britto, pela Primeira Câmara Cível do TJBA, no dia 24/05/2021, assim ementado: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA DE URGÊNCIA

Para que não haja confusão, destaque-se que, provavelmente, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia continuará a sustentar a impossibilidade de condicionar a liberação de veículos apreendidos ao pagamento de multas e outros encargos, tendo em vista a parte final da tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação do Tema n. 546 da repercussão geral, no sentido de que é “inconstitucional condicionar a liberação de veículo apreendido ao pagamento de multas, preços públicos e demais encargos decorrentes de infração”.<sup>293</sup>

### 3 CONCLUSÃO

Em atendimento à consulta formulada pela Coordenadoria de Fiscalização e Administração de Táxis e Transportes Especiais (Cotae), a RPGMS/Semob apresenta parecer jurídico destinado a orientar as equipes de fiscalização de transporte clandestino de passageiros no Município do Salvador, resumido nos tópicos abaixo.

#### 3.1 ENQUADRAMENTO LEGAL

O art. 231, VIII, do CTB, com redação dada pela Lei Federal n. 13.855/2019, prevê que a conduta de transitar com o veículo efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade com-

---

INDEFERIDA. VEÍCULO APREENDIDO EM RAZÃO DO TRANSPORTE REMUNERADO DE PESSOAS REALIZADO DE MANEIRA IRREGULAR. INFRAÇÃO PREVISTA NO CTB. REMOÇÃO DO VEÍCULO COMO MEDIDA ADMINISTRATIVA A SER ADOTADA. ART. 231, VIII, DO REFERIDO DIPLOMA NORMATIVO. VEÍCULO COM LICENCIAMENTO VENCIDO. LEGALIDADE DA CONDUTA PERPETRADA. LIBERAÇÃO DO VEÍCULO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA. INCIDÊNCIA DO ART. 271, § 1º, DO CTB. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 510, DO STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO” (TJ-BA - AI: 80064362320208050000, Relator: LIDIVALDO REAICHE RAIMUNDO BRITTO, PRIMEIRA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/05/2021).

293 Nesse sentido, confira-se o julgamento da Apelação Cível n.º 0548930-81.2017.8.05.0001, de relatoria da Desembargadora Telma Laura Silva Britto, pela Terceira Câmara Cível do TJBA, assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE REMUNERADO DE PESSOAS. CLANDESTINIDADE. APREENSÃO DE VEÍCULO. NÃO CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 510 E TEMA 546, AMBOS DO STF. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. No caso de transporte clandestino de passageiros, é incabível a aplicação da penalidade administrativa de apreensão e a exigência do pagamento de multa para que seja liberado o veículo, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, consolidados na Súmula n.º 510 e RE 661702 – Tema n.º 546. Sentença mantida. Apelo improvido” (Classe: Apelação, Número do Processo: 0548930-81.2017.8.05.0001, Relator(a): TELMA LAURA SILVA BRITTO, Publicado em: 15/12/2021)

petente, constitui **INFRAÇÃO GRAVÍSSIMA**, sujeitando o responsável à **PENALIDADE DE MULTA**, bem como à **MEDIDA ADMINISTRATIVA DE REMOÇÃO DO VEÍCULO**.

A Lei Municipal n. 9.107/2016, que dispõe sobre as **PENALIDADES** aplicadas aos proprietários de veículos que operam clandestinamente no Sistema de Transporte Público de Salvador, estabelece que o órgão responsável pela fiscalização no Município do Salvador aplicará **MULTA** de R\$ 2.500 ou R\$ 5.000 (em caso de reincidência) e **APREENSÃO DO VEÍCULO** que for flagrado realizando transporte clandestino, recolhendo-o ao pátio do Órgão de Trânsito Municipal.

Registre-se que, no recente julgamento dos Embargos de Declaração n. 8012723-70.2018.8.05.0000.1, realizado no dia 23 de fevereiro de 2022, o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, seguindo a tese jurídica firmada pelo Supremo Tribunal Federal na resolução do Tema n. 546 da repercussão geral, declarou a **CONSTITUCIONALIDADE** da Lei Municipal n. 9.107/2016.

### 3.2 PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO NO LOCAL

Ao presenciar o cometimento da infração, o agente de trânsito competente abordará o condutor do veículo e lavrará o respectivo **AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO (AIT)**, notificando-o, conforme as disposições do art. 280 do CTB.

Embora o tema ainda não esteja pacificado, há fundamentos jurídicos robustos e suficientes para refutar a argumentação das cooperativas no sentido de que a irregularidade poderia ser sanada na forma dos §§ 9.º e 9.º-A do art. 271 do CTB, mediante o simples desembarque dos passageiros e a liberação do veículo sem recolhimento ao pátio. Com efeito, a remoção é a medida administrativa mais adequada, conforme a vontade do legislador ao aprovar a Lei Federal n. 13.855/2019. Ademais, basta uma simples leitura do § 9.º-B do art. 271 para vislumbrar que a Lei Federal n. 14.229/2021 expressamente excluiu do âmbito de incidência do § 9.º-A as infrações previstas no inciso V do caput do art. 230 (conduzir o veículo que não esteja registrado e devidamente licenciado) e no inciso VIII do caput do art. 231 do CTB (transitar com o veículo efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente), justamente porque seria inconcebível que o veículo não registrado/licenciado voltasse a circular depois de ser abordado.

Após a autuação, o agente de trânsito competente aplicará a **MEDIDA ADMINISTRATIVA DE REMOÇÃO DO VEÍCULO**, que se concretiza mediante o recolhimento do bem para o depósito fixado pela autoridade de

trânsito competente, conforme a disciplina do art. 271 do CTB e a Resolução n. 623/2016 do Contran, cuja leitura é essencial.

Por força da resolução mencionada, o agente lavrará TERMO DE RECOLHIMENTO DE VEÍCULO ou documento equivalente, que instruirá o futuro processo administrativo instaurado pelo órgão responsável pela custódia do bem, de tudo notificando o condutor. Esse é o documento apropriado para as anotações, pelo agente de trânsito, a respeito do estado do veículo, especialmente no tocante à existência de danos ou à ausência de equipamentos obrigatórios, lembrando que tais circunstâncias podem caracterizar infrações concomitantes (art. 266 do CTB).

Vale lembrar que a remoção de veículos é uma medida administrativa, e não uma penalidade (como a apreensão), de maneira que sua aplicação não pressupõe o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo condutor ou proprietário. Em outras palavras, não assiste ao condutor abordado no exercício do transporte irregular ou clandestino de passageiros o direito de “contestar” a remoção do veículo perante a equipe de fiscalização no próprio local da abordagem, com o objetivo de impedir a realização do ato, podendo fazê-lo, tão somente, em momento posterior, nos termos da legislação.

### 3.3 CONDIÇÕES PARA A LIBERAÇÃO DO VEÍCULO REMOVIDO

De acordo com o § 1.º do art. 271 do CTB, “a restituição do veículo removido só ocorrerá mediante prévio pagamento de MULTAS, TAXAS E DESPESAS com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica”.

Por sua vez, o § 2.º do dispositivo prevê que “a liberação do veículo removido é condicionada ao REPARO de qualquer componente ou equipamento obrigatório que não esteja em perfeito estado de funcionamento”.

Corroborando tais exigências, a Resolução Contran n. 623/2016 estipula que a ausência de pagamento de todos os débitos do veículo ou do reparo de qualquer componente ou equipamento obrigatório que não esteja em perfeito estado de funcionamento importará na alienação do bem mediante procedimento de LEILÃO, após o decurso do prazo fixado em edital.

Em julgamento recente, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia reconheceu a legalidade de ato administrativo atribuído ao Secretário Municipal de Mobilidade, que condicionou a restituição de veículo removido ao prévio pagamento de multas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica (TJ/BA, Agravo de Instrumento n. 8006436-23.2020.8.05.0000, relator: Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 25/05/2021).

Frise-se que não se trata de questão pacífica na jurisprudência do TJ/BA, sobretudo em razão da parte final da tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação do Tema n. 546 da repercussão geral, no sentido de que é “inconstitucional condicionar a liberação de veículo apreendido ao pagamento de multas, preços públicos e demais encargos decorrentes de infração”. No entendimento da RPGMS/Semob, o precedente versa apenas sobre a penalidade de apreensão, e não sobre a medida administrativa de remoção, mas é necessário acompanhar a evolução das discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema.

### 3.4 APLICAÇÃO DE PENALIDADES

Ao contrário das medidas administrativas (como a remoção), a aplicação de penalidades é ato de competência da autoridade de trânsito, e não de seus agentes (art. art. 256, caput, do CTB), e pressupõe o julgamento do auto de infração, no bojo de um processo administrativo, com respeito aos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República de 1988), conforme o procedimento estabelecido nos arts. 281 a 290 do CTB.

Como visto, o art. 231, VIII, do CTB comina penalidade de MULTA à infração de transporte irregular ou clandestino de passageiros, cuja aplicação é regida pelos arts. 257 a 260 do diploma legal referido e pela Resolução Contran n. 619/2016. Da mesma forma, a Lei Municipal n. 9.107/2016 impõe penalidade de multa aos proprietários de veículos que operam clandestinamente no Sistema de Transporte Público de Salvador, no valor de R\$ 2.500 (ou R\$ 5.000 em caso de reincidência).

Conforme o voto do relator do Recurso Extraordinário n. 661.702/DF (Tema n. 546), ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, é descabida a imposição cumulativa de duas penalidades de multa. Assim, a autoridade de trânsito poderá aplicar a multa disciplinada no CTB ou a multa prevista na legislação municipal, ainda que mais gravosa, cabendo o enquadramento de cada situação, a depender das circunstâncias, num ou noutro tipo infracional.

Superada a questão, viu-se que a Lei Municipal n. 9.107/2016 também impõe penalidade de APREENSÃO DO VEÍCULO que for flagrado realizando transporte clandestino, o qual será recolhido ao pátio do Órgão de Trânsito Municipal, e que o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, declarou a CONSTITUCIONALIDADE da mencionada lei, no recente julgamento dos Embargos de Declaração n. 8012723-70.2018.8.05.0000.1, realizado no dia 23 de fevereiro de 2022.

A aplicação de tal penalidade, contudo, poderá ensejar algumas dificuldades para o Poder Público. Com efeito, a apreensão era uma das penali-

dades previstas no CTB e disciplinada pelo Contran. Ocorre que os arts. 256, IV, e 262 do CTB foram expressamente revogados pela Lei Federal n. 13.281/2016, o que também se verificou em relação à Resolução Contran n. 53/1998, revogada pela Resolução Contran n. 623/2016. Destarte, embora a apreensão ainda seja uma das penalidades previstas pela Lei Municipal n. 9.107/2016 — o que, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, não viola a competência legislativa privativa da União —, na prática, há dificuldades em sua aplicação, diante da ausência de normas que regulamentem a penalidade, inclusive no tocante ao aspecto mais básico da sanção: os prazos de custódia no pátio do órgão de trânsito municipal.

De todo modo, caso a penalidade de apreensão venha a ser aplicada pela autoridade de trânsito competente, deve-se respeitar a já mencionada parte final da tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal na resolução do Tema n. 546 da repercussão geral, no sentido de que é “inconstitucional condicionar a liberação de veículo apreendido ao pagamento de multas, preços públicos e demais encargos decorrentes de infração”, até porque a Lei Municipal n. 9.107/2016 não estabelece tal condicionante.

### **3.5 LIMINAR FAVORÁVEL À COOPERATIVA DE TRANSPORTE COMPLEMENTAR DE CAMAÇARI**

Não há decisão judicial que proíba o Município do Salvador de exercer o poder administrativo de polícia para combater o transporte irregular ou clandestino de passageiros no seu território, conduta que, como visto, constitui infração gravíssima, nos termos do art. 231, VIII, do CTB, e atrai as penalidades da Lei Municipal n. 9.107/2016. É incorreto, portanto, afirmar que o Poder Judiciário “liberou”, indiscriminadamente, as atividades das cooperativas de transporte alternativo na capital, sendo oportuno repisar que tais entidades não detêm concessão, permissão ou autorização do Poder Público para realizar o transporte remunerado de pessoas, motivo pelo qual incidem em fraude ao serviço público de transporte coletivo de passageiros, de competência municipal.

Há, isto sim, apenas uma decisão liminar em vigor, de natureza provisória, preferida pela 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, no Processo n. 0506971-62.2019.8.05.0001, que deferiu o pedido de tutela de urgência formulado pela COOPERATIVA DE TRANSPORTE COMPLEMENTAR DE CAMAÇARI, para determinar que o Município do Salvador “e seus coobrigados” se abstenham de impedir a prestação do serviço de transporte de passageiros pelos cooperados da entidade, bem como se abstenham de multar, reter e apreender os veículos dos cooperados sob a alegação de transporte clandestino de passageiros.

Na decisão, contudo, o magistrado destacou expressamente a possibilidade do exercício do poder de polícia administrativa pelo Município do Salvador e registrou que o pleito liminar obsta que haja novas “apreensões” unicamente sob o argumento de transporte clandestino.

Logo, os órgãos e entidades municipais competentes devem providenciar informações claras e objetivas às equipes de fiscalização “em campo” a respeito dos limites objetivos e subjetivos da tutela de urgência em vigor, esclarecendo que não há vedação ao exercício do poder de polícia em face do transporte irregular ou clandestino realizado pelas cooperativas de transporte alternativo, mas sim uma autorização judicial, de natureza provisória, para o exercício da atividade de transporte remunerado de passageiros, restrita aos veículos de propriedade da Cooperativa de Transporte Complementar de Camaçari ou de seus cooperados, devidamente identificados como COOPER.CM BAHIA, com horários de circulação, rotas, placas e condutores previamente informados nos autos do processo judicial, nos trechos expressamente abarcados pela decisão liminar: “01 - Bosque das Bromélias Jardim das Margaridas via Stella Mares via Itapuã; 02 - Linha 02 - Cajazeiras Dez e onze Rótula da Feirinha Via São Cristóvão Jardim da Margaridas; 03 - Linha 03 - Tancredo Neves Rótula do Abacaxi via Itaigara Pituba; 04 - Linha 04 - Tancredo Neves Pituba via Itaigara; 04 - Linha 04-Cajazeiras Dez, Onze Rótula da 5ª Castelo Branco-Brasil Gás via Acesso Norte Iguatemi e Caminho das Arvores; 05 - Linha 05 - Cajazeiras Dez e Onze, Rótula da 5ª Castelo Branco, via Brasil Gás, BR 324, Acesso Norte Iguatemi e Caminho das Arvores; 06 - Linha 06 -Pirajá Campinas de Pirajá via são Caetano, Largo do Tanque, Viaduto dos motoristas, Baixa do Fiscal Calçada e Comércio; 07 - Linha 07 - Jardim das Margaridas Largo do Tanque via Ribeira, Orla e Paralela; 08 - Linha 08 - Boa Vista do Lobato São Caetano via Largo do Tanque e Comércio e Campo Grande”.

A propósito, destaque-se que a própria Cooperativa requereu a desistência do feito em relação às linhas Jardim das Margaridas x Cajazeiras, Pirajá x Comércio e Boa Vista do Lobato x São Caetano, pedido já homologado pelo magistrado competente.

Ausentes os requisitos estabelecidos na decisão judicial, a atividade fiscalizatória faz-se plenamente possível, inclusive no tocante à medida administrativa de remoção do veículo, ressaltando-se que a tutela de urgência não se estende a outras infrações de trânsito. Significa dizer que há margem para a autuação, adoção de medidas administrativas cabíveis e aplicação de penalidades aos veículos que não se enquadrem nos critérios estabelecidos na decisão (ex: transporte remunerado de passageiros fora dos trechos autorizados ou mediante veículo com placa não informada nos autos do processo) ou que venham a ser surpreendidos no cometimento de infrações de trânsito diversas do transporte clandestino (ex: art. 167 do CTB — deixar o con-

ductor ou passageiro de usar o cinto de segurança; art. 231, VII, do CTB — transitar com o veículo com lotação excedente), sendo oportuno reiterar que diversos veículos das cooperativas de transporte alternativo circulam sem equipamentos obrigatórios (como cinto de segurança) ou com componentes em mau estado de funcionamento (como faróis quebrados), incidindo, concomitantemente (art. 266 do CTB), em outras infrações de trânsito.

É o parecer.

Salvador, 23 de março de 2022.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito. Resolução n. 53, de 21 de maio de 1998. Estabelece critérios em caso de apreensão de veículos e recolhimento aos depósitos, conforme artigo 262 do Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: [https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/transito/conteudo-contran/resolucoes/resolucao053\\_98.doc](https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/transito/conteudo-contran/resolucoes/resolucao053_98.doc). Acesso em: 15 mar. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito. Resolução n. 623, de 6 de setembro de 2016. Dispõe sobre a uniformização dos procedimentos administrativos quanto à remoção, custódia e para a realização de leilão de veículos removidos ou recolhidos a qualquer título, por órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito – SNT, nos termos dos arts. 271 e 328, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro – CTB, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.gov.br/transportes/pt-br/pt-br/assuntos/transito/conteudo-contran/resolucoes/resolucao6232016\\_republicada.pdf](https://www.gov.br/transportes/pt-br/pt-br/assuntos/transito/conteudo-contran/resolucoes/resolucao6232016_republicada.pdf). Acesso em: 15 mar. 2022.
- BRASIL. Lei n. 13.855, de 8 de julho de 2019. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que “Institui o Código de Trânsito Brasileiro”, para dispor sobre transporte escolar e transporte remunerado não licenciado. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113855.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113855.htm). Acesso em: 15 mar. 2022.
- BRASIL. Lei n. 14.071, de 13 de outubro de 2020. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para modificar a composição do Conselho Nacional de Trânsito e ampliar o prazo de validade das habilitações; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114071.htm). Acesso em: 15 mar. 2022.
- BRASIL. Lei n. 14.229, de 21 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 7.408, de 25 de novembro de 1985, e a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre a fiscalização do excesso de peso dos veículos; altera a Lei nº 10.209, de 23 de março de 2001, para dispor sobre a prescrição da cobrança de multa ou indenização nos termos que



especifica; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/114229.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114229.htm). Acesos em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19503compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm). Acesso em: 15 mar. 2022.

SALVADOR. Lei n. 9070, de 2016a. Reorganiza a Superintendência de Segurança Urbana e Prevenção à Violência - SUSPREV e a Guarda Municipal na forma que indica e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2016/907/9070/lei-ordinaria-n-9070-2016-reorganiza-a-superintendencia-de-seguranca-urbana-e-prevencao-a-violencia-susprev-e-a-guarda-municipal-na-forma-que-indica-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 15 mar. 2022.

SALVADOR. Lei n. 9107, de 2016b. Dispõe sobre a penalidade aplicada aos proprietários de veículos que operam clandestinamente o Sistema de Transporte Público de Salvador. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2016/911/9107/lei-ordinaria-n-9107-2016-dispoe-sobre-a-penalidade-aplicada-aos-proprietarios-de-veiculos-que-operam-clandestinamente-o-sistema-de-transporte-publico-de-salvador>. Acesso em: 15 mar. 2022.



**PEÇAS**



# 18

## **PEÇA PROCESSUAL – RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE, POR NÃO RECONHECER A EXISTÊNCIA DE UMA ENTIDADE FAMILIAR “ATÍPICA”, DETERMINOU A INTERNAÇÃO DO SUBSTITUÍDO EM UMA RESIDÊNCIA INCLUSIVA, MANTIDA PELA MUNICIPALIDADE**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR  
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA**

**O MUNICÍPIO DO SALVADOR**, pessoa jurídica de direito público interno, com endereço para receber as comunicações de estilo na Travessa D’Ajuda, Edifício Sul América, n. 2, 1.º andar, Centro, Salvador-BA, CEP 40.020-030, por intermédio de seu procurador, que a esta subscreve, em virtude de, no bojo dos autos da ação ordinária n. **8132621-06.2020.8.05.0001**, ter sido intimado da decisão interlocutória proferida pelo MM. Juízo da 5.ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, e por não se conformar com ela, vem interpor o recurso de

**AGRAVO DE INSTRUMENTO**,  
com pedido de concessão de efeito suspensivo,

com fulcro nos artigos 1015 e seguintes do Código de Processo Civil, reque-  
rendo que, após a tramitação legal, seja-lhe dado provimento.

## 1 DA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO

Em função de a demanda de origem transcorrer em autos eletrônicos, para a formação do presente instrumento, o agravante apenas indica as seguintes peças abaixo nomeadas, uma vez que elas ainda integram os autos de origem:

1 – cópia do relatório informativo elaborado, **no dia 14 de janeiro de 2021**, pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social/CRE-AS de Fazenda Coutos;

2 – cópia da carta resposta elaborada, **no dia 4 de fevereiro de 2021**, pela supervisora técnica de referência de alta complexidade da Secretaria Municipal de Promoção Social, Combate à Pobreza, Esportes e Lazer;

3 – nome e endereço dos advogados.

i) – Recorrente: Bel. Daniel Majdalani de Cerqueira, procurador do Município, inscrito na OAB-BA sob o n. 21.459, com endereço na Travessa da Ajuda, n. 2, 1.º andar, Ed. Sul América, Centro, Salvador, Bahia;

ii) – Recorrido: Bel(a). Railda Rodrigues Suzart, promotora de justiça, com endereço profissional na Avenida Joana Angélica, n.º 1312, Nazaré, Salvador-BA, CEP 40.050.001.

Nesses termos,  
Pede deferimento.

Salvador, 15 de maio de 2021.

---

DANIEL MAJDALANI DE CERQUEIRA  
Procurador do Município  
OAB-BA n. 21.459/Matrícula n. 810.819

## **RAZÕES RECURSAIS**

**AUTOS DE ORIGEM nº 8132621-06.2020.8.05.0001**

**AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE SALVADOR**

**AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, na condição de substituto processual do sr. Servílio Ferreira Souza Neto.**

Egrégio Tribunal,  
Ínclitos julgadores,  
Eminente relator(a);

Com as vênias de estilo, a decisão interlocutória invectivada carece de imediata reforma, conforme se demonstrará.

### **1 DO OBJETO DO PRESENTE RECURSO**

Por conduto do presente recurso, a **Municipalidade buscará a reforma da decisão interlocutória, por meio da qual o magistrado de piso** – fundado da premissa de que, após a morte de sua curadora (ocorrida em junho de 2020), o sr. Servílio Ferreira Souza Neto restou completamente desprovido de retaguarda familiar – **determinou que a Municipalidade promovesse a “inclusão de Servílio Ferreira de Souza Neto em vaga de Residência Inclusiva ou similar**, com a finalidade de acolhimento e proteção, provendo-lhe os cuidados materiais necessários, inclusive no âmbito da assistência médica”.

### **2 Do mérito recursal**

#### **2.1 DO(S) FUNDAMENTO(S) PARA A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA.**

Inicialmente, a **Municipalidade entende importante salientar que o rol de entidades familiares indicado no art. 226, da Constituição Federal – CF é meramente exemplificativo, de sorte que**, como bem salientado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2013, p. 86-87), **“a presença do caráter afetivo como propulsora de algumas relações, como aquelas entre pessoas do mesmo sexo, a caracteriza como uma entidade familiar (independentemente de expressa previsão constitucional)”**.

*Ergo*, à luz da norma constitucional, inexistente impedimento a que pessoas que não possuam vínculo de parentesco biológico formem uma entidade familiar, acaso entre elas exista o afeto e o desejo de, a partir dessa convivência, elas alcançarem a felicidade (noção de família eudomonista).

Conseqüentemente, **em que pese também seja dever do Estado** (*lato sensu*) **amparar as pessoas com deficiência** (art. 8.º, da Lei Federal – LF n. 13.146/2015), **no tocante ao direito prestacional à moradia** (pretensão autoral aviada pelo *parquet*), **sua efetivação pelo Estado**, em observância ao conteúdo da subsidiariedade,<sup>294</sup> **pressupõe que os vínculos familiares** (em sentido amplo, e não apenas os decorrentes do parentesco biológico) **da pessoa com deficiência encontrem-se fragilizados ou rompidos**, senão veja-se:

Art. 31. **A pessoa com deficiência tem direito à moradia digna**, no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro ou desacompanhada, ou em moradia para a vida independente da pessoa com deficiência, **ou, ainda, em residência inclusiva**. [...]

§2º **A proteção integral na modalidade de residência inclusiva será prestada no âmbito do Suas à pessoa com deficiência** em situação de dependência que não disponha de condições de autossustentabilidade, **com vínculos familiares fragilizados ou rompidos** (BRASIL, 2015, grifos nossos).

**Depois de prestado tal esclarecimento inicial**, convém destacar que, *in casu* – em que pese, após o falecimento de sua curadora (em junho de 2020), seu vínculo familiar, decorrente do parentesco, tenha se rompido –, **o sr. Servílio não permaneceu em situação de carência de retaguarda familiar por muito tempo, pois a senhora Eunice** – que, embora com ele não possua um vínculo de parentesco, “o tem ‘como um filho’” (vide o relatório de informações do Creas) – **assim que soube da situação, pela qual o sr. Servílio estava passando**, no ápice da primeira onda da pandemia, **solicitou fosse ele transferido para sua casa**, a fim de que ela pudesse cuidar de sua higidez física e mental<sup>295</sup> e, **desde então, eles passaram a desenvolver um vínculo (familiar) muito forte, tanto que: i) “se tratam como mãe e filho**, e até mesmo quando esta vai sair ele pede para ela não ir” (vide o relatório de informações do Creas); **ii) quando**, em janeiro de 2021, **o sr. Servílio foi hospitalizado**, para tratar das escaras que se formaram antes de ele se mudar para a casa da senhora Eunice, **ela**, embora fizesse parte do grupo de risco, **ficou “no hospital com Servílio, revezando com Ivanilson** (vide o relatório de informações do Creas); **iii) ela “já deu entrada na Defensoria**

294 O qual, consoante bem salientado por José Alfredo de Oliveira Baracho (1995, p. 36, 44 e 51, grifos nossos) preconiza que “a intervenção da autoridade seja eventual e cesse tão logo os particulares recuperem a capacidade para resolver o problema sem ajuda alheia” e que **“quando alguma tarefa pode ser cumprida pelo homem ou grupos sociais, bem como pelo Estado, deve-se dar preferências aos primeiros”**.

295 A qual se encontrava abalada, em função de o sr. Servílio se culpar pela morte de sua curadora.



**Pública acerca da curatela**” (vide o relatório de informações do Creas); **iv) ela está construindo “outro imóvel acima da casa com acessibilidade**, onde a senhora Eunice informa que está concluindo a construção **para se mudarem**” (vide o relatório de informações do Creas); **v) o próprio senhor Servílio**, ao ser questionado pela equipe da Sempre sobre seu interesse em ser transferido para uma residência inclusiva (pretensão autoral), **manifestou “o desejo de continuar com a família que o acolheu, não desejando ir para uma residência inclusiva”** (vide a carta resposta).

Nessa senda, **é forçoso reconhecer que o magistrado de piso** – até por desconhecer que, após a morte de sua curadora, o senhor Servílio e a senhora Eunice passaram a formar uma entidade familiar “atípica” –, **ao determinar que a Municipalidade promovesse a “inclusão de Servílio Ferreira de Souza Neto em vaga de Residência Inclusiva ou similar”, data venia, incorreu em um *error in iudicando*, uma vez que: i) tal medida**, conforme demonstrado, **pressupõe que a pessoa com deficiência se encontre com seus vínculos familiares fragilizados ou rompidos; ii) o senhor Servílio**, atualmente, **possui um vínculo familiar** (atípico, é bem verdade) **com a senhora Eunice, que tem se fortalecido cada vez mais.**

Por derradeiro, convém salientar que, conforme se pode inferir dos documentos ora anexados, mesmo sem que o senhor Servílio se encontre em uma residência inclusiva, a Municipalidade já lhe tem prestado cuidados assistenciais e médicos.

Isso posto, impõe-se que, em respeito aos princípios constitucionais norteadores do Direito das Famílias, a decisão interlocutória invecivada seja reformada, a fim de se evitar que essa admirável (e nova) entidade familiar, formada entre o senhor Servílio e a senhora Eunice, seja rompida, com a sua inserção em uma unidade de residência inclusiva.

E é isso que se requer!

### **3 DA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO.**

É fundamental que se empreste ao presente agravo de instrumento o efeito suspensivo de que, por lei, ele não é dotado.

Conforme demonstrado (subitem 2.1. supra), **faz-se presente a plausibilidade do direito, pois**, até em função de o senhor Servílio possuir um (novo) vínculo familiar ativo (com a senhora Eunice), **não há razão para que a determinação de sua inserção em uma residência inclusiva seja mantida.**

Outrossim, **resta evidenciado o *periculum in mora*, uma vez que a manutenção da decisão agravada**, até o julgamento final do presente recurso, **poderá fazer com que o senhor Servílio** – que, frise-se, antes de se mudar para a casa de dona Eunice estava deprimido e pensando em suicidar-

-se, justamente, por ter tido um vínculo familiar (típico) rompido – **possa sofrer um agravamento em seu quadro clínico, até porque, conforme demonstrado, ele, ao ser questionado pela equipe da Sempre sobre seu interesse em ser transferido para uma residência inclusiva (pretensão autoral), manifestou “o desejo de continuar com a família que o acolheu, não desejando ir para uma residência inclusiva”** (vide a carta resposta).

Em conclusão, o que se pede, por ora, é apenas isto: que este Tribunal, através do(a) excelentíssimo(a) desembargador(a) relator(a), **atribua ao presente recurso o necessário efeito suspensivo sobrestando a eficácia da decisão interlocutória, que ora é atacada, até o julgamento definitivo do recurso, quando se espera que ele seja integralmente provido.**

#### 4 DA CONCLUSÃO

*Ex positis*, a parte recorrente almeja:

(a) a concessão de **efeito suspensivo** a este recurso, nos moldes requeridos no item 3 das presentes razões recursais; e,

(b) ao final, o provimento do presente recurso, a fim de que a decisão interlocutória impugnada seja, totalmente, reformada.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Salvador, 15 de maio de 2021.

---

DANIEL MAJDALANI DE CERQUEIRA  
Procurador do Município de Salvador  
OAB-BA n. 21.459 / Matrícula n. 810.819

#### REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e revolução. **Revista de Direito Administrativo**, n. 200, 1995.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 10 maio 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

# 19

## MANIFESTAÇÃO DO MUNICÍPIO DO SALVADOR PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA NA DENÚNCIA N. 005760/2022.

*Francisco Bertino de Carvalho*<sup>296</sup>

**EXMA. SRA. DRA. CAROLINA MATOS ALVES COSTA, CONSELHEIRA RELATORA DO PROCESSO TCE N. 005760/2022**

O **MUNICÍPIO DO SALVADOR**, através de procurador e de representante legal na forma da lei, nos autos da **DENÚNCIA** apresentada por PLATAFORMA TRANSPORTES SPE S/A e ÓTIMA TRANSPORTES DE SALVADOR SPE S/A contra a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia (Agerba), autuada sob o número **TCE 005760/2022**, solicitado a fazê-lo, vem tempestivamente manifestar-se, expondo e requerendo o seguinte:

### **I TEMPESTIVIDADE**

Ao município fora concedido pela Exma. Relatora o prazo de **08 (oito) dias** para, querendo, se manifestar “sobre a matéria em análise, considerando as alegações das denunciante no sentido de que o objeto da licitação (Pregão Eletrônico n. 004/2022) afeta a competência municipal”. A notificação foi recebida no dia 27 de julho de 2022, quarta-feira, projetando o prazo, pela aplicação do CPC (art. 15), para o dia 8 de agosto de 2022, segunda-feira.

Todavia, em atendimento ao princípio da cooperação, de aplicação subsidiária (CPC, art. 15), à urgência da questão e à celeridade do procedimento

---

<sup>296</sup> Advogado. Procurador do Município do Salvador. Professor adjunto de Direito Processual Civil da UFBA. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Doutor em Direito Público pela UFBA. Pós-doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. E-mail: fbc@eabl.com.br.

de apreciação de medidas cautelares pelo TCE, o município se manifesta antecipadamente nos autos, requerendo que ele seja integrado ao feito e intimado dos atos posteriores.

## **2 INTERESSE PÚBLICO**

Não obstante esta manifestação atenda à determinação da Exma. Conselheira Relatora, o município ratifica a presença de interesse jurídico em sua intervenção nos autos, tendo em vista, como se verá nos tópicos abaixo, a violação de interesses públicos primários e secundários da municipalidade, assim como a afetação de serviços públicos, direitos e competências legais de sua titularidade, e de objetos de contratos de concessão em vigor, além de danos aos usuários do STCO.

Por estas razões, requer sua inclusão no processo administrativo para que nele possa praticar os atos necessários à defesa de seus interesses, com a consequente intimação pessoal dos atos subseqüentes.

## **3 PARTICIPAÇÃO DA SEINFRA NO PROCESSO**

A direção executiva da Agerba se manifesta nos autos (**Ref. 2829996**), admitindo o recebimento da Recomendação n. 04/22 do MPE (**Ref. 2829996-1**), mas informando “que a matéria está sob exclusivo comando do Governo do estado da Bahia, por via da Seinfra”, motivo pelo qual, de logo, verifica-se a necessidade do gestor à frente da Seinfra integrar o processo, inclusive para dar efetividade à medida cautelar mantida à unanimidade pelo Pleno do Tribunal de Contas do Estado da Bahia.

Não é que a esquivia da Agerba seja suficiente para a excluir da responsabilidade pelos atos comissivos e omissivos, pois é dever funcional de qualquer servidor agir e oficiar contra ilegalidades das quais tenha conhecimento, mas que a declaração oficial do órgão acerca da assunção de competência e responsabilidade por gestor hierarquicamente superior atrai sua participação no processo administrativo que apura a regularidade dos atos praticados e a eventual responsabilidade por não conformidades com a legislação e os princípios da atuação da Administração Pública.

## **4 PARTICIPAÇÃO DOS GESTORES NO PROCESSO**

O art. 2.º da Resolução n. 165/2005 do TCE-BA responsabiliza pessoal e solidariamente pelos danos causados os agentes que deixarem de atender às determinações do TCE em matéria de medida cautelar ou que lhes causarem embaraço, sem prejuízo de outras providências, assim como todos aqueles que concorrerem direta ou indiretamente para o não cumprimento de uma ordem emanada do TCE.

A cautelar deferida por decisão monocrática, como se verá em detalhes, não foi cumprida e continua sendo ignorada mesmo após ratificada pelo Pleno do TCE-BA, inclusive com a prática de atos após a decisão do Tribunal que confirmou, unanimemente, a cautela.

Ao revés de acatar a decisão, a Agerba apressou a tramitação do processo, ignorou prazos (de recurso), suprimiu requisitos legais (Lei n. 9.433/05, art. 107), açodou a conclusão do pregão para suscitar a teoria do fato consumado antes da confirmação da cautela pelo Pleno.

Mesmo após superada a tese do fato consumado pela decisão do Pleno do TCE, a Agerba continuou desrespeitando a decisão, iniciando testes de rua com os veículos.

Assim, para o atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, devem ser chamados a integrar o feito os agentes públicos que praticaram na Agerba atos durante o curso desta denúncia, especialmente após a concessão e confirmação da medida cautelar pela Presidência da Comissão Permanente de Licitação, pela Diretoria Geral do Departamento de Tarifas, pela Direção Geral do Departamento de Qualidade dos Serviços e pela Direção Executiva.

## 5 A DENÚNCIA, SEU OBJETO E A CONTROVÉRSIA DOS AUTOS

A denúncia apresentada pelas concessionárias do STCO tem por objeto a suspensão de licitação por pregão eletrônico de serviço público de transportes que seria realizado em duas novas linhas criadas para a Agerba, sob o argumento de violação objetiva da legalidade por diversos motivos, entre os quais, pela inobservância de prescrição normativa determinando a modalidade da concorrência pública para a hipótese.

A denúncia aponta, sustenta e demonstra diversas irregularidades formais e materiais no processo de contratação, sendo mais flagrante a decorrente da escolha da modalidade pregão eletrônico para a entrega de objeto que, a rigor, é a delegação de serviço público de transporte de passageiros. Não obstante a objetividade dessa violação dispensasse maiores considerações, a abordagem de alguns tópicos é útil e necessária.

### 5.1 A CRIAÇÃO DAS LINHAS DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE A SEREM ORIGINALMENTE CONCEDIDAS POR CONCESSÃO E LICITADAS POR CONCORRÊNCIA.

A Agerba publicou uma resolução (n. 11, de 06/04/22) aprovando a criação de linhas rodoviárias que seriam “metropolitanas”, prevendo, em seu art. 2.º, que os serviços seriam prestados “através de **contratos de concessão** a serem celebrados com a Agerba após **a devida licitação**” (grifos

acrescidos) e, no seu artigo 3.º, que a “empresa operadora de cada linha será selecionada através de licitação, **modalidade Concorrência Pública**, para um período de 5 (cinco) anos, com a **concessionária** sendo remunerada” (grifos nossos).

O objeto concessão e a modalidade concorrência pública são opções explícitas da Administração Pública estadual desde o início, constando da resolução que cria as linhas como serviços públicos de transporte a serem instrumentalizados por contratos de concessão licitados na modalidade concorrência pública, como determina a lei. Nada mais claro.

Sem qualquer justificativa ou explicação, repentina e surpreendentemente, a Agerba inverte o rumo traçado na própria Resolução n. 11, a contratação passa a ser processada na modalidade pregão eletrônico e o objeto é apresentado de modo disforme, como “serviços para realização de testes operacionais, incluindo implantação e operação de transporte coletivo público intermunicipal”, com duração de 12 meses, prorrogável até 60 meses (5 anos), na forma da Cláusula Segunda da minuta do contrato que classifica a contratação como de prestação de serviços contínuos, na forma do inciso II do art. 140 da Lei Estadual n. 9.433/05 (Ref. 2819596-29).

Antes mesmo de qualquer outra análise (inclusive da ilegalidade, por invasão de competência, das próprias linhas criadas), é preciso verificar que a Agerba concebeu serviços públicos de transporte que somente poderiam ser transferidos a entes privados mediante a celebração de concessões públicas, condicionadas estas a processo de concorrência pública.

Com isso se quer dizer objetivamente que aquelas linhas criadas pela Resolução n. 11 da Agerba somente podem ser transferidas à exploração particular mediante concessão realizada por concorrência pública.

A Agerba e o Estado da Bahia simplesmente não podem subverter as naturezas administrativa e jurídica do objeto e do contrato, nem resolver, no meio do caminho, ignorar que o objeto é um serviço público de transporte e que a única modalidade admitida é a concorrência pública. Aquelas linhas criadas pela Resolução n. 11, se puderem ser operadas pela iniciativa privada, somente o poderão ser mediante contrato de concessão licitado por concorrência pública. Não é possível mudar isso.

## 5.2 A INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO

Verifique-se, ademais, que a inadequação da modalidade pregão eletrônico fora apontada inicialmente pela própria Procuradoria do Estado em face da Agerba, que se manifestou neste sentido.

A PGE, em primeiro pronunciamento, apontou que, “aparentemente, há um desvio de finalidade no custeio por ela de valores para pagamento de uma concessionária, o que, supostamente, deveria ser arcado pela Administração

direta que detém a legitimidade de exercer os direitos e deveres das funções inerentes ao poder concedente originário”, deixando claro e explícito mais adiante que: “30. Pois bem. Segundo o nosso raciocínio no sentido de que se pretende, em verdade, a delegação da prestação de serviço público de transporte intermunicipal de passageiros por meio de concessão, que deve ser precedida de licitação na modalidade concorrência”.

A indicação de irregularidades também constou de questionamentos das denunciantes (**Ref. 2819598**) e da Recomendação Formal n. 04/2022,<sup>297</sup> do Ministério Público Estadual (**Ref. 2820326-3 a 2820326-7**), de **21 de junho de 2022**.

Um pronunciamento da PGE, de **18 de julho de 2022**, todavia, opinou em sentido da inexistência de óbice legal (**Ref. 2836544**) à publicação do extrato do contrato e ao prosseguimento da contratação, analisando apenas a cronologia dos atos e a data do recebimento da medida cautelar determinada pelo TCE, **sem abordar as diversas questões legais postas**.

O rol de considerações feitas pelo Ministério Público do Estado para ancorar a Recomendação n. 04/2022 foi preciso e extenso, abordando aspectos relevantes, entre os quais estão:

[...] que compete ao Ministério Público velar pelos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, em especial, no caso concreto, os da legalidade, da transparência, e da ampla competitividade;

que o transporte de passageiros por ônibus na região metropolitana do Estado da Bahia é serviço público estadual, que deve ser prestado diretamente ou sob o regime de concessão serviço público;

que a Lei n.º 8.987/1995, Lei Geral das Concessões de Serviço Público, conceitua a concessão de serviços públicos, no seu art. 2.º, II, como “*a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*” (grifos nossos);

que no âmbito do Estado da Bahia, a Lei n.º 9.433/2005 também estabelece no seu art. 25 que “*entende-se por concessão de serviço público o contrato administrativo, precedido de licitação, na modalidade de concorrência, pelo qual a Administração delega, por prazo determinado, a pessoa jurídica pública ou privada, ou a consórcio de empresas a organização e o funcionamento de um serviço público, reservando-se a tarefa de fiscalização, controle e regulamentação, respeitado sempre o equilíbrio econômico-financeiro*” (grifos nosso); [...]

---

297 A recomendação dirigida ao Secretário de Infraestrutura foi explícita no sentido de que “determine a imediata suspensão do processo licitatório Pregão Eletrônico n.º 04/2022, diante dos fortes indicadores de violação da legalidade e do princípio da ampla competitividade, em razão da escolha da modalidade licitatória”.

que a Resolução no seu art. 2.º considera o contrato para exploração do serviço de implantação e operação de linhas rodoviárias metropolitanas como contrato de concessão, ao prever que “*os veículos tipo urbano com propulsão elétrica serão de propriedade do Estado da Bahia e disponibilizados para as empresas operadoras das linhas como bens de concessão de uso, reversíveis, através de contratos de concessão a serem celebrados com a AGERBA após a devida licitação*” (grifos nossos);

que o art. 3.º da referida Resolução determina que “*a empresa operadora de cada linha será selecionada através de licitação, modalidade Concorrência Pública, para um período de 05 (cinco) anos, com a concessionária sendo remunerada através da quilometragem percorrida efetivamente na operação da linha multiplicada pelo custo quilométrico do veículo movido a tração elétrica*”; [...]

que a natureza de concessão de serviço público do referido contrato é reconhecida pela própria AGERBA que na referida Resolução se reporta diversas vezes à “**concessionária da linha**”;

que contrariando a legislação vigente, bem como os termos da Resolução n.º 11/2022, ato administrativo normativo, a AGERBA publicou o Edital de Licitação – Pregão Eletrônico n.º 004/2022, tendo como objeto “*contratação de empresa especializada na prestação de serviços para realização de testes operacionais, incluindo implantação e operação de transporte coletivo público intermunicipal, com matriz energética (ônibus movidos a eletricidade), no âmbito da região Metropolitana de Salvador/BA*”;

que a modalidade de licitação eleita não se coaduna com o objeto licitado, que envolve a “**implantação e operação de transporte coletivo público intermunicipal**”, ferindo os termos da Lei n.º 8.987/1995, da Lei Estadual n.º 9.433/2005, bem como o quanto determina a Resolução AGERBA/n.º 11/2022, que reconhece expressamente a natureza de concessão de serviço público do contrato (art. 2.º); [...]

que a escolha da modalidade “pregão eletrônico”, além de ilegal, viola no presente caso o princípio da ampla competitividade, uma vez que apesar da complexidade exigida para a prestação do serviço público, com a necessidade de apresentação de Plano de Trabalho, os possíveis interessados terão somente o prazo de 8 (oito) dias úteis para apresentação das propostas, estando a sessão pública designada para o próximo dia 29 de junho, após feriado prolongado de São João, com ponto facultativo decretado pelo Estado, no dia 23, véspera do feriado;

que a violação da ampla competitividade é capaz de gerar prejuízos ao erário, uma vez que a redução do número de interessados diminui significativamente a possibilidade de maior vantajosidade das propostas apresentadas [...] (negritos do original).

O pregão eletrônico não é a modalidade legalmente determinada para a licitação da concessão de serviço público, assim como não é adequada para



um objeto que não seja simples e comum. As linhas criadas são de serviço público e o objeto não tem absolutamente nada de ordinário.

A esta inadequação direta soma-se a redução da competitividade, em desobediência de um dos princípios norteadores das licitações públicas (ampla concorrência), confirmada pelo fato de somente um interessado ter participado do pregão.

Ao não atender ao princípio da ampla concorrência, também por consequência se deixa de atender ao princípio da vantajosidade, cujo alcance é praticamente inviável quando ocorre ao certame apenas uma empresa. Outro não é o sentido do art. 107 da Lei n. 9.433/2005, negligenciado no presente processo administrativo, que exige prova antes da homologação de que o valor ofertado por um único interessado é o de mercado.

Não há como se sustentar a validade do processo de licitação ou do contrato assinado em virtude da insuperável ilegalidade derivada da escolha da modalidade do pregão eletrônico.

### 5.3 A VIOLAÇÃO DE DIVERSOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A análise do caso já aponta a violação do princípio regente do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade, que, para a Administração Pública, apresenta-se na forma de legalidade estrita. A inobservância de dispositivos explícitos e objetivos da Lei de Concessões Públicas (Lei n. 8.987/1995), da Lei de Pregão Eletrônico (Lei n. 10.520/2002) e da própria da Lei Estadual de Licitações e Contratos (Lei n. 9.433/2005) já seria suficiente para impor a nulidade do processo licitatório e impedir que produza efeitos prejudiciais ao Erário.

Outros princípios constitucionais do Direito Administrativo brasileiro também foram violados, entre os quais estão os princípios da finalidade, da razoabilidade, da motivação, da segurança jurídica, da proporcionalidade, da eficiência e da boa administração, do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa. Em representação de todos os administrativistas, analisemos tais princípios à luz do magistério do professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

O princípio da **boa administração**, que tem elo direto ou contém o **princípio da eficiência**, inscrito no caput do art. 37 da Carta Magna, deve ser compreendido circunscrito ao território da legalidade estrita, como ensina o professor emérito de direito administrativo da PUC-SP: “Advirta-se que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência” (MELLO, 2016, p. 126). Celso Antônio ex-

plica o princípio da boa administração como “*princípio mais amplo*” já tratado pelo direito italiano de desenvolver as atividades administrativas, nas palavras de Guido Falzone, “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto” (MELLO, 2016, p. 126), que se apresenta, ainda nas palavras do mestre italiano, “não simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico” (MELLO, 2016, p. 126). Por fim, citando monografia de Juarez Freitas (2009), conclui também pelo “caráter vinculante do direito fundamental à boa administração”.

O princípio da boa administração, que inclui o da eficiência, não se coaduna com licitações e contratações públicas procedimentais contra expresso texto de lei, violando reservas legais de modalidade (concorrência pública) e objeto (concessão de serviço público), controvertendo sua própria resolução (Agerba n. 11/2022), ignorando posicionamentos pela ilegalidade internos (da própria PGE) e externos (dos denunciantes, do MPE, da Justiça Comum e do TCE).

Conduta assim revela-se ofensiva ao **princípio da segurança jurídica**, aquele que Celso Antônio classifica como “da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo” (MELLO, 2016, p. 127) e define “se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais do Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles” (MELLO, 2016, p. 128), correlacionando com a condição humana:

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.

Bem por isto, o Direito, conquanto seja, como tudo o mais, uma constante mutação, para ajustar-se a novas realidades e para melhor satisfazer interesses públicos, manifesta e sempre manifestou, em épocas de normalidade, um compreensível empenho em efetuar suas inovações causando o menor trauma possível, a menor comoção, às relações jurídicas passadas que se perlongaram no tempo ou que dependem da superveniência de eventos futuros previstos” (MELLO, 2016, p. 128).

É o mesmo princípio da segurança jurídica que determina aos Tribunais do Poder Judiciário, conforme regra do CPC (arts. 926 e 927), “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” e que deve vedar à Administração Pública a celebração de contratos administrativos que ofereçam reais e significativos riscos de serem anulados por ilegalidade e ainda gerando prejuízos aos cofres públicos.

No caso dos autos, a incidência do princípio repele a realização de uma licitação, a instrumentalização e o início da execução de um contrato que se revela eivado pelos mais diversos vícios, capaz de impor ao Estado da Bahia, aos gestores públicos e ao próprio Erário estadual consequências nefastas, seja de ordem legal, seja financeira. No cenário descrito e analisado, como se justificar o prosseguimento da contratação ou o início da execução do objeto do contrato sem atentar contra o princípio da segurança jurídica?

Com relação ao **princípio da motivação**, ele é outro cuja incidência é atraída pelo caso dos autos, pois, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 115):

Implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

O professor assevera ser “imprescindível uma motivação detalhada” quando “a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa” (MELLO, 2016, p. 115), mencionando como exemplos “na tomada de decisões em procedimentos nos quais exista uma situação contenciosa, como no chamado processo administrativo disciplinar. Idem em certos procedimentos em que vários interessados concorrem a um mesmo objeto, como nas licitações” (MELLO, 2016, p. 115). O professor emérito extrai a relação do princípio da motivação prévia e apropriada com a própria democracia:

É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do «porquê» das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.

Por isso Ramón Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática - e outra não se concebe em um Estado que se declara “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput*) -, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.

De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato. É que, se fosse dado ao Poder Público aduzi-los apenas serodidamente, depois de impugnada a conduta em juízo, poderia fabricar razões *ad hoc*, “construir motivos que jamais ou dificilmente se saberia se eram realmente existentes e/ou se foram deveras sopesados à época em que se expediu o ato questionado”.

Assim, atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada (MELLO, 2016, p. 116).

A Agerba, nem mesmo quando confrontada, dentro (pela PGE e pelos denunciante) e fora (pelo MPE, pela Justiça Comum e pelo TCE) do processo licitatório, acerca da flagrante ilegalidade dos atos praticados, fundamentou seus atos comissivos e omissivos, respondeu ao mérito dos questionamentos, limitando-se a suscitar, perante a Justiça e o TCE, quando não há alegações frágeis ou infundadas (que objeto seria simples, compatível com pregão eletrônico, que a prestação seria de serviços comuns em lugar de concessão de serviços públicos, que estariam sendo contratados testes, prorrogáveis por 5 anos etc.), argumentos metajurídicos como eventuais riscos econômicos pelo atraso no início da execução do contrato de “testes”, nenhum desses efeitos dissociados de mau planejamento do próprio poder concedente.

Não se identifica o atendimento ao princípio da motivação; pelo contrário, a ausência de efetivo enfrentamento das questões trazidas pela PGE, em seu primeiro pronunciamento, pelas denunciante, pelo MPE, pelo Poder Judiciário e pelo TCE, como adverte Celso Antônio, compromete também a atuação com os princípios da finalidade e da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por conta do **princípio da proporcionalidade**, vincula o Poder Público à persecução do interesse público legítimo, primário ou secundário, razão própria da existência de uma gestão para a *res publica*, pois, como leciona Bandeira de Mello (2016, p. 113):

Este princípio enuncia a ideia - singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.

A inobservância da proporcionalidade enseja nulidade, pois como lembra Mello (2016, p. 113):

Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam [...] Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado.

Citando Canotilho, a obra decompõe o princípio da proporcionalidade, correlacionando com a razoabilidade e declinando sua matriz constitucional:

Costuma-se decompor o princípio da proporcionalidade em três elementos a serem observados nos casos concretos: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Conforme expressões de Canotilho, a adequação “impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”; o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível” e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito é “entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.

Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. O conteúdo substancial desta, como visto, não predica a mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei, mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que a anima. Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 59, II, e 84, IV. O fato de se ter que buscá-lo pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, pois tudo aquilo que se encontra implicado em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele. Disse Black que tanto faz parte da lei o que nela se encontra explícito quanto o que nela implicitamente se contém (MELLO, 2016, p. 114-115).

A toda evidência que a licitação e a contratação estão servindo como instrumento para delegar um serviço público por 5 anos, sem um contrato de concessão, selecionando o contratado por meio de um pregão eletrônico, como se a hipótese fosse de serviço comum. A flagrante ilegalidade haveria de ser superada pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário para evitar gastos com a manutenção dos veículos elétricos ou sua degradação, ou mesmo o retardamento na prestação do serviço público à comunidade.

Não se explica por que o Poder Público Estadual, se não vai prestar o serviço diretamente, adquiriu ônibus elétricos, muito menos por que se planejou a aquisição de tais ônibus faz tanto tempo e, repentinamente, eles precisam ser entregues a uma empresa privada selecionada por rito sumário e inadequado. Tudo isso para operar linhas de ônibus que, rigorosamente, circulam quase exclusivamente dentro da Cidade do Salvador (95,5% do trajeto), concorrendo com outro modal de transporte (o BRT) já previsto para circular nas mesmas vias, que é objeto de um contrato de concessão, já em vigor, do Município do Salvador.

Na Administração Pública, os fins não justificam os meios, mas neste caso não se vislumbram nem mesmo possíveis fins que justifiquem tais meios. A ofensa ao princípio da proporcionalidade é tão evidente quanto a ilegalidade.

O **princípio da razoabilidade** orienta a Administração Pública que, ainda quando não tiver sua conduta previamente traçada pela lei, “ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida” (MELLO, 2016, p. 111), sob pena de comprometimento da validade e legalidade dos atos praticados:

Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente inválidas -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento as finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excêntricas ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como *critério exegético*

*de uma lei* que esta sufrague as providências *insensatas* que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente conduta desarrazoada, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito. [...]

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.

**14.** Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados) (MELLO, 2016, p. 111-112).

Nem mesmo no âmbito dos atos discricionários há liberdade para o gestor afastar-se da razoabilidade; que se dirá, como na hipótese, quando o irrazoável afronta também a legalidade estrita?

O **princípio da finalidade**, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 109), subjeta à Administração “ao dever de alvejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a ela”. Explica, citando Afonso Queiró, que “o fim da lei é o mesmo que o seu espírito e o espírito da lei faz parte da lei mesma” (MELLO, 2016, p. 109). E Magalhães Colaço: “O espírito da lei, o fim da lei, forma com o seu texto um todo harmônico e indestrutível, e a tal ponto, que nunca poderemos estar seguros do alcance da norma, se não interpretarmos o texto da lei de acordo com o espírito da lei” (MELLO, 2016, p. 109). Com suas próprias palavras, esclarece “o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais do que isso: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal e qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em razão da qual foi editada” (MELLO, 2016, p. 109).

As linhas, ainda que estivessem na competência legal e territorial do Estado da Bahia, integram um serviço público cuja delegação, por imposição legal, deve ser efetivada mediante contrato de concessão. O serviço público não é simples nem comum, não pode ser objeto de pregão eletrônico. O Estado da Bahia não prestará diretamente os serviços públicos; ao revés, cederá bens públicos afetados pelo serviço à empresa particular. A falta de competitividade apontada pelo Ministério Público em sua recomendação se confirmou com o aparecimento de apenas um interessado que, se iniciar a prestação dos serviços, atuará além dos expressos limites de seu objeto social. A criação das linhas, além de invadir a competência do município, viola compromissos do Estado da Bahia com o sistema de transporte da região metropolitana. A precipitada e prematura contratação de empresa privada para a prestação deste serviço público em concorrência predatória e ilegal

com o STCO gerará prejuízos ao sistema municipal, ao usuário dos transportes e, ao final, aos próprios cofres estaduais, que terão que arcar com os custos da invalidade do contrato.

Estes não são todos os pontos dos quais se extraem irregularidades e ilegalidades, mas são muito mais do que suficientes para colocar em questão a violação do princípio da finalidade. Como é possível atender ao princípio da finalidade nessas condições?

Outros princípios não preservados, os do **devido processo legal**, do **contraditório** e da **ampla defesa**, também conflitam com o procedimento administrativo sob exame. O **devido processo legal** foi inobservado quando o aodamento procedimental da Agerba para concluir a licitação antes da suspensão cautelar pelo TCE eliminou o prazo para a apresentação de recursos pelos interessados no pregão eletrônico. A supressão do prazo recursal se traduz em violação da **ampla defesa** e do **contraditório**.

Os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal também deixaram de ser observados quando a impugnação feita pelos denunciante no processo licitatório deixou de ser examinada sob o falso pretexto de ser intempestiva. Aliás, ainda que fosse, o princípio da autotutela determinaria a avaliação das questões trazidas, inclusive por tratarem de temas de ordem pública, cujo conhecimento pela Administração Pública deve ser de ofício.

O princípio do devido processo legal ainda foi negligenciado pela inobservância do art. 107 da Lei n. 9.433/2005 – Lei Estadual de Licitações e Contratos Administrativos – e de sua exigência de comprovação nos autos de que o preço proposto é compatível com o de mercado antes da homologação de qualquer licitação à qual acudir apenas um interessado:

Art. 107 - Quando à licitação acudir apenas um interessado, poderá ser homologada a licitação e com este celebrado o contrato, desde que esteja comprovado nos autos que o preço proposto é compatível com o de mercado e sejam satisfeitas todas as exigências legais e regulamentares, bem como as especificações do ato convocatório.

A prova exigida pela própria lei estadual não foi efetivada.

#### 5.4 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS ATOS, A LICITAÇÃO E A CONTRATAÇÃO, E A LEGISLAÇÃO E OS PRINCÍPIOS

O absoluto descaso diante de graves imputações de ilegalidade, com consequências de longo prazo e vultosos efeitos, ratifica os pontos anteriores acerca do desatendimento dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da motivação, malferindo direta e indiretamente os princípios da finalidade, da segurança jurídica, da eficiência e da boa administração.



Da aplicação ao caso concreto de todos estes princípios discorridos no tópico anterior, é de se concluir que o gestor público, ao administrar bens, direitos e interesses da coletividade, deve agir não apenas em obediência à legalidade estrita, mas também com técnica, competência, racionalidade e eficiência, realizando o que se poderia definir como uma gestão de qualidade, incompatível com condutas imprudentes. O Estado é avesso ao risco, e sua gestão, alérgica a aventuras.

A conduta da gestão pública na hipótese, todavia, é o oposto do que deveria ser, como revela uma leitura detalhada dos autos da denúncia e dos fatos nela narrados, concluindo-se que a conduta da Agerba não segue os princípios nem a prudência, marcas da boa administração.

Os pareceres (inicial e subsequente) da PGE, devido à natureza de opinativo técnico, não são excludentes um do outro. Não há substituição, pois ambos permanecem válidos e eficazes em suas fundamentações e conclusões, servindo como balizamento para a decisão da gestão competente para a prática do ato. Ao gestor cabe deliberar, servindo o parecer para subsidiar a decisão em aspectos jurídicos, mas não para a determinar, sob pena de usurpação. Assim, há o entendimento de que o alinhamento do ato praticado com parecer jurídico técnico afasta dolo e culpa do gestor na decisão tomada, sem que isso implique modificação da competência (e responsabilidade) pela prática do ato.

A importância dessa consideração é ressaltar a ausência deliberada de prudência e boas práticas administrativas na condução da contratação, circunstância que se revelará recorrente e capaz, ao final, de recomendar o apontamento de vício na condução do processo.

Não pode ser considerada prudente a conduta do gestor que, diante de um parecer contrário da Assessoria Técnica, de questionamentos (**Ref. 2819598**) lançados ao edital (não respondidos por falsa e inócua alegação de intempestividade<sup>298</sup>) e, ainda, da Recomendação n. 04/2022 do Ministério Público Estadual, todas no mesmo sentido (contrário à escolha da modalida-

---

298 Como se verifica do documento (Ref. 2819598-1) a impugnação com pedido de esclarecimento do edital foi protocolada no dia **21 de junho de 2022**, terça-feira. É de 3 (três) dias úteis anteriores à data fixada para a realização da sessão pública do pregão o prazo para impugnação (Item 57 do Rito do Procedimento Licitatório e da Contratação relativa ao Pregão Eletrônico na Parte Fixa do edital da AGERBA Ref. 2819596-49) e pedido de esclarecimentos (Item 58 do Rito do Procedimento Licitatório e da Contratação relativa ao Pregão Eletrônico na Parte Fixa do edital da AGERBA Ref. 2819596-49). A abertura da licitação estava marcada para **29/06/2022**, quarta-feira e foi adiada para o dia **11/07/22**, segunda-feira. Em qualquer hipótese, a impugnação/pedido de esclarecimentos foi tempestiva. O pregoeiro deveria se manifestar em dois dias úteis (itens. 57.1 e 58.1 do Rito do Procedimento Licitatório e da Contratação relativa ao Pregão Eletrônico na Parte Fixa do edital da AGERBA Ref. 2819596-49), mas não observou sua obrigação procedimental com base no argumento da intempestividade insustentável no plano prático, nem sua obrigação legal de corrigir a irregularidade derivada do princípio da autotutela.

de), segue no procedimento assumindo o risco da ilegalidade. Nesse caso, o alinhamento com um único parecer não parece ser suficiente para afastar a responsabilidade, notadamente quando em cotejo com outras condutas mais graves.

Com efeito, da narrativa documentada nos autos é possível verificar também que a denunciada não cumpriu a decisão judicial exarada pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública (**Ref. 2823960**), prosseguindo com o processo em descumprimento da ordem judicial, ilícito que a posterior atribuição de efeito suspensivo pela Presidência do Tribunal de Justiça não afasta, inclusive porque, como cediço, o objeto de apreciação do pedido de suspensão dirigido ao Presidente do Tribunal de Justiça é outro totalmente diverso, tanto que muitos doutrinadores classificam como julgamento político, e não jurídico.

De fato, a leitura da decisão da Presidência do TJ-BA (**Ref. 2829999**) revela que a fundamentação da concessão foi a “iminência de grave lesão à economia e à ordem pública”, em face da “plausibilidade do direito invocado” analisado em “cognição superficial”. Devido ao seu objeto, sua justificativa e seu regramento normativo, na apreciação do pedido de suspensão (**Ref. 2829998**), são analisados outros requisitos distintos do julgamento jurídico de mérito da decisão judicial contra a qual é ajuizado. Não se trata de recurso buscando a reforma por *error in iudicando*, papel do agravo de instrumento (Processo n. 8027598-06.2022.8.06.0000 – **Ref. 2829997**) interposto pela Agerba **sem êxito** na obtenção do efeito suspensivo, como se infere da decisão do Desembargador Relator (**Ref. 2831753**).

Ao apreciar o pedido de suspensão, portanto, o Presidente do Tribunal não aprecia a correção da decisão cuja suspensão se pretende, nem seus fundamentos jurídicos ou sua conclusão, razão pela qual a apreciação jurídica da controvérsia pelo Juízo se mantém hígida e a força de seus argumentos e dispositivo é inalterada. Não é decisão para ser desprezada quanto às conclusões jurídicas, notadamente quando tendo por objeto a inobservância da legalidade estrita.

Tal conduta não condiz com a legalidade, nem o respeito ao Estado Democrático de Direito. O Estado jamais pode impor à força suas próprias razões, notadamente contra a lei que norteia e limita sua ação. A decisão do Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública explicitou fundamentação vinculada à legalidade:

No caso em tela, a relevância da fundamentação se manifesta através da incompatibilidade entre a modalidade da licitação (pregão eletrônico) e o objeto do certame (concessão de serviço público).

Isto porque o ordenamento jurídico pátrio estabelece que as concessões de serviço público se constituíram através de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, conforme dispõe o art. 2º, II, da Lei Geral das Concessões de Serviço Público: [...]

No mesmo sentido, a Lei estadual n. 9.433/2005 assevera, em seu art. 25, que a concessão de serviço público precede de licitação pela modalidade concorrência.

Por conseguinte, é inapropriada a utilização da modalidade pregão no presente caso, uma vez que o objeto da licitação consiste na delegação do serviço de implantação e operação de transporte público intermunicipal. Ademais, o pregão é modalidade caracterizada por sua simplicidade, destinado a aquisição de bens e serviços comuns.

Ressalta-se que o Ministério Público, através da Promotoria de Justiça e Proteção da Moralidade Administrativa e do Patrimônio Público, exarou a Recomendação n. 04/2022 na qual orienta pela suspensão do processo licitatório Pregão Eletrônico n. 04/2022 diante dos indicadores de violação da legalidade e ampla competitividade (ID 209569931) (**Ref. 2823960-3**)

Não é possível, notadamente quando lançados na apreciação jurisdicional de mandado de segurança (**Ref. 28224248**), cuja origem e justificativa é a proteção do cidadão contra atos arbitrários de autoridade violadores da lei, ignorar argumentos jurídicos como esse. Não impunemente.

Não foi apenas essa vez. Procedeu da mesma maneira com a decisão cautelar do Tribunal de Contas do Estado, que, determinando a suspensão do processo licitatório, após ter solicitado em 30/06/22 a manifestação da Agerba sobre a denúncia (**Ref. 2823931**), deparou-se com a notícia de que o contato já havia sido adjudicado. Com efeito, a Conselheira Relatora dessa denúncia, antes de analisar o pedido de cautelar, proferiu despacho determinando encaminhamento dos autos à Agerba para a apresentação de “justificativas ou esclarecimentos sobre as alegações contidas na denúncia e acerca do pedido cautelar”.

Nesse minucioso pronunciamento, após apresentar síntese de todos os fundamentos da denúncia, reproduzir os pedidos dos denunciantes, elencar a toda a documentação acostada, incluindo a Recomendação n. 04/2022 do MPE, referir a competência para a concessão de medida cautelar, a Exma. Cons. Relatora foi explícita quanto à importância da manifestação da Agerba para a análise:

Observo que as referidas oitivas podem contribuir para a compreensão dos julgadores acerca da efetiva presença dos elementos que justificariam a concessão da medida cautelar requerida, notadamente “a relevância dos fundamentos a respeito da irregularidade” e “a ameaça de grave dano de difícil e incerta reparação ou o risco de ineficácia da ação de controle ou de decisão do Tribunal de Contas” (art. 3.º, *caput*, da Resolução n.º 162/2015 deste TCE/BA). Ademais, a apresentação de mais elementos acerca do procedimento licitatório por parte da Denunciada e das próprias Denunciantes permitirá a este TCE/BA que considere de forma mais adequada “as consequências práticas” da eventual concessão da medida cautelar re-

querida, nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

A Direção Executiva da Agerba, todavia, manifesta-se nos autos (**Ref. 2829996**) admitindo o recebimento da Recomendação n. 04/22 do MPE (**Ref. 2829996-1**), informando “que a matéria está sob exclusivo comando do Governo do Estado da Bahia, por via da Seinfra”, noticiando a impetração de Mandado de Segurança pelas denunciante na 7ª Vara da Fazenda Pública, a obtenção de liminar e sua posterior suspensão pela Presidência do Tribunal de Justiça da Bahia. Acrescenta ainda que as petições da PGE justificariam a “experimentação de iniciativa do Governo do Estado”, ressaltando, ao fim, seu entendimento de que, estando a matéria *sub judice*, não comportaria mais “qualquer decisão administrativa isolada dos autos judiciais” (**Ref. 2829996-3**).

A lacônica manifestação deixou de atender à determinação da Cons. Relatora. Não apresentou justificativa nem explicação; ao revés, redirecionou a responsabilidade dos atos para a Seinfra, sem, contudo, evitar o açodamento do processo administrativo para sua conclusão antes do deferimento da cautelar, agindo, mais uma vez, com assombrosa imprudência.

A Exma. Conselheira Relatora, diante das alegações e documentos, concede a medida cautelar para suspender **todo o processo licitatório**:

Portanto, em **análise sumária**, reconheço a presença das condições para **conhecimento da Denúncia/Representação**, à luz dos arts. 31 e 32 da Lei Complementar n.º 005/1991 e do art. 204, *caput*, da Lei Estadual n.º 9.433/2005, e o preenchimento dos **requisitos para a concessão da medida cautelar** requerida, com fundamento no art. 3.º da Resolução n.º 162/2015.

Desse modo, **defiro o pedido de medida cautelar para determinar a imediata suspensão do processo licitatório do Pregão Eletrônico da AGERBA n.º 004/2022**.

Na fundamentação explicitou as razões para a concessão da cautelar:

Em relação à **plausibilidade jurídica/verossimilhança fática**, em análise sumária, vislumbro a sua presença nestes autos, uma vez que, como se extrai da cópia da petição inicial da Ação Civil Pública n. 8097911-86.2022.8.05.0001 proposta pelo MPE-BA (Ref. 2831754), “[e]mbora a adoção do Pregão Eletrônico tenha se transmutado em uma tendência na administração pública menos formalista e mais célere, tal modalidade é destinada a aquisição de **bens e serviços ditos comuns**”:

**O objeto da licitação não poderá ser avaliado com ‘padrões usuais do mercado’**, uma vez que o Termo de Referência que acompanha o edi-

tal determina que ‘a Concessionaria deverá apresentar, como parte integrante e indispensável do seu Plano de Trabalho um Plano Operacional detalhando como desenvolverá as suas ações imprescindíveis de operação e de manutenção que deverão ser efetuadas pela empresa para operar a gestão da frota e da programação operacional programada assim como os serviços de manutenção preventiva e corretiva específicos dos veículos elétricos’.

[...] o ‘serviço’ pretendido pelo Pregão Eletrônico n.º 004/2022 configura um **serviço complexo, especializado, de natureza contínua e de caráter essencial e, por essas razões, a modalidade licitatória informada no Edital afigura-se completamente inadequada à contratação do objeto** (grifos nossos).

Quanto ao **perigo da demora**, a princípio, também vislumbro a sua configuração nos presentes autos, uma vez que, como visto, uma empresa já foi declarada vencedora do certame e, caso não seja concedida a medida cautelar requerida, como também apontado pelo MPE-BA na referida petição (Ref. 2831754), “a AGERBA/SEINFRA seguirá com o processo, efetivando a contratação [e] consolidando situação de difícil retorno ao *status quo ante*”.

A motivação lançada na decisão pela Relatora deveria levar a gestão pública à reflexão.

O pronunciamento do Ministério Público do Tribunal de Contas nesta denúncia segue no mesmo tom destoante das escolhas adotadas pela Administração Pública estadual, apontando a falta de consistência e coerência dos argumentos:

O próprio Estado trata essa contratação como uma espécie de projeto piloto, o que para mim já parece uma contradição com a natureza comum dos serviços e bens que se pretende obter, através de licitações na modalidade Pregão.

Vejam, os senhores, que se fosse um serviço de fato comum, usual, não especializado, não seria necessário se contratar um projeto piloto, fazer testes em relação àquilo que, efetivamente, vai ser contratado. É diferente se contratar um serviço de pintura, ou se contratar a aquisição de materiais de almoxarifado, esse sim, bens de prateleira, serviços absolutamente comuns e de fácil descrição. E isso sem contar as demais normas que gravitam em derredor desse tipo de serviço a ser contratado e que impõe, também, a utilização da modalidade de Concorrência Pública.

O MPTC denota que as regras acerca das modalidades não atendem a aspectos meramente formais, visam seguir procedimentos vinculados à finalidade da licitação:

Quando a gente fala aqui em modalidades de licitação, nós não estamos falando apenas de formalismos, ou de procedimentos vãos. Vejam os senhores que a legislação brasileira estabelece modalidades, procedimentos licitatórios diversos, que se aplicam a depender justamente da natureza do bem ou serviço que se pretende contratar. Evidentemente que a complexidade do objeto a ser contratado, impõe um procedimento também mais complexo, mais demorado, mas não uma demora pura e simples; não uma demora irrazoável; uma demora necessária para que os interessados possam se preparar para, adequadamente, participar daquele certame e aí sim garantir à Administração a seleção da proposta mais vantajosa; garantir a isonomia a todos aqueles que tenham condição e pretendem participar do certame, trazendo, assim, um maior benefício para o Estado.

Os argumentos do MPTC também não dissuadiram os gestores.

## 5.5 A MANIFESTAÇÃO TARDIA DA AGERBA E SUA INCONSISTÊNCIA

Diante de todas essas questões, é preciso avaliar o posicionamento adotado pela Agerba ao tentar explicar, justificar e superar os obstáculos legais e principiológicos levantados contra a licitação e o contrato.

Intimada para prestar informações antes da concessão da cautelar, a Agerba não enfrentou os questionamentos. Antes da medida cautelar deferida por decisão monocrática da relatora ser submetida à confirmação pelo Plenário do TCE, a Agerba manifestou-se extemporaneamente nos autos (**Ref. 2836542**), alegando inicialmente que as notificações que recebeu do deferimento da cautelar seriam intempestivas, argumentando que o processo de licitação já teria sido concluído com lépida cronologia: em **12/07/22**: **a)** despacho e relatório final do julgamento do pregão eletrônico; **b)** deliberação da Diretoria registrada em Ata Extraordinária n.º 22/2022 (**Ref. 2836544-10**) homologando o julgamento e determinando a adjudicação; e em **14/07/22**: **a)** Publicação do Diário Oficial do Resultado da Licitação; **b)** Despacho da Diretoria Executiva ordenando elaboração do contrato. Sustenta não ser possível arguir o descumprimento da medida cautelar (**Ref. 2836542-2**). Argumenta (**Ref. 2836542-3**) que a conclusão da licitação geraria “direito subjetivo do vencedor”, que “transpareceria” da decisão do Presidente do Tribunal de Justiça que cassou a liminar, embora a referida decisão nada mencione a este respeito e tenha objeto diverso. Conclui, com espeque em pronunciamento da Procuradoria do Estado, pela inexistência de óbice à publicação do resumo do contato e à sua assinatura.

A “**tempestividade**” da medida cautelar advém de sua natureza e do próprio teor da decisão. A Conselheira Relatora foi literal em suspender **todo o processo licitatório**:

Portanto, em **análise sumária**, reconheço a presença das condições para **conhecimento da Denúncia/Representação**, à luz dos arts. 31 e 32 da Lei Complementar n.º 005/1991 e do art. 204, *caput*, da Lei Estadual n.º 9.433/2005, e o preenchimento dos **requisitos para a concessão da medida cautelar** requerida, com fundamento no art. 3.º da Resolução n.º 162/2015.

Desse modo, **defiro o pedido de medida cautelar para determinar a imediata suspensão do processo licitatório do Pregão Eletrônico da AGERBA n.º 004/2022.**

A celebração do contrato administrativo é consequência do processo licitatório, seu antecedente necessário, o vício do último contamina o primeiro, assim como sua suspensão implica a impossibilidade de prosseguimento da contratação e da execução. Determinada a suspensão do processo licitatório, independentemente dos atos praticados nas fases interna e externa do certame, é evidente que o gestor público não está autorizado a prosseguir com atos de instrumentalização e execução do objeto do contrato administrativo, isso seria uma contradição em seus próprios termos.

Não é possível admitir como correto assinar um contrato administrativo oriundo de um processo de licitação suspenso liminarmente por uma medida cautelar vinda de um órgão de controle baseada, ainda que em cognição sumária, em consistentes elementos de ilicitude.

Ademais, aos Tribunais de Contas, segundo o artigo 71 da Constituição Federal (c/c art. 75), além de julgar as contas dos administradores e responsáveis por recursos públicos, compete: **a)** fiscalizar a aplicação de recursos públicos estaduais; **b)** aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei; **c)** assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; **d)** sustar, se não atendida, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Ao Tribunal de Contas do Estado da Bahia, por força do art. 91 da Constituição do Estado, cabe:

Art. 91 - Os Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios, dotados de autonomia administrativa e de independência funcional, são órgãos de auxílio do controle externo a cargo, respectivamente, da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais, competindo-lhes: [...]

VI - apreciar a legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade dos procedimentos licitatórios, contratos, convênios, ajustes ou termos, envolvendo concessões, cessões, doações e permissões de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado ou do Município, por qualquer de seus órgãos ou entidades da administração direta ou indireta; [...]

XIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa, irregularidade de contas ou descumprimento de suas decisões, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao vulto do dano causado ao Erário;

XIV - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências apontadas para o exato cumprimento da lei ou correção de irregularidades.

XV - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal, que solicitará, de imediato, as medidas cabíveis [...].

É princípio inerente ao Direito Administrativo que o plexo de competências do agente público inclui as atribuições e os poderes necessários para desincumbir-se da missão conferida pela lei, ou seja, para que cumpra os deveres do órgão e alcance a finalidade de sua existência.

Celso Antônio demonstra como o plexo de competências da Administração Pública se relaciona com a missão normativa de cada órgão, orienta-se pela finalidade e delimita-se pelo quanto necessário e suficiente para dar conta do cumprimento do dever:

Então, posto que as competências lhes são outorgadas única e exclusivamente para atender à *finalidade* em vista da qual foram instituídas, ou seja, para cumprir o interesse público que preside sua instituição, resulta que se lhes propõe uma situação de *dever*: o de prover àquele interesse.

Destarte, ditos poderes têm caráter meramente *instrumental*; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do dever de cumprir o interesse público, que é, a final, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos. O que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir. Como, para fazê-lo, é imprescindível que desfrute de poderes, estes são outorgados sob o signo assinalado. [...]

Segue que os poderes nela contidos, por definição, ficarão delimitados pelo *necessário* e *suficiente* ao cumprimento do escopo normativo, jamais podendo excedê-lo (MELLO, 2016, p. 147-148).

O Tribunal de Contas não poderia ter a atribuição de controlar a legalidade dos atos e dos gastos públicos, fiscalizar as licitações e contratações públicas, zelar pelo Erário, determinar prazos para cumprimento de providências ordenadas aos órgãos ou entidades para dar cumprimento à lei ou proceder correção de irregularidades, podendo ainda sustar atos impugna-



dos se não atendidos, sem ter o necessário poder geral de cautela para suspender, com eficácia plena, atos ilegais.

Devido às atribuições do Tribunal de Contas, é evidente que, para exercer o múnus atribuído pelo ordenamento, detém os poderes necessários para retirar a validade (anular) ou a eficácia (suspender os efeitos) de atos ou processos administrativos, quando necessário para impedir a prática de ilegalidades ou para evitar lesão aos cofres públicos, incluindo o de adotar, de ofício ou a requerimento, medida cautelar com objetivo de resguardar o resultado útil de sua atuação institucional e a defesa de sua competência constitucional, como posto na Resolução n. 162/2005 do TCE-BA, segundo a qual compete ao Tribunal as conceder para: **a)** sustar atos ou procedimentos administrativos eivados de ilegalidade (Art. 1.º, I); **b)** sustar atos convocatórios e atos de procedimentos licitatórios eivados de nulidade até a assinatura do contrato ou a entrega do bem ou serviço ou suspender os efeitos de contrato em curso (Art. 1.º, II); **c)** adotar qualquer outra medida indispensável à proteção do Erário, do patrimônio público ou da ordem jurídica, para evitar danos de difícil reparação ou assegurar eficácia de sua própria decisão (Art. 1.º, III).

O art. 2.º da Resolução n. 165/2015 do TCE responsabiliza pessoal e solidariamente pelos danos causados os agentes que deixarem de atender às determinações do TCE ou lhes causarem embaraço, prejuízo de outras providências, assim como todos aqueles que concorrerem direta ou indiretamente.

Quanto à **tramitação celerada**, ultrapassada a inusitada alegação de intempestividade de uma decisão cautelar do TCE, sobressai a indisfarçável pressa na tramitação da licitação enquanto a Conselheira Relatora analisava a cautelar. Intimada pelo TCE para o fazer, a Agerba não teve tempo para a elaboração de informações mais consistentes para colaborar com o julgamento liminar da cautelar, mas no mesmo dia 12 de julho foi capaz de proferir 5 (cinco) despachos consecutivos, às **9h46m**, da Gerência da Comissão Permanente de Licitação (**Ref. 2836544-5**); às **10h36m**, da Chefia de Gabinete (**Ref. 2836544-6**); às **11h45m**, da Secretaria de Gabinete (**Ref. 2836544-7**); às **11h53m**, da Diretora Geral do Departamento de Tarifas (**Ref. 2836544-8**), e às **14h40m**, do Diretor Geral do Departamento de Qualidade dos Serviços (**Ref. 2836544-9**), e elaborou o relatório final do julgamento do pregão eletrônico e ainda realizou uma reunião colegiada de sua diretoria com um único processo e objetivo: Pregão Eletrônico n. 004/2022 (**Ref. 2836544-10**). A ata não indica o horário da reunião.

Está urgência não atende à segurança, à qualidade e à eficiência da Administração Pública, considerando a ciência anterior a essas datas por parte da Agerba: **a)** da impugnação ao edital protocolada e do mandado de segurança impetrado pelos denunciantes; **b)** da Recomendação do Ministério Público Estadual; **c)** da liminar da 7ª Vara da Fazenda Pública e; **d)** do en-

caminhamento da notificação n.º 001621/2022 por ordem da Conselheira Relatora para que a agência se manifestasse sobre a denúncia, esta recebida em **01/07/2022 (Ref. 2826942-1 e Ref. 2824250-1)**.

Acerca da pretensa existência de **direito subjetivo do vencedor**, este não é passível de ingresso no patrimônio jurídico do administrado, pois ao Poder Público é facultada a revogação da licitação, por critérios de ordem administrativa ou razões de interesse público, assim como é determinada a anulação quando existir algum procedimento viciado, ferindo o princípio da legalidade, como quando é atacado algum dos princípios ou alguma das normas pertinentes à licitação.

Nesse caso, impõe-se a anulação da licitação, que deveria ser procedida pela própria Administração, mas, na sua omissão, há de ser determinada pelos órgãos de controle.

Uma **Nota Técnica** foi elaborada sobre o projeto-piloto da realização de transporte público por ônibus elétricos (**Ref. 2836545**), tendo por objetivo admitido relatar a um Procurador do Estado quais seriam os prejuízos acarretados pela suspensão do pregão eletrônico. A Diretoria de Planejamento Operacional expôs seus argumentos, cuja inconsistência ou incoerência se buscará demonstrar: **a)** alega que os ônibus teriam sido adquiridos pelo Estado da Bahia para avaliar a possibilidade da substituição dos ônibus a diesel do transporte metropolitano (440 carentes de renovação) pelos modelos elétricos, sem explicar, porém, por que tais ônibus não foram testados nas linhas metropolitanas já existentes (nas quais iriam operar), por que seriam utilizados em linhas totalmente novas, criadas em sobreposição às linhas já programadas do BRT, e o mais misterioso, por que este vultoso investimento não foi programado para ser feito pelas concessionárias que operam o sistema, porque é o Estado quem tem que comprar ônibus, quando o investimento na concessão deve ser da concessionária; **b)** afirma que a “experimentação inusitada não compromete nem prejudica as empresas que já operam na Região Metropolitana de Salvador”, sem explicar que este fato decorre exatamente das circunstâncias das linhas criadas serem concorrentes das linhas urbanas do Município do Salvador (do BRT), tornando sem propósito algum a “testagem” de ônibus elétricos metropolitanos nas linhas urbanas internas, até porque isso é incompatível com o alegado objetivo de obter os dados necessários para subsidiar os estudos técnicos da licitação de todo o sistema metropolitano; **c)** argumenta o risco do prejuízo nos investimentos de R\$ 44,7 milhões na aquisição de ônibus que poderiam ser agravados com custos de estoque e manutenção, sem explicar por que o Estado resolveu realizar, com recursos do Erário, investimento de tal monta em bens que, em regra, constituem exatamente o investimento dos concessionários, nem por que, sabendo das exigências legais para a licitação de serviços públicos, planejou o recebimento dos ônibus sem ter tempo hábil para fazer

procedimento na forma da lei, como se a falta de planejamento fosse capaz de justificar a ilegalidade; **d)** sustenta que os custos de guarda e manutenção (incluindo carregamento das baterias) deveriam ser suportados pela futura empresa operadora “por já ter toda a capacidade operacional e conhecimento técnico para realizar tais ações”, sem esclarecer como, tratando-se de uma tecnologia nova, é possível saber e planejar, partindo da premissa de que a empresa operadora teria toda essa capacidade, se antes da licitação nem sequer é possível definir quem viria a ser contratado, ou isso significaria que, desde o planejamento, já se sabia que empresa privada iria operar o sistema; **e)** apresenta os custos de instalação dos carregadores (menos de 1% do preço de aquisição dos ônibus) e de energia (menos de 0,1% da aquisição) como justificativa para a transferência açodada, sem explicar por que estes custos óbvios não fizeram parte do planejamento, mesma pergunta feita com relação ao treinamento em manutenção; **f)** alega o concurso de prejuízo social pelo impedimento dos usuários de usar os novos veículos, sem mencionar que as linhas metropolitanas não fazem integração direta com as linhas urbanas da Cidade do Salvador, fato que, considerando os trajetos das linhas serem 95,5% em Salvador, significa que os usuários de tais linhas ficaram “ilhados” em seus ônibus, somente podendo trocar de modal nas duas estações de metrô existentes, com evidente prejuízo para a sua mobilidade.

A Agerba já se manifestou também afirmando que, estando a matéria *sub judice*, não poderia ser proferida decisão administrativa desvinculada dos autos judiciais, como se alguma decisão judicial fosse capaz de imunizar o gestor público de todas as suas responsabilidades quanto aos atos de sua competência, notadamente em situação como a dos autos nas quais se somam pronunciamentos judiciais e dos órgãos de controle acerca da ilegalidade dos atos praticados e a decisão do Presidente do Tribunal de Justiça tem fundamentos totalmente inversos (não aprecia a ilegalidade objeto das decisões judiciais e administrativas e dos pronunciamentos do MPE e da Assessoria Jurídica).

Da Tribuna, a Agerba alegou até mesmo a perda de objeto da cautelar, buscando valer-se da teoria do fato consumado. É que, segundo alega, no Diário Oficial de 14 de julho de 2022 (**Ref. 2836286-2**) teria sido publicado o resultado do pregão eletrônico e sua homologação. O documento (**Ref. 2836286-1**) e a referida cópia do Diário Oficial registram que a pregoeira anuncia o resultado do Pregão e que o Diretor Executivo da Agerba homologou o resultado, **sem, contudo, ter havido publicidade da adjudicação** do objeto. Posteriormente, resumo do contrato teria sido publicado em 19 de julho de 2022 (**Ref. 2836287-1**).

De início, a simples comparação do teor da publicação do resultado de licitação da Agerba com outras publicações na mesma página do Diário Oficial (**Ref. 2836286-2**) comprova que, em outros casos, além do Resultado

da Licitação, também foram publicizadas a homologação e a adjudicação dos respectivos objetos, como se observa nitidamente na Concorrência n. 075/2022 Seinfra, na Tomada de Preços n. 074/2022 Seinfra, na Tomada de Preços n. 073/2022 Seinfra, na Concorrência n. 066/2022 Seinfra e na Concorrência n. 089/2022 Seinfra. Em todos esses casos o Diário informa o resultado da licitação e “HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO” do objeto, sempre com a prática do mesmo ato pelo agente público: “O Secretário de Infraestrutura, no uso de suas atribuições e com fundamento no Art. 106<sup>299</sup> da Lei Estadual 9.433/2005, homologa o resultado da supramencionada licitação e **adjudica** o objeto contratual em favor da empresa vencedora” (sublinhado e negrito acrescidos).

No caso da Agerba, após informar o resultado da licitação, a publicação não faz referência ao art. 106 da Lei n. 9.433/2005 e tem apenas um tópico: “HOMOLOGAÇÃO”. A publicação segue com texto diverso:

O Diretor Executivo da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA no uso de suas atribuições e com fundamento no art. 121, XVI, Lei Estadual 9.433/2005 e com base na ATA EXTRAORDINÁRIA N.º 22/2022, item 01, homologa o resultado do Pregão Eletrônico n.º 004/2022, para o objeto adjudicado supramencionado.

O artigo referido na publicação da Agerba, com a redação que tinha quando da publicação ocorrida em 14 de junho de 2022 (a redação do caput foi alterada pelo art. 1.º da Lei n. 14.272, de 22 de julho de 2022,<sup>300</sup> e o inciso XVI foi revogado sem substituição pelo art. 2.º do mesmo diploma), contém outro dispositivo normativo:

**Art. 121** – O pregão eletrônico atenderá às disposições constantes dos arts. 108 e 119, devendo ser observados, ainda, os procedimentos específicos constantes deste artigo: [...]

**XVI** - durante o transcurso da sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado que tenha sido apresentado pelos demais licitantes, vedada a identificação do detentor do lance [...].

299 “Art. 106 - Após classificadas as propostas e concluída a fase de habilitação, a autoridade superior competente examinará as vantagens da proposta vencedora, em relação aos objetivos de interesse público colimados pela licitação, homologará o procedimento licitatório e adjudicará o objeto contratual ao licitante vencedor, em despacho circunstanciado” (BAHIA, 2005).

300 A nova redação legal é: “Art. 121 - A realização de pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação observará os termos de regulamentação própria, atendidas, no que couber, as prescrições dos arts. 108 a 119 desta Lei”.

Ainda é devida a menção à inobservância do art. 107 da Lei n. 9.433/2005, em direta violação da lei do procedimento licitatório:

**Art. 107** - Quando à licitação acudir apenas um interessado, poderá ser homologada a licitação e com este celebrado o contrato, desde que esteja comprovado nos autos que o preço proposto é compatível com o de mercado e sejam satisfeitas todas as exigências legais e regulamentares, bem como as especificações do ato convocatório (BAHIA, 2005).

Nas datas em que, na narrativa da Agerba, ocorreram os despachos, o relatório final do julgamento do pregão eletrônico e deliberação da Diretoria registrada em Ata Extraordinária n.º 22/2022 (12/07/22) e a Publicação do Diário Oficial do Resultado da Licitação e o Despacho da Diretoria Executiva ordenando elaboração do contrato (14/07/22), ainda estava em curso o prazo para a apresentação de recursos de outros interessados, pois a sessão realizou-se em 11 de julho de 2022 e o prazo de 3 (*três*) dias úteis previstos no item 52.2 do Rito do Procedimento Licitatório e da Contratação relativa ao Pregão Eletrônico na Parte Fixa do edital da Agerba (Ref. 2819596-48 — ou seja, fls. 48 do documento de Referência 2819596-48, correspondente ao Edital Matriz Pregão eletrônico n. 004/2022 — Agerba) transcorria até o final do dia **14 de julho de 2022**.

Se poderia persistir alguma dúvida de que o processo foi acelerado para tentar evitar os efeitos de uma previsível medida cautelar do TCE, não resistiria ao atropelo dos prazos processuais. A Agerba já havia atropelado o procedimento legal, pois, apesar de ter ocorrido apenas um licitante, não verificou a compatibilidade do preço e não atendeu ao art. 107 da Lei n. 9.433/2005, mas dar seguimento e tentar concluir o processo de licitação desconsiderando os prazos recursais previstos no edital de licitação supera qualquer incerteza.

Há mais! A Agerba e o Estado da Bahia, vencidos na argumentação da teoria do fato consumado pela ratificação à unanimidade pelo Plenário do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, da Medida Cautelar concedida pela Conselheira Relatora no dia 19 de julho de 2022, terça-feira, presentes ao julgamento e cientes do teor da decisão,<sup>301</sup> continuaram sua programação ignorando a ordem de suspender o processo. No dia 21 de julho, dois dias depois da decisão, começaram os testes circulando com os veículos na cidade, no que prosseguiram nos dias seguintes, como revela o Informe Técnico n. 001/2022 — Copro, com registros e fotos (**Doc. 01 – Anexo**), atitude que

---

301 a) ratificação da Decisão Monocrática n.º 06/2022, que, em 14/07/2022, deferiu o pedido de medida cautelar para determinar a imediata suspensão do processo licitatório do Pregão Eletrônico da AGERBA n.º 004/2022, nos termos do art. 8.º, § 3.º, da Resolução n.º 162/2015 deste TCE/BA;

corroborar o absoluto descaso para com decisões contrárias aos interesses da gestão, interesses que não são primários nem secundários.

A propositura de Ação Civil Pública Declaratória de Nulidade pelo Ministério Público Estadual (Processo n. 8097911-86.2022.8.0001 — Ref. **2831754**), tendo por objeto a mesma irregularidade, e como pedido principal “**declarar a nulidade do procedimento licitatório n. 004/2022**, em face da violação do art. 2.º, II, da Lei n. 8.987/1995 c/c art. 25 da Lei n. 9.433/2005 e afronta ao parágrafo único do art. 1.º da Lei n. 10.520/2002 c/c art. 50, § 4.º, da Lei Estadual n. 9.433/2005, em face da inexistência de motivos para adoção do Pregão como modalidade licitatória” (Ref. **2831754-20**), é também pública e de conhecimento de todos (do Estado da Bahia, do TCE, da empresa vencedora da licitação), mas nenhuma evidência da ilegalidade flagrante parece capaz de deter este ímpeto de um trem desgovernado.

O fato simples e cru é que, após todas as opiniões e questionamentos em sentido diverso já referidos, incluindo a Recomendação Formal do MPE n. 04/2022 e uma liminar judicial, deferida em 28 de junho de 2022 pelo Juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública (Ref. **2833960**), determinando a suspensão do processo licitatório por violação da Lei Geral das Concessões de Serviço Público e da Lei Estadual de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Estadual n. 9.433/05), a Agerba, recebendo em 01/07/22 (Ref. **2826942-1**) a prudente intimação do Tribunal de Contas do Estado relativa à denúncia da mesma irregularidade, ao invés de responder adequadamente ao Tribunal de Contas e refrear a tramitação impugnada justamente pela inadequação da modalidade escolhida (de célere tramitação incompatível com o objeto da contratação), acelera o passo, atropela o procedimento, elimina recursos, dispensa requisitos legais (art. 107, Lei n. 9.433/05), adjudica e publica o contrato para alegar fato consumado e, pior, a perda de objetivo da cautelar. Nem a confirmação unânime da cautelar pelo Pleno do TCE nem o ajuizamento de Ação Civil Pública pelo MPE retêm ou promovem uma reflexão da Agerba ou do Estado da Bahia sobre os excessos, irregularidades e ilegalidades que estaria cometendo.

Com efeito, a direção executiva da Agerba se manifesta nos autos (Ref. **2829996**) admitindo o recebimento da Recomendação n. 04/22 do MPE (Ref. **2829996-1**), mas informando “que a matéria está sob exclusivo comando do Governo do estado da Bahia, por via da Seinfra”, como se tal declaração isentasse o gestor de quaisquer responsabilidades. Diversos são os equívocos na condução do processo licitatório no âmbito da Agerba, a inadequação de comportamento se repete neste processo perante o Tribunal de Contas.

Esta não é a conduta esperada (legalmente exigível) do gestor público quando atua perante o TCE, sujeito, além da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, também, no âmbito dos processos admi-

nistrativos, por aplicação supletiva e subsidiária do art. 15 do CPC, à observância dos princípios da boa-fé e lealdade processual (CPC, art. 5.º) e da cooperação (CPC, art. 6.º).

A competência constitucional do Tribunal de Contas, como visto, confere-lhe o dever de fiscalizar a legalidade formal e material das contratações com recursos públicos; essa competência não se esgota nas fases internas e externas da licitação, pois se protraí até a conclusão do contrato com a entrega do objeto. O Tribunal de Contas, como fez o TCU com relação às obras do Metrô de Salvador, pode determinar por medidas cautelares que afetem a execução de objetos já contratados. Essa competência não é desconhecida do Estado e tal poder não pode ser ignorado.

Assim, uma cautelar do Tribunal de Contas que suspenda o processo de licitação e contratação para, como é da essência das cautelares, preservar o resultado útil do processo, considerando-se que o resultado útil no âmbito do Tribunal de Contas é a verificação da legalidade do processo de seleção, da contratação e da execução do objeto contratado, prevalece em todas as fases da licitação e até depois delas. Adjudicação e contratação são etapas da licitação, assim como é a fixação do termo inicial da execução. Mesmo iniciada a entrega do objeto do contrato, o Tribunal de Contas pode suspender sua execução. Ignorar a cautelar é descumprir ordem cogente de autoridade competente.

O art. 70 do Regimento Interno do TCE/BA é textual:

Art. 70. O relator poderá submeter ao Tribunal Pleno medida cautelar **indispensável à proteção do erário ou do patrimônio público**, quando haja ameaça de grave dano de difícil e incerta reparação ou, ainda, **nos casos em que seja necessário garantir a eficácia de decisão do Tribunal de Contas** (BAHIA, 1992, grifos nossos).

De fato, se o TCE, na análise das hipóteses de sua competência, confere a cautelar por vislumbrar risco de ilegalidade e/ou dano ao erário, é evidente que, concedida e mantida a cautelar pelo TCE, o processo de licitação não pode prosseguir, muito menos ser concluído, tampouco o contrato ser assinado e a execução não pode ser iniciada.

Admitir a possibilidade sustentada pela Agerba na Tribuna é permitir que o Estado desobedeça impunemente às cautelares oriundas do TCE, esvaziando um poder que lhe foi conferido por lei. Isso não é possível.

O desrespeito à necessidade de contratualização do serviço público mediante concessão e a irregularidade da escolha da modalidade são flagrantes, até dispensariam maiores considerações, mas as circunstâncias dos fatos em derredor dos autos demandavam as considerações acima.

Difícil é compreender qual motivação anima tão evidente imprudência.

A integração do município ao processo, todavia, justifica-se por outras questões de ordem pública. Tais questões revelam que o equívoco na escolha da modalidade não é a única ilegalidade, nem a mais grave.

## 6 OBJETO ILÍCITO

O serviço público somente pode ser transferido por meio de concessão e concorrência pública, e a única modalidade legalmente admissível para a licitação é a concorrência pública. Essas, porém, não são as únicas ilegalidades do procedimento e dos atos praticados ou omitidos. O objeto é ilícito.

### 6.1 AS LINHAS NÃO SÃO METROPOLITANAS

A licitação **não** tem por objeto sequer uma linha metropolitana. Os projetos construídos pela Agerba violam a competência do Município do Salvador para regular e prestar o serviço de transporte urbano coletivo por ônibus da capital e interferem diretamente no STCO e no objeto dos contratos de concessão celebrados pelo Município do Salvador com suas concessionárias.

A descrição constante do Termo de Referência (Ref. 2819596-5) já anuncia: “Contratação de empresa especializada na **prestação de serviços** para realização de testes operacionais com ônibus movido à eletricidade, no âmbito da região metropolitana de Salvador”, detalhando no “orçamento estimado em planilha” e no Modelo de Descrição da Proposta (Ref. 2819596-17 e Ref. 2819596-18) “Contratação de empresa especializada na **prestação de serviços** para realização de testes operacionais, incluindo **implantação e operação de transporte coletivo público** intermunicipal, com matriz energética (ônibus movidos a eletricidade), no âmbito da região Metropolitana de Salvador/BA”.

As linhas descritas têm percursos quase integralmente realizados em Salvador, com pequenos trechos fora da cidade para simular um percurso metropolitano em flagrante desvio de finalidade, violação de obrigações pactuadas, invasão de competência e apropriação da arrecadação do STCO.

O art. 1.º da Resolução n. 11/2022 da Agerba admite textualmente que aprova “a criação das linhas rodoviárias metropolitanas **com acesso a Salvador** 913URB – ILHA DE SÃO JOÃO/PIATÃ, via **LINHA VERMELHA**, e 922.URB – KARTÓDROMO/TERMINAL PIRAJÁ, via **LINHA AZUL...**” (grifos e grifos nossos). Não é apenas o acesso a Salvador, porém, acima de tudo, a confissão de que foram criadas para transitar pelas duas vias concebidas para o tráfego de BRT: Linha Vermelha (Av. Orlando Gomes/Av. 29 de Março) e Linha Azul (Av. Pinto de Aguiar e Av. Gal Costa). De fato,



uma linha liga a Ilha de São João até Piatã (via linha vermelha),<sup>302</sup> percorrendo 43 quilômetros (ida e volta), dos quais 4 quilômetros em Simões Filho e 39 quilômetros em Salvador, quase todos percorrendo o corredor do BRT (linha vermelha, Av. Orlando Gomes e Av. 29 de março). A outra linha é ainda pior, conecta o Kartódromo de Lauro de Freitas (local que nem é destino de usuários) a 500 metros do limite da Cidade do Salvador até o Terminal de Pirajá (via linha azul)<sup>303</sup> e percorre 68 quilômetros (ida em volta), dos quais apenas 1 quilômetro é em Lauro de Freitas e 67 quilômetros são dentro da Cidade do Salvador, quase todos nas vias destinadas à circulação do BRT, a maior parte em vias do BRT (linha vermelha, na parte da Orlando Gomes, e linha azul, na Pinto de Aguiar e Gal Costa).

As duas linhas criadas somam 111 quilômetros, dos quais 5 quilômetros (4,50%) estão fora da capital e 106 quilômetros (95,50%) estão no Município do Salvador. Tais elementos se encontram esclarecidos e demonstrados (linhas sobrepostas no mapa da cidade) nas Considerações da Diretoria de Transporte da Semob à Resolução Agerba n. 11, de 6 de abril de 2022. Não se trata de percurso metropolitano, é evidente.

O sistema de transporte urbano e metropolitano deve ser integrado, sempre buscando atender à Lei de Mobilidade, inclusive em eficiência e modicidade. Esta integração é incompatível com a sobreposição de serviços, com a concorrência predatória e com a invasão de áreas de prestação de serviços contratados, inclusive para evitar desequilíbrio contratuais que repercutam nas tarifas.

Criar falsas linhas metropolitanas para circular nas vias criadas para o BRT (objeto dos contratos de concessão já assinados pelo Município do Salvador) significa, além de clara invasão de competência da prestação dos serviços e de regulação deles, avançar sobre objeto já contratado pelo município e afetar o equilíbrio econômico e financeiro do Sistema de Transporte Coletivo por Ônibus (STCO) com prejuízos diretos para os usuários, seja na afetação da tarifa, seja na eficiência do transporte, tendo em vista que não há integração entre ônibus metropolitanos e ônibus urbanos, senão intermediada pelo metrô.

O fato de as linhas não serem verdadeiramente metropolitanas torna o objeto da contratação ilícito, uma vez que, a rigor, o Estado da Bahia está tentando transferir para uma empresa privada o direito de operar transporte público dentro do Município do Salvador em áreas e trajetos que são objeto de contratos de concessão regulares, válidos e em plena vigência. Da mesma forma que o município não pode criar uma linha intermunicipal, o estado não pode criar uma linha quase integral na área urbana.

---

302 A linha vermelha é uma das linhas previstas para uso do BRT.

303 Linha azul é uma das linhas previstas para uso do BRT.

É, portanto, uma questão de competência constitucional (CF, art. 30, V): “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial [...]”.

O transporte coletivo dentro do Município do Salvador é serviço público essencial de interesse local que deve ser fiscalizado, organizado e prestado pelo município diretamente ou mediante concessão. A análise do trajeto das linhas confirma a ilicitude.

As linhas são, em essência, linhas urbanas que trafegam por vias construídas para operação do BRT, o que implica, além de tudo, a redução de receita do sistema municipal de transporte coletivo, alterando seu equilíbrio.

## 6.2 CONDUTA VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, LEIS FEDERAIS E LEI ESTADUAL SOBRE MOBILIDADE URBANA E CONTRATAÇÃO DE CONCESSÕES

No caso em análise, o Estado da Bahia pretende licitar por pregão eletrônico e contratar como prestação de serviços a realização de transporte público de passageiros que pretende remunerar por quilômetro rodado (ou seja, não por tarifa pública). O transporte, como visto, será realizado eminentemente em área municipal e com passageiros interessados em trajetos dentro da cidade.

A própria Constituição regula a concessão de serviços públicos. A concessão de serviços públicos, segundo a Carta Magna, além de exigir explicitamente licitação, deve seguir legislação própria que disciplinará o regime das empresas concessionárias, as particularidades de seu contrato específico, incluindo condições de caducidade, fiscalização e rescisão, tratando ainda dos direitos do usuário, da política tarifária e das obrigações correlatas à adequação do serviço. Assim diz o art. 175 da CF:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - **o regime das empresas concessionárias** e permissionárias de serviços públicos, **o caráter especial de seu contrato** e de sua prorrogação, bem como **as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão** ou permissão;

II - **os direitos dos usuários;**

III - **política tarifária;**

IV - **a obrigação de manter serviço adequado** (grifos nossos).

Da Lei Maior já é possível extrair que o regime jurídico da realização de serviços públicos mediante concessão, considerando a relevância de seu objeto — transferência à iniciativa privada da prestação de uma atividade pública —, é um regime especial, com um contrato com cláusulas específicas que tutelam tanto o usuário quanto a qualidade do serviço e, por definição constitucional, está atrelado a uma equação financeira baseada em uma política tarifária.

A doutrina confirma que a natureza da concessão cristalizada no art. 175 da Carta Constitucional implica a remuneração pelo próprio usuário:

No que diz respeito especificamente ao art. 175, cabe observar que, não obstante a abrangência do preceito nele contido, dando a impressão de que qualquer serviço público pode ser objeto de concessão, na realidade isso não ocorre. Isto porque, sendo a concessão, por sua própria natureza, uma forma de gestão de serviço público remunerada pelo próprio usuário ou com receitas decorrentes da exploração do próprio serviço, só é possível cogitar de sua utilização quando se tratar de serviço prestado a terceiros (usuários) e que admita uma exploração comercial, ou seja, a possibilidade de produção de renda em favor do concessionário. Faltando um desses elementos, não se poderá falar em concessão de serviço público (DI PIETRO, 1997, p. 47).

A Lei n. 8.987/1995, Lei Geral das Concessões de Serviço Público, conceitua a concessão de serviços públicos no seu art. 2.º, II:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, **na modalidade concorrência** ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco e por prazo determinado**; [...]

Art. 3º As concessões e permissões **sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação**, com a cooperação dos usuários (BRASIL, 1995, grifos nossos).

A lei é explícita na vinculação de modalidade (concorrência pública) para delegação de serviços por meio de concessão, assim como em fixar a competência para fiscalizar o serviço ao poder concedente responsável pela delegação, regra jurídica que reforça a invasão de competência do Estado da Bahia ao pretender criar linhas para realizar o transporte público em Salvador.

A doutrina esclarece o alcance da norma:

A Lei n° 8.987, no art. 2º, inciso II, define a concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Evidentemente, trata-se de conceito que serve aos objetivos da lei, mas que não contém todos os elementos necessários para caracterizar adequadamente essa modalidade de contrato. O dispositivo não se refere à concessão como contrato e não indica a forma de remuneração que lhe é característica, a saber, a tarifa paga pelo usuário ou outra fonte de receita ligada à própria exploração do serviço.

No entanto, outros dispositivos da mesma lei permitem concluir que tais características estão presentes. O art. 4º estabelece que “a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação”.

Por sua vez, no que diz respeito à tarifa, merecem menção, entre outros, o art. 9º, que estabelece a forma de fixação e revisão da tarifa; o art. 18, inciso VIII, que manda incluir entre as cláusulas do edital a referente aos “critérios de reajuste e revisão da tarifa”; e o art. 23, inciso IV, que inclui entre as cláusulas essenciais do contrato a relativa ao “preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas” (DI PIETRO, 1997, p. 50).

O fato de tratar-se de concessão de serviço público é indisfarçável. Se a Agerba já o admitia no texto de sua própria Resolução n. 11, a documentação emitida pelo Detran sepulta qualquer controvérsia, pois que, como consta da página 2 do Informe Técnico n. 001/2022 — Copro, os veículos de propriedade da Seinfra foram emplacados na espécie “Passageiros” e na categoria “Oficial”, o que significa, reciprocamente, que são usados para transporte de passageiros e que são utilizados em serviço público, uma vez que a outra hipótese de carros oficiais são os de representação para transportar autoridades.

A lei federal prevê outras normas gerais correlatas à natureza da concessão, asseverando que o concessionário explora a concessão “por sua conta e risco” por meio de tarifa, como se verá, e “por prazo determinado”.

Isso significa, em primeiro lugar, que o retorno financeiro do concessionário deve advir diretamente da exploração, pelo pagamento pelo usuário de uma unidade de serviço, correndo tudo por sua conta e risco, ou seja, que a empresa haveria de ser contratada para receber a tarifa e até outra receita acessória, mas jamais por quilômetro rodado, com ou sem passageiro, como prevê o contrato no caso. Receber por quilômetro rodado, independente-

mente de transportar ou não usuários, não é uma forma legal de remuneração de uma concessão, inclusive porque retira o risco do concessionário.

Em segundo lugar, a concessão deve ser ajustada por prazo determinado, compatível com o equilíbrio financeiro, ou seja, por tempo suficiente para que o concessionário remunere seus investimentos. O contrato em questão não observa este aspecto, prevendo uma contratação por 12 meses, prorrogável até 5 anos.

A Lei Estadual n. 9.433/2005 converge no mesmo sentido da correlação entre a modalidade e a concessão, acrescentando que a concessionária deve ser remunerada por tarifas pagas pelo usuário, ainda que possa o poder concedente estabelecer **outras** fontes de receitas:

Art. 25 - Entende-se por concessão de serviço público o contrato administrativo, **precedido de licitação, na modalidade de concorrência**, pelo qual a Administração delega, por prazo determinado, a pessoa jurídica pública ou privada, ou a consórcio de empresas a organização e o funcionamento de um serviço público, reservando-se a tarefa de fiscalização, controle e regulamentação, respeitado sempre o equilíbrio econômico-financeiro.

Parágrafo único - A concessionária atua em seu próprio nome, por sua conta e risco e **é remunerada, em regra, através de tarifas pagas pelos usuários**, podendo o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas (grifos nossos) (BAHIA, 2005).

Verifica-se que, além de a lei estadual prever apenas a modalidade de concorrência pública para a concessão de serviço público, determina a forma de remuneração das concessões que, obrigatoriamente, devem ser efetivadas por meio de tarifas públicas, mesmo que eventualmente com acréscimo de outras fontes, alinhando-se com o dispositivo da Lei Nacional de Mobilidade Urbana, que também prevê (art. 13) que “na prestação de serviços de transporte público coletivo, o poder público delegante deverá realizar atividades de fiscalização e controle dos serviços delegados, preferencialmente em parceria com os demais entes federativos”.

A Lei n. 12.587/12, Lei de Mobilidade Urbana, em seu Capítulo II, ao tratar das diretrizes para a regulação dos serviços de transporte público coletivo, como visto, previu, no seu art. 9.º, que os serviços de transporte público devem ser contratualizados em regime de concessão ou permissão e remunerados por tarifa pública de competência do Poder Público competente para delegar o serviço:

Art. 9.º O **regime econômico e financeiro da concessão e o da permissão do serviço de transporte público coletivo** serão estabelecidos no respectivo edital de licitação, **sendo a tarifa de remuneração da prestação de serviço de transporte público coletivo resultante do processo licitatório da outorga do poder público.**

§ 1.º A **tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público coletivo** deverá ser constituída pelo **preço público cobrado do usuário** pelos serviços somado **à receita oriunda de outras fontes de custeio**, de forma a cobrir os reais custos do serviço prestado ao usuário por operador público ou privado, além da remuneração do prestador.

§ 2.º O **preço público cobrado do usuário** pelo uso do transporte público coletivo **denomina-se tarifa pública**, sendo instituída **por ato específico do poder público outorgante**. [...]

§ 7.º **Competem ao poder público delegante a fixação, o reajuste e a revisão da tarifa** de remuneração da prestação do serviço e da tarifa pública a ser cobrada do usuário.

§ 8.º Compete ao poder público delegante a fixação dos níveis tarifários.

§ 9.º Os reajustes das tarifas de remuneração da prestação do serviço observarão a periodicidade mínima estabelecida pelo poder público delegante no edital e no contrato administrativo e incluirão a transferência de parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários.

§ 10. As **revisões ordinárias das tarifas** de remuneração terão periodicidade mínima estabelecida **pelo poder público delegante** no edital e no contrato administrativo e deverão:

I - incorporar parcela das receitas alternativas em favor da modicidade da tarifa ao usuário;

II - incorporar índice de transferência de parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários; e

III - aferir o equilíbrio econômico e financeiro da concessão e o da permissão, conforme parâmetro ou indicador definido em contrato (grifos nossos).

Ainda quanto à Lei de Concessões e Permissão de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/95), ela indica como disposições obrigatórias do ato convocatório a fixação de objeto, metas e prazo da concessão, a descrição qualitativa do serviço, a regulação das alterações, a fixação de tarifa:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;  
[...]

VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa [...].

O art. 23 do mesmo diploma relaciona as cláusulas obrigatórias de um contrato de concessão, entre as quais:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis;

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

O contrato elaborado pelo Estado da Bahia é um contrato de prestação de serviços, não atende em nada às exigências de um contrato de concessão, até porque seu objeto difere daquele, deixando especificamente de conter as cláusulas obrigatórias referidas nos incisos I, III, IV, V, VI, IX, X, XI, XIII e XIV do art. 23 da Lei de Concessões.

Por outro lado, a Lei de Mobilidade (Lei n. 12.587/12) também deixa claro que os serviços devem ser prestados mediante concessão ou permissão e remunerados por tarifas de competência do poder concedente e prevê a competência dos municípios:

Art. 18. São atribuições dos Municípios:

I - planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano;

II - prestar, direta, indiretamente ou por gestão associada, os serviços de transporte público coletivo urbano, que têm caráter essencial;

III - capacitar pessoas e desenvolver as instituições vinculadas à política de mobilidade urbana do Município [...].

O mesmo diploma também trata das atribuições dos estados (art. 17), para a prestação dos serviços de transporte público coletivo intermunicipais de caráter urbano (inc. I), estipulando, entre as obrigações mínimas dos órgãos gestores do transporte, a implantação de política tarifária e o estímulo da eficiência:

Art. 22. Consideram-se atribuições mínimas dos órgãos gestores dos entes federativos incumbidos respectivamente do planejamento e gestão do sistema de mobilidade urbana:

**I - planejar e coordenar os diferentes modos e serviços**, observados os princípios e diretrizes desta Lei;



**II - avaliar e fiscalizar os serviços e monitorar desempenhos**, garantindo a consecução das metas de universalização e de qualidade;

**III - implantar a política tarifária;**

IV - dispor sobre itinerários, frequências e padrão de qualidade dos serviços;

**V - estimular a eficácia e a eficiência dos serviços de transporte público coletivo;**

VI - garantir os direitos e observar as responsabilidades dos usuários; e

VII - combater o transporte ilegal de passageiros.

A leitura dos dispositivos legais transcritos revela que o processo de licitação e contratação é ilícito, contrariando legislação federal e estadual, porque: **a)** inobserva os modelos legais (concessão e permissão) de delegação de serviços públicos, em específico o de transporte; **b)** desrespeita o sistema de remuneração tarifária que deve ser obrigatoriamente utilizado nas concessões de serviço público de transporte, inclusive na Bahia, segundo a lei local; **c)** dispensa a modalidade obrigatória – concorrência pública – para a licitação de concessão de transporte público; **d)** não transfere à contratada por sua conta e risco a exploração do serviço; **e)** não prevê um prazo compatível de concessão; **f)** ignora regras de competência correlatas aos poderes e deveres de fiscalização dos serviços pelo poder concedente com atribuição constitucional para a prestação dos serviços, no caso, o Município do Salvador; **g)** viola a competência prevista na Lei de Mobilidade para o Município do Salvador; **h)** contraria as atribuições mínimas previstas para todos os órgãos gestores incumbidos de planejar e gerir o sistema de mobilidade urbana.

O processo licitatório objetiva a pactuação de um contrato cujo objeto viola a legislação federal e estadual e que, exatamente por isso, caso venha a ter sua execução iniciada, causará à Administração Pública estadual prejuízos em virtude da necessidade de indenizar o particular pelos prejuízos que vier a sofrer.

A concessão tem sua natureza e características essenciais que não podem ser alteradas para atender a conveniências de ocasião da Administração Pública, devendo a contratação ilegal ser obstada.

### 6.3 A CRIAÇÃO DE LINHAS DESCUMPRE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

O Município do Salvador e o Estado da Bahia são subscritores de contratos públicos cujas estipulações são violadas pela tentativa da Agerba e do Estado da Bahia de criar linhas dentro do Município do Salvador, em contrariedade ao Plano de Mobilidade do Município e da Região Metropolitana e em descumprimento de obrigações ajustadas entre os entes federados com vistas ao aperfeiçoamento do sistema de transporte público.

O Estado da Bahia, no Contrato de Programa (**Ref. 2819597**) celebrado com o Município do Salvador e o Município de Lauro de Freitas em **22/04/2013** tendo por objeto (Cláusula Primeira – **Ref. 2819597-2**) disciplinar a prestação de serviço de transporte público metroviário, bem como dispor sobre a sua integração com as linhas de transporte coletivo passageiros dos municípios de SALVADOR e de LAURO DE FREITAS, já se comprometera formal e expressamente (Cláusula Quinta<sup>304</sup> – **Ref. 2819597-4**) a modificar suas linhas metroviárias para integrar com as estações de metrô do Retiro, Pirajá, Mussurunga e, posteriormente, Cajazeiras/Águas Claras, conforme tais estações ficassem prontas.

Nove anos passados, estações inauguradas (exceto Águas Claras) e a obrigação não foi cumprida. Tal dispositivo atendia à competência constitucional definida na repartição de serviços públicos, objetivamente reconhecida no Considerando VIII<sup>305</sup> do mesmo contrato de programa.

O Termo de Ajustamento de Conduta n. 16/2017, assinado com intermediação do Ministério Público Estadual em **29/09/2017** (Cláusula Sexta<sup>306</sup>), foi específico nas obrigações assumidas e datas marcadas a partir das quais o estado assumiu o dever de limitar a circulação das linhas metropolitanas até estações de transbordo, evitando que ingressem na área de atendi-

<sup>304</sup> “ **CLÁUSULA QUINTA – DISPOSIÇÕES OPERACIONAIS ESPECÍFICAS DO SISTEMA DE TRANSPORTE.** I. O ESTADO DA BAHIA modificará as linhas do sistema de ônibus metropolitano, deslocando seus pontos finais para as Estações Retiro, Pirajá, Mussurunga e posteriormente Cajazeiras/Águas Claras e Lauro de Freitas, ou ainda em outras a serem eventualmente criadas, condicionada tal modificação ao início da operação de cada uma das estações do metrô”.

<sup>305</sup> “VIII. A competência dos municípios do SALVADOR e de LAURO DE FREITAS no que tange a prestação de serviço de transporte urbano, de forma direta, indireta ou por gestão associada”.

<sup>306</sup> “**CLÁUSULA SEXTA** – A partir de 01º/10/2017, o SEGUNDO COMPROMISSÁRIO se obriga a realizar a integração no STCO do usuário do sistema metroviário com origem/destino no sistema metropolitano de ônibus, sem ônus adicional para os passageiros, cabendo ao PRIMEIRO COMPROMISSÁRIO, a partir da mesma data, promover o corte das linhas metropolitanas do eixo Paralela na Estação Mussurunga e do eixo BR 324 na estação Pirajá ou na Estação Retiro (grifo acrescido)”.

mento das linhas urbanas, praticando uma concorrência com o sistema que reduz sua arrecadação, produzindo efeitos sobre o equilíbrio do contrato.

As antigas linhas, porém, continuam entrando irregular e indevidamente na Cidade do Salvador até a presente data, tendo o município cumprido sua obrigação sinalagmática de promover a integração ao STCO dos passageiros do metrô oriundos do sistema metropolitano. Apenas para registro, naquele mesmo TAC, Cláusula Quarta, o Estado da Bahia também assumira a obrigação de fixar em 17% a alíquota do diesel S-10 utilizado pelas empresas de transporte coletivo urbano.

Assim, é absolutamente irregular e ilegal a criação pela Agerba de duas linhas que praticamente circulam apenas no Município do Salvador, em corredores de tráfego definidos no Contrato de Programa para servirem ao BRT (serviço que já faz parte do objeto das concessões municipais). O objeto não é legal, como não é sua contratação com empresa estranha às concessões por um período de até 5 anos.

Como se verá em mais detalhes, a Agerba está criando linhas para concorrer, dentro do Município do Salvador, com o BRT, trafegando essencialmente nas vias criadas para sua circulação, violando o Contrato de Programa, o Convênio de Cooperação Intrafederativo n. 01/2012, Anexo VII, do Contrato de Programa, o TAC n. 16/2017 celebrado com o Ministério Público do Estado da Bahia, invadindo a competência constitucional para a prestação dos serviços públicos, disputando objeto que já faz parte do contrato de concessão do Município do Salvador.

A ilegalidade, portanto, antecede a escolha de modalidade imprópria, resulta da incompatibilidade do objeto com a competência dos entes federados, com as obrigações legais e contratuais do Estado da Bahia.

Registre-se ainda nesse mesmo sentido que, no pacto entre estado e município, ficou ajustada a construção de três grandes trechos troncais de BRT, para serem operados pelo transporte público municipal — estão previstos no contrato, entre os quais as chamadas linhas vermelha e azul, destinadas à mobilidade transversal na Cidade do Salvador entre a orla atlântica e a orla interna da Baía de Todos os Santos. Essas vias transversais estruturantes conectam com transporte de maior capacidade (BRT) os bairros de Patamares e Piatã com a suburbana. As linhas criadas percorrem exatamente as pistas criadas para tráfego das linhas do BRT. A invasão de competência territorial, constitucional e legal é patente.

#### **6.4 CONTRATAÇÃO VIOLA CONTRATO SOCIAL DA CONTRATADA – OFENSA AO EDITAL**

O Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da empresa contatada, Viação Jequié Cidade Sol Ltda., descreve sua atividade econômica principal:

“49.22-1-01 – Transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, intermunicipal, **exceto em região metropolitana**” (negritos e sublinhados acrescidos).

No rol de atividades econômicas secundárias se confirma que a empresa contratada **não** tem como área de atuação o transporte em região metropolitana.

Se não pode ter suas atividades na área, é impossível atender ao requisito de qualificação técnica relativo à aptidão para o desempenho de atividade, com a comprovação de experiência anterior pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (letra “a” do item 1.3 — Qualificação Técnica – Ref. 2819596-23).

Essa circunstância agrava ainda mais a inobservância do art. 107 da Lei n. 9.433/05,<sup>307</sup> pois, havendo apenas um interessado, além de verificar a compatibilidade do preço com o de mercado, a autoridade deveria ter conferido o atendimento das especificações do edital.

A não observância dos requisitos legais é plena, e o açodamento, evidente. A falta de critério alcançou a dimensão de contratar por meio de procedimento sumário uma empresa para prestar serviços públicos que deveriam ser delegados por concessão para atuar contra seu objetivo social.

## 6.5 DELEGAÇÃO ILEGAL DE CONCESSÃO MUNICIPAL.

As linhas criadas, mesmo que os serviços públicos fossem de competência do Estado da Bahia, somente poderiam ser delegadas por concessão. Esta irregularidade já foi apontada nas manifestações constantes da denúncia, como registra o MPE nas considerações de sua recomendação:

[...] que a natureza de concessão de serviço público do referido contrato é reconhecida pela própria AGERBA que na referida Resolução se reporta diversas vezes à “**concessionária da linha**”;

que contrariando a legislação vigente, bem como os termos da Resolução n.º 11/2022, ato administrativo normativo, a AGERBA publicou o Edital de Licitação – Pregão Eletrônico n.º 004/2022, tendo como objeto “*contratação de empresa especializada na prestação de serviços para realização de testes operacionais, incluindo implantação e operação de transporte coletivo público intermunicipal, com matriz energética (ônibus movidos a eletricidade), no âmbito da região Metropolitana de Salvador/BA*”;

---

<sup>307</sup> “Art. 107 – Quando à licitação acudir apenas um interessado, poderá ser homologada a licitação e com este celebrado o contrato, desde que esteja comprovado nos autos que o preço proposto é compatível com o de mercado e sejam satisfeitas todas as exigências legais e regulamentares, bem como as especificações do ato convocatório” (BAHIA, 2005).

que a modalidade de licitação eleita não se coaduna com o objeto licitado, que envolve a “*implantação e operação de transporte coletivo público intermunicipal*”, ferindo os termos da Lei n.º 8.987/1995, da Lei Estadual n.º 9.433/2005, bem como o quanto determina a Resolução AGER-BA/n.º11/2022, que reconhece expressamente a natureza de concessão de serviço público do contrato (art. 2.º) (grifos do original).

O tema retorna, porém, por outro enfoque: a competência do município.

A ilegalidade não decorre apenas da pretensão de delegar a prestação de serviços públicos de transporte como se fosse um serviço comum, passível de transferência por cláusulas ordinárias de um contrato ordinário de prestação de serviços, mas da usurpação de competências constitucionais do Município do Salvador pelo incerto caminho da delegação de concessão pública de serviços municipais por contrato irregular do Estado da Bahia. É muito mais grave e danoso.

A verificação do trajeto das linhas, como visto, revela estar 95,5% do percurso em solo municipal, assim como a sobreposição quase integral do trajeto com o previsto para a circulação das linhas do BRT, inclusive porque os ônibus devem percorrer prioritariamente as vias construídas especificamente para esse fim. A Agerba está querendo entregar a uma empresa privada, mediante procedimento totalmente irregular, a prestação de serviços públicos municipais já licitados, objeto de concessões em vigor. É tão inusitado quanto seria o município lançar um pregão eletrônico para contratar, por prestação de serviços, um novo trecho de metrô...

Essa específica violação não se restringe à afetação de competências normativas, avança indevidamente na prestação dos serviços públicos de competência municipal por empresa vinculada contratualmente ao Estado da Bahia, ainda com deletérios reflexos, inclusive de ordem econômica e financeira, no sistema de transporte público já estruturado em Salvador.

Cabe ao Município do Salvador, como já visto, não apenas a prestação, direta ou indireta dos serviços de transporte público municipal na capital, mas também organizar, regular e fiscalizar a execução dos serviços, visando não apenas à sua qualidade, como ao equilíbrio do contrato e à modicidade da tarifa (meta da Lei de Mobilidade Urbana).

Para organizar o sistema de transporte, o Município do Salvador realiza os estudos de origem e destino, demanda, horários e muitas outras informações necessárias à estruturação do melhor serviço de transporte possível com os recursos materiais e humanos existentes, equilibrado econômica e financeiramente com a tarifa praticada.

Esses estudos orientam as ordens de serviço emitidas pelo poder concedente e os dados colhidos da efetiva prestação determinam a tarifa a ser cobrada dos usuários no quadriênio seguinte. A intromissão de outros prestadores de serviço não regulados e fiscalizados pelo município afeta o siste-

ma em todos os níveis, modificando desde a oferta de serviços à arrecadação tarifária.

No caso específico, o estabelecimento de linhas concorrentes ilegais em corredores de tráfego de alta intensidade e maior velocidade (as vias estruturantes do BRT) compromete inclusive o equilíbrio do contrato de concessão municipal, diminuindo a arrecadação prevista para as linhas mais rentáveis e deixando para o STCO as linhas menos rentáveis e deficitárias, como se verá adiante.

O objeto do processo seletivo irregular revela-se em si ilegal, pois é contrário tanto a normas constitucionais e legais quanto a obrigações oriundas de pactos celebrados entre os entes federados, pois adentra em competências normativas, regulatórias, fiscalizadoras e de prestação de serviços públicos de titularidade do Município do Salvador. A contratação não tem saída legal, a anulação é inevitável; deve-se, portanto, evitar a ocorrência de danos de impossível ou difícil reparação, assim como a oneração desnecessária do Erário estadual.

Essa contratação não pode prosperar, a execução desse contrato não deve se iniciar, sob pena de caracterizarem-se todas essas ilegalidades, iniciando uma sequência de efeitos prejudiciais ao Município do Salvador, aos usuários de serviços de transporte e ao próprio Erário estadual.

## **7 LINHAS CRIAM CONCORRÊNCIA PREDATÓRIA E DESEQUILIBRAM STCO**

As linhas pretendidas pela Agerba, como visto, operam sobrepondo-se às linhas do BRT, praticando concorrência predatória além da inobservância de obrigações contratuais.

As linhas troncais — de maior velocidade e volume de transporte — são estruturantes no sistema de transporte e, naturalmente, por transportarem maior número de passageiros em menos tempo (transitam em corredores de tráfego preferencial, como é a proposta do BRT), são as linhas mais lucrativas do sistema. Linhas que equilibram outras igualmente necessárias, porém mais deficitárias.

Essenciais na mobilidade, as linhas troncais são importantes para a arrecadação e o equilíbrio financeiro do contrato. Exigem investimentos das concessionárias, mas representam retorno relevante na composição do preço da tarifa.

As linhas “metropolitanas”, como já relatado, deveriam deixar seus passageiros ao entrar na cidade, evitando a concorrência com as linhas urbanas. Não é apenas uma questão de competência legal, regulatória e de prestação dos serviços, é também de equilíbrio econômico e financeiro do Sistema de Transporte Público Municipal, pois as linhas internas são estruturadas para

atender à demanda, uma vez que, quando atendida por concorrentes irregulares, ela frustra a arrecadação prevista.

As novas linhas pretendidas pela Agerba subvertem a estrutura existente, comprometem a receita das concessionárias municipais, sem evitar que façam os investimentos necessários ao atendimento da demanda, ou seja, as empresas que operam as concessões em Salvador continuam obrigadas a proceder com a renovação da frota e todos os investimentos necessários para operar o BRT, mas não obterão a receita correspondente, pois dividirão os passageiros com ônibus contratados pelo estado para transitar nas mesmas vias.

Por outro lado, para confirmar a inadequação desses prolongamentos intermunicipais forçados, as linhas não atendem a qualquer demanda das pesquisas de interesse de destino. Por exemplo, os moradores da Ilha de São João não querem ser transportados para Piatã, muito menos os “moradores” do Kartódromo desejam ir para o Terminal Pirajá. A mesma situação vale no sentido inverso. Isso quer dizer que os prolongamentos artificiais das linhas para percorrerem pequenos trajetos fora da Cidade do Salvador foram concebidos para sustentar a inconsistente narrativa de que as linhas seriam metropolitanas, dando aparência de legalidade à intromissão da Agerba no transporte público da capital baiana.

Trata-se da desestruturação do sistema de transporte organizado por critérios racionais, pela criação de linhas troncais nos corredores de BRT dentro da Cidade do Salvador e que não fazem parte do sistema de transporte urbano (STCO), reduzindo a arrecadação do sistema com relação a todos os passageiros que só utilizarem esse transporte e o STCO (muitos tendem ainda a completar o percurso a pé para não gastar novamente). Como visto, retirar a arrecadação e linhas troncais mais superavitárias implica modificar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, o que resulta em tarifa mais cara para o usuário.

A presença ilegal de veículos estranhos ao sistema de transporte nos trajetos de maior arrecadação enseja como consequência a perda de receita do STCO, sem correspondente redução de gastos, propiciando desequilíbrio econômico e financeiro nas concessões existentes, cuja única forma de correção é pelo aumento da tarifa, gerando prejuízo aos usuários, justo na iminência de outra revisão tarifária ordinária quadrienal.

## **8 PREJUÍZOS AOS USUÁRIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO**

A eventual implementação das linhas ilegais não acarretará prejuízos apenas pelo desequilíbrio nos contratos de concessão municipal derivado da perda da arrecadação que seria projetada para o próximo quadriênio, aumen-

tando a tarifa de 2023 a 2026, mas também na prestação de um serviço de transporte menos eficiente, efetivo e confortável para os usuários.

O transporte metropolitano não se integra com o transporte urbano de ônibus (só com o metrô), obrigando o usuário a pagar nova passagem se utilizar qualquer outro ônibus para completar o trajeto que desejar, ensejando um transporte incompleto ou excessivamente oneroso.

Primeiro, já se viu que os pequenos trechos, verdadeiros apêndices das linhas, foram acrescentados apenas para tentar sustentar o discurso de intermunicipalidade das linhas. Os passageiros não estão no Kartódromo nem na Ilha de São João, estão em sua grande maioria, senão todos, dentro da Cidade do Salvador. Isso significa que usuários internos da Cidade do Salvador precisarão pagar duas vezes a tarifa toda vez que precisarem completar a viagem de interesse com um ônibus urbano. A outra opção seria completar o trajeto andando, no sol e na chuva. As linhas, como visto, são troncais, por vias expressas, estruturantes como o metrô, mas normalmente insuficientes para levar o passageiro ao destino.

As linhas metropolitanas somente se integram com o metrô (e o metrô se integra com o STCO), o que daria uma alternativa para o usuário que precisasse dos ônibus urbanos para chegar ao destino desejado: forçar uma baldeação no metrô para depois entrar no ônibus urbano. Por exemplo, um passageiro de Cajazeiras pretendendo ir para Itapuã ou para Pituba e não querendo concluir a pé desde Piatã, ou paga o ônibus urbano para completar o percurso, ou teria que entrar no Terminal de Metrô de Mussurunga, utilizar suas catracas, validar o bilhete e, assim, pagar um “pedágio” utilizando ou não o transporte metroviário. O passageiro ou perde dinheiro pagando duas vezes ou perde tempo incluindo uma passagem forçada pelo metrô para chegar ao seu destino com um só bilhete.

Surge, afinal, a possível intenção atrás de toda a engenhosa arquitetura: crescer as receitas do sistema metroviário com os recursos destinados ao sistema municipal, porque as linhas do BRT são integradas com todas as linhas do STCO, podendo o passageiro trocar de veículo e linha sem pagar nova passagem. No exemplo do parágrafo anterior, o passageiro faria seu trajeto inteiro no transporte público sem pagar qualquer adicional, nem precisar parar artificialmente no meio do caminho para “passar” pelo metrô.

O resumo da pretendida desestruturação do sistema de transporte originalmente organizado por critérios racionais é a imposição ao usuário de transporte público do pagamento de um “pedágio” na forma de repartição tarifária por meio da passagem artificial e forçada pelas catracas do metrô, único meio para o passageiro evitar o pagamento de duas passagens. Ou o usuário partilha sua tarifa com o metrô, ou paga duas vezes...

Desta forma, as linhas ilegais lesam o STCO duas vezes, a primeira retirando a arrecadação do passageiro que deveria ser atendido pelas con-



cessionárias e a segunda impondo uma repartição tarifária desnecessária, incluindo um trânsito artificial pelo metrô, tudo isso em relação a usuários que, naturalmente, usariam apenas os ônibus urbanos passa sua maior comodidade.

Esse interesse financeiro do estado (ou de suas concessionárias) não tem legitimidade para afastar o interesse público na estruturação do melhor sistema para o usuário.

## 9 MODELAGEM ECONÔMICA ILEGAL

A Constituição Federal e as legislações federal e estadual, como visto, regulam a modelagem econômica das concessões.

A Lei Maior já estabelece como nortes que o serviço público somente pode ser explorado em regime de concessão ou permissão, mediante contrato especial regulado por lei específica, com cláusulas próprias de caducidade, fiscalização e rescisão, devendo a legislação dispor sobre direito dos usuários, política tarifária e obrigação de manter o serviço adequado:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A lei referida pela Carta Magna (Lei n. 8.987/95) define (art. 2.º, II) que a concessão de serviço público deve ser licitada por modalidades específicas, contratadas por conta e risco das concessionárias. O capítulo IV (arts. 9.º a 13) define a política tarifária e sua correlação com o equilíbrio econômico do contrato, prevendo, entre outras regras:

Art. 9.º **A tarifa do serviço público** concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...]

§ 2.º Os contratos poderão prever mecanismos de **revisão das tarifas**, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. [...]

§ 4.º Em havendo **alteração unilateral** do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o **poder concedente deverá restabelece-lo**, concomitantemente à alteração.

§ 5.º A **concessionária deverá divulgar** em seu sítio eletrônico, de forma clara e de fácil compreensão pelos usuários, tabela com o **valor das tarifas praticadas e a evolução das revisões ou reajustes** realizados nos últimos cinco anos.

Art. 10. Sempre que forem atendidas **as condições do contrato**, considera-se **mantido seu equilíbrio econômico-financeiro** (BRASIL, 1995, grifos nossos).

A Lei n. 9.433/05 segue a mesma toada:

**Art. 25** - Entende-se por concessão de serviço público o contrato administrativo, precedido de licitação, na modalidade de concorrência, pelo qual a Administração delega, por prazo determinado, a pessoa jurídica pública ou privada, ou a consórcio de empresas a organização e o funcionamento de um serviço público, reservando-se a tarefa de fiscalização, controle e regulamentação, respeitado sempre o equilíbrio econômico-financeiro.

Parágrafo único - A concessionária atua **em seu próprio nome, por sua conta e risco e é remunerada, em regra, através de tarifas pagas pelos usuários**, podendo o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, **com vistas a favorecer a modicidade das tarifas** (BAHIA, 2005, grifos nossos).

A Agerba, em dissonância com sua própria Resolução n. 11, apesar do objeto, não deu tratamento de concessão de serviço público à delegação, instrumentalizando um contrato comum de prestação de serviços. Na minuta desse contrato, como se observa, a remuneração não é tarifária, ou seja, não é composta pelo preço da tarifa paga pelo usuário, é um valor por quilômetro rodado, independentemente da arrecadação tarifária.

Essa forma de remuneração contraria o inciso III do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal, o Capítulo IV da Lei n. 8.987/95 e o art. 25 da Lei n. 9.433/05.

Não é só isso. A remuneração por quilômetro rodado elimina o risco da exploração, pois o empresário precisa apenas colocar os ônibus (do estado) para rodar e emitir a fatura (para o Governo), independentemente do uso ou não do serviço público pelos pretensos usuários. Este modelo é o inverso da

exploração de um serviço público mediante tarifa por conta e risco. Não há conta (investimento) nem risco (remuneração dependente do êxito na prestação do serviço).

Essa modelagem econômica, além de contrária à legislação, desequilibra os sistemas de concessão existentes, retirando receita do STCO e transferindo para o metropolitano e o metrô. O quadro piora porque os investimentos foram públicos, ou seja, o Estado da Bahia gasta mais de 44 milhões de reais na aquisição de ônibus para entregar a uma empresa privada auferir lucros sem riscos, retirando receitas do STCO e transferindo para os sistemas metropolitano e metroviário, tudo isso em detrimento da modicidade tarifária e do interesse dos usuários.

## 10 CONCLUSÃO

O Município do Salvador, por seu Procurador, notificado para se manifestar nos autos desta denúncia, vem, além de apresentar sua concordância com o deferimento da medida cautelar mantida unanimemente pelo Pleno do Tribunal de Contas do Estado da Bahia pelos fundamentos analisados e decididos, expor e requerer:

1) **PRELIMINARMENTE**, quanto à regularização processual:

1.1) a **inclusão do Município do Salvador** no processo de denúncia, diante da presença de interesses e direitos de titularidade dessa municipalidade, em razão do que pugna para que a comunicação de todos os atos processuais seja realizada também em nome do Município do Salvador e dos seus Procuradores;

1.2) a **inclusão** no processo de denúncia **da Seinfra** — Secretaria de Infraestrutura do Estado da Bahia e de seu gestor titular, Exmo. Sr. Secretário de Estado, em virtude da declaração da Agerba (**Ref. 2829996-2**) de que “a matéria está sob o exclusivo comando do Governo do Estado da Bahia, por via da Seinfra”;

1.3) a **inclusão** no processo de denúncia, em atendimento ao art. 2.º, e seu parágrafo único, da Resolução n. 165/2005 do TCE-BA, assim como aos princípios do contraditório e da ampla defesa, dos agentes públicos que praticaram na Agerba atos durante o curso desta denúncia, especialmente após a concessão e confirmação da medida cautelar, a Presidência da Comissão Permanente de Licitação, a Diretoria-Geral do Departamento de Tarifas, a Direção-Geral do Departamento de Qualidade dos Serviços, e a Direção Executiva, assim como de todos aqueles que concorreram direta ou indiretamente, o que recomenda também a inclusão da Viação Jequié Cidade Sol Ltda. (CNPJ 14.602.189/0001-05);

1.4) a **ratificação** da concessão da **medida cautelar**, para preservar o resultado útil do processo administrativo de competência do TCE-BA, correlato ao exame de regularidade e legalidade da atuação da Administração Estadual, **com a explicitação, mediante NOVA INTIMAÇÃO**, para elidir qualquer dúvida, de que o Estado da Bahia, a Seinfra e a Agerba devem **se abster de dar qualquer tipo de prosseguimento a atos de contratação e/ou execução do objeto licitado** em contrariedade às normas e princípios constitucionais e legais, assinando, na forma do inciso XIV do art. 91 da Constituição do Estado da Bahia, prazo para que a Agerba e o Estado da Bahia suspendam o contrato administrativo, sob pena de sustação, na forma do inciso XV do art. 91 da Constituição do Estado da Bahia;

2) **PRELIMINARMENTE**, quanto à instrução dos autos, requerer a juntada da documentação anexa e a intimação da Agerba e da Seinfra para prestarem as informações abaixo e confirmarem a inexistência, trazerem aos autos ou justificarem a ausência dos seguintes documentos:

**2.1)** em relação às informações ausentes dos autos, confirmar a classificação dos veículos (ônibus elétricos), registrados no Detran como veículos oficiais, na qualidade de veículos envolvidos na prestação de serviços públicos;

**2.2)** em relação à instrução dos autos com documentos, apresentar o documento de inscrição do licitante vencedor no CNPJ e seu contrato social, para análise da compatibilidade de seu objetivo social com o objeto da licitação;

**2.3)** em relação à instrução dos autos com documentos, apresentar a comprovação exigida pelo art. 107 da Lei n. 9.433/2005 de que o preço ofertado pelo único interessado corresponde ao preço de mercado e que a proposta atende a todas as exigências legais e regulamentares, bem como às especificações do ato convocatório, incluindo a pactuação de seguro dos veículos de propriedade do estado e a experiência na prestação do objeto específico (já que é expressamente vetado no objeto que consta do contrato social da vencedora);

Em seguida, com relação ao MÉRITO da denúncia:

**3) A anulação do processo licitatório e/ou do contrato administrativo e a confirmação** da manutenção da **medida cautelar**, para preservar o resultado útil do processo administrativo de competência do TCE-BA correlato ao exame de regularidade e legalidade da atuação da Administração Pública estadual, determinando, enquanto tramitar o processo administrativo, que a Seinfra e a Agerba devem **se abster de dar qualquer tipo de pros-**

**seguimento a atos de contratação e/ou execução do objeto licitado** em contrariedade às normas e princípios constitucionais e legais;

4) A inclusão na análise de regularidade e legalidade dos procedimentos e atos praticados pelos agentes públicos, assim como de regularidade e legalidade da contratação ou execução do contato, além da questão do erro na escolha da modalidade de licitação, os demais aspectos aqui suscitados relativos a vícios formais e materiais do processo licitatório e vícios formais e materiais da contratação e do próprio contrato, a saber:

4.1) delegação de serviço público essencial sem necessário contrato de concessão, à revelia da legislação;

4.2) violação de princípios constitucionais do Direito Administrativo brasileiro, entre os quais os da finalidade, da razoabilidade, da motivação, da segurança jurídica, da proporcionalidade, da eficiência e da boa administração, do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa;

4.3) insubsistência fática e jurídica das alegações da Agerba para contornar as ilegalidades e esquivar-se do cumprimento da medida cautelar;

4.4) ilicitude do objeto que se licitou ilegalmente e se pretende delegar a uma empresa privada em virtude de: **a)** as linhas serem metropolitanas; **b)** a competência para prestar os serviços, direta ou indiretamente, organizar, disciplinar e fiscalizar é municipal; **c)** a criação das linhas contrariar o Contrato de Programa (**Ref. 2819597**) e Termo de Ajustamento de Conduta n. 16/2017 celebrado com o MPE (**Doc. 03 - Anexo**); **d)** do objeto da contratação ser excluído no Contrato Social da empresa vencedora do certame; **e)** tratar-se da delegação ilegal pela Agerba de uma concessão municipal;

4.5) criação de concorrência ilegal, prejudicial e predatória com o STCO;

4.6) implementação de prejuízos financeiros e na eficiência e modicidade tarifária aos usuários de transporte público;

4.7) instituição de uma modelagem econômica contrária à Constituição Federal e à legislação federal e estadual, porque não fundada em remuneração tarifária e na assunção dos investimentos e riscos pelo concessionário.

5) A imposição, independentemente das outras medidas legais e administrativas cabíveis, de sanções pelo descumprimento das determinações emanadas deste Tribunal de Contas do Estado da Bahia.

Salvador, 4 de agosto de 2022.

## REFERÊNCIAS

BAHIA. **Lei n. 9.433 de 1.º de março de 2005**. Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providên-

cias. Disponível em: <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-9433-de-01-de-marco-de-2005>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BAHIA. Tribunal de Contas do Estado. **Resolução n. 18, de 29 de junho de 1992**. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado da Bahia. Disponível em: [https://www.tce.ba.gov.br/images/legislacao/regimento\\_interno\\_versao\\_internet.pdf](https://www.tce.ba.gov.br/images/legislacao/regimento_interno_versao_internet.pdf). Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.587, de 3 de janeiro de 2012**. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis n°s 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943, e das Leis n°s 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização e outras formas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariiedade administrativa e o direito fundamenta à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

## 20

# **APELAÇÃO CÍVEL: INEXISTÊNCIA DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DO IMÓVEL SOMENTE OCORRE COM REGISTRO DO TÍTULO TRANSLATIVO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. FATO GERADOR DO IPTU NÃO É A ENTREGA DAS CHAVES DO IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE USUCAPIÃO RECONHECIDA JUDICIAL OU EXTRAJUDICIALMENTE.**

*Gisane Tourinho Dantas*<sup>308</sup>

---

308 Procuradora do Município do Salvador, desde agosto de 2007. Atualmente está lotada na Procuradoria Fiscal Judicial e é conselheira titular do Conselho Municipal de Tributos do Município do Salvador (exercícios 2020-2022). Foi chefe da Representação da Procuradoria na Secretaria de Serviços Públicos e Prevenção à Violência (Sesp), até março de 2009. Foi defensora pública do Estado de Sergipe, no período de setembro de 2006 a julho de 2007. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), na área de Direito Ambiental Tributário. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (Ibet). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito pela Emab/UCSal. Especialista em Direito, Inovação e Tecnologia, pela Faculdade Cers. Autora de vários artigos publicados em revistas e periódicos.

**EXMO(A) SR(A) DR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 9ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SALVADOR**

**EXECUÇÃO FISCAL Nº 0798152-05.XXXXXX**

**O Município do Salvador**, por sua procuradora infrafirmada, nos autos em epígrafe, movido em face de XXXXXXXXXXXXXXXX, inconformado com a sentença proferida por este douto juízo, vem interpor, tempestivamente, **Recurso de Apelação**, requerendo o seu recebimento e envio dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, para processamento nos termos dos artigos 1009 e seguintes do CPC, conforme as razões abaixo expendidas.

Nestes termos, p. deferimento.  
Salvador, 19 de maio de 2022

**Execução Fiscal nº 0798152-05.XXXXXX**

**Apelante: MUNICIPIO DO SALVADOR**

**Apelada: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**

**RAZÕES DE APELAÇÃO**

Eminentes Desembargadores,

**1 DA TEMPESTIVIDADE RECURSAL**

O prazo para a interposição do recurso de apelação é de 15 dias úteis, nos termos do art. 219, art. 1.003, § 5.º, c/c com o art. 1.009, ambos do CPC/2015. Em se tratando da Fazenda Pública, há a prerrogativa dos prazos em dobro (art. 183 do CPC/2015) – 30 dias úteis –, e a sua contagem tem início com a vista pessoal dos autos pelo procurador, da sua carga ou remessa (art. 183 c/c art. 1.003, caput, ambos do CPC/2015).

No caso dos autos, a intimação da sentença ocorreu em 18 de maio de 2022. Portanto, é tempestivo o presente apelo.

**2 DA SÍNTESE DOS FATOS**

Trata-se de execução fiscal ajuizada para cobrança de IPTU e TRSD, exercício 2012 e 2013, referente à inscrição n. XXXXXXXX.



Em exceção de pré-executividade, o apelado sustentava ser parte ilegítima, pois a transferência do imóvel ocorreu há mais de 20 anos, e que o novo proprietário, sr. XXXXXXXXXXXX, imitiu-se na posse do imóvel em 19 de janeiro de 2000, com a entrega das chaves, razão pela qual o apelado não teria responsabilidade pelo pagamento dos tributos em tela.

O município apresentou impugnação, contudo o juízo *a quo* acolheu a exceção, reconhecendo a ilegitimidade passiva, para extinguir a execução fiscal e condenar o município ao ônus da sucumbência.

No entanto a sentença apelada está totalmente equivocada e em dissonância absoluta com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme se demonstrará.

DA INEXISTÊNCIA DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO APELADO. DA FALTA DE REGISTRO DA TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DO IMÓVEL NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS. CONVENÇÕES ESTABELECIDAS ENTRE PARTICULARES SÃO INOPONÍVEIS À FAZENDA PÚBLICA (ART. 123 DO CTN). FATO GERADOR DO IPTU NÃO É ENTREGA DE CHAVES. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

Embora de culta e ilustre lavra, a sentença recorrida merece reforma, pois, ao acolher a exceção de pré-executividade e extinguir a execução fiscal, afrontou a legislação pátria e a jurisprudência pacífica do STJ.

Primeiro, o contrato é instrumento particular de promessa de compra e venda, mas, quando **não registrado no cartório de imóveis**, não tem o condão de transferir a propriedade.

Ora, somente o registro da escritura pública de compra e venda no cartório de imóveis competente é capaz de transferir a propriedade, conforme determina o art. 1.245 do Código Civil/2002 e o art. 188 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73):

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

§1º. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel (BRASIL, 2022).

Art. 188. Protocolizado o título, proceder-se-á ao registro, dentro do prazo de trinta dias, salvo nos casos previstos nos artigos seguintes (BRASIL, 1973)

O jurista Nelson Rosenvald (2004, p. 44) é claro a esse respeito: “O registro, porém, é uma tradição solene, eis que demanda a formalidade do processamento perante o ofício imobiliário, sendo insuficiente a subscrição do título ou a mera entrega da coisa ao adquirente”.

Portanto, o instrumento particular de compra e venda ou outro documento particular de alienação da propriedade apenas formaliza a transferência da propriedade, enquanto a escritura desse contrato formaliza a alienação, gerando efeitos quanto à transmissão da propriedade. Mas somente o **registro da escritura pública** na matrícula do imóvel é que possui o condão de transferir a titularidade do imóvel. Ademais, instrumentos particulares de transferência de propriedade, sem registro no cartório imobiliário, não são oponíveis ao Fisco, nos termos do art. 123 do CTN.

Por fim, em havendo alterações relativas à propriedade, há obrigação acessória de comunicar ao Fisco, no prazo de 30 dias, nos termos dos arts. 4.º e 132, § 2.º, da Lei Municipal n. 4.279/90 (antigo CTRMS), e do § 1.º do art. 217 do atual CTRMS (Lei n. 7.186/2006), o que não ocorreu no caso em tela.

Segundo, não há que se falar em inexistência de responsabilidade do apelado pelo pagamento dos tributos, em razão de o proprietário ter se imitado na posse em 19 de janeiro de 2000, com a entrega das chaves, pois o fato gerador do IPTU está descrito no art. 32 do CTN e nada tem a ver com o recebimento das chaves do imóvel, sendo esse, inclusive, o entendimento pacífico do STJ.

O art. 32 do CTN trata do fato gerador do IPTU e o art. 34 do CTN trata do sujeito passivo de IPTU, nos seguintes termos:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. [...]

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título (BRASIL, 1966).

Importante asseverar que a determinação do sujeito passivo da incidência dos referidos tributos é de competência municipal, observando-se os limites impostos pelo CTN. Com efeito a evitar qualquer discussão acerca do tema, foi editada a Súmula 399, da lavra do eg. STJ, que diz: “Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU”.

Assim, o art. 63 da Lei municipal n. 7.186/2006 (Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador) determina:

Art. 63. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título.

§ 1º Respondem pelo imposto os promitentes-compradores, os cessionários, os comodatários e os ocupantes a qualquer título do imóvel, ainda que pertencente à pessoa física ou jurídica de direito público ou privado isenta do imposto ou imune

§ 2º São ainda responsáveis o espólio e a massa falida pelo pagamento do imposto incidente sobre os imóveis que pertenciam ao “de cujus” e ao falido, respectivamente

A jurisprudência assente no STJ é no sentido de reconhecer a solidariedade entre adquirente e alienante pelos débitos decorrentes de IPTU, conforme abaixo:

RECURSO FUNDADO NO CPC/2015. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. IPTU. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESPONSABILIDADE DO POSSUIDOR (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO (PROMITENTE VENDEDOR). MATÉRIA DECIDIDA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

**Esta Corte Superior, no julgamento do REsp 1.111.202/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, previsto no artigo 543-C do CPC, pacificou o entendimento de que “tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU” (Tema 122 dos Recursos Repetitivos).**

2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no REsp: 1489075 SP 2014/0263947-0, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 21/09/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/09/2017). PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. IPTU. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO POSSUIDOR (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO (PROMITENTE VENDEDOR). ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.110.551/SP. 1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC. 2. “A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU” (REsp 1.110.551/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.6.2009 — recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 114.617/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 14/05/2012) (grifos nossos).

Terceiro, convém destacar, ainda, que pouco importa para o Fisco se o promitente comprador recebeu ou não as chaves do imóvel, haja vista esse não ser o fato gerador do IPTU, por ser mera avença realizada entre particulares e que é inoponível ao Fisco (art. 123 do CTN). Essa matéria já foi decidida em sede de recurso repetitivo – **Tema 122 do STJ**:

Processo REsp 1836057 / RS RECURSO ESPECIAL 2019/0263054-0 Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139) Órgão Julgador T2 – SEGU DA TURMA Data do Julgamento 01/10/2019 Data da Publicação/Fonte DJe 09/10/2019 RET vol. 130 p. 88 Ementa TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPTU. LEGITIMIDADE PASSIVA. MORA NA ENTREGA DO IMÓVEL COMERCIAL. RESPONSABILIDADE NÃO OPONÍVEL AO FISCO.

**1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 122, vinculado ao Recurso Especial repetitivo n. 1.111.202/SP, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, firmou entendimento de que tanto o promitente comprador do imóvel quanto seu promitente vendedor são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU.**

2. O proprietário e o possuidor do imóvel são responsáveis pelo pagamento do tributo cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse do bem imóvel.

**3. Conforme estabelece o art. 123 do CTN, as convenções particulares não são oponíveis ao fisco. Dessa forma, em que pese à informação de que o imóvel objeto da obrigação tributária não foi entregue ao comprador pela construtora (já condenada ao pagamento de aluguéis), tal situação deve ser resolvida na esfera privada.**

4. Recurso especial a que se nega provimento. De fato, o prosseguimento do feito em relação ao novel proprietário do bem não implica, *in casu*, em alteração no lançamento, mas decorre da **sub-rogação automática do débito, em razão da alienação do bem tributado, verificada, repita-se, no curso da execução fiscal** (grifos nossos).

**O Tema 122 do STJ**, em recurso repetitivo, é no seguinte sentido:

Tema Repetitivo 122 - Redação Oficial

1-Tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU;

2-cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU.

### 3. INEXISTÊNCIA DE USUCAPIÃO RECONHECIDA JUDICIAL OU EXTRAJUDICIALMENTE.

Por fim, diferentemente do que fundamenta a sentença, pouco importa se o município abordou ou não diretamente o tema *usucapião*, pois a simples análise, no foro tributário, de que já teria prazo suficiente para usucapião do imóvel, não tem o condão de alterar a legitimidade passiva do IPTU.

Isso porque **é preciso que a usucapião tenha sido reconhecida JUDICIALMENTE no foro cível competente (com sentença registrada na matrícula do imóvel perante o cartório de registro de imóveis) ou EXTRAJUDICIALMENTE (no cartório de registro de imóveis onde está localizado o imóvel), ocasião em que será analisado se todos os requisitos legais para reconhecimento da usucapião foram atendidos.**

Observe-se, ainda, que, diferentemente do que tenta transparecer na sentença recorrida, o simples atendimento de lapso temporal da usucapião não é o suficiente, pois a LEI exige outros requisitos, como ter posse com *animus domini*, que ela seja mansa e pacífica, sendo é imprescindível que essa análise seja feita por meio de processo judicial ou extrajudicial.

**Desse modo, o juízo a quo é absolutamente incompetente para reconhecimento da usucapião, já que o foro competente é o cível, e não o tributário, como é o caso dos autos.**

O Código Civil de 2002 trata da usucapião nos arts. 1.238 a 1.244, deixando evidente a necessidade de reconhecimento **judicial**, cujo título (sentença) será utilizado para registro no cartório de registro de imóveis:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; **podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.**

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 2º <sup>(VETADO)</sup>. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

**Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.**

**Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.**

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

**Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.**

Art. 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião (BRASIL, 2002, grifos nossos).

Da análise dos artigos acima mencionados, verifica-se que **os requisitos materiais para o reconhecimento da usucapião são: i) certo prazo de tempo na posse do imóvel; ii) ter posse com *animus domini*; iii) posse mansa, pacífica e contínua.**

O requisito formal é que seja reconhecida a usucapião judicialmente ou extrajudicialmente.

O reconhecimento extrajudicial da usucapião surgiu com o Código de Processo Civil de 2015 (art. 1.071), que acrescentou, ainda, o art. 216-A à Lei de Registros Públicos:

Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A: (Vigência)

“Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

§ 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

§ 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.

§ 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.

§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

§ 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum (BRASIL, 2015).

Portanto, depreende-se que o reconhecimento da usucapião necessita de processo judicial ou procedimento extrajudicial no cartório de registro de imóveis, assegurando-se contraditório, ampla defesa e observância do atendimento a todos os requisitos legais para o reconhecimento, de modo que o juízo *a quo*, na falta de existência de reconhecimento judicial ou extrajudicial de usucapião nos autos, é absolutamente incompetente para reconhecê-la.

Assim, resta clara a legitimidade passiva do apelado mantém-se incólume.

#### **4 DO PEDIDO**

Por todo o exposto, a Fazenda Pública municipal requer seja reformada a sentença para reconhecer a legitimidade passiva do apelado e, em consequência, determinar o regular prosseguimento da execução fiscal.

Nestes termos, pede deferimento.

Salvador, 19 de maio de 2022



## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 maio 2022.
- BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 10 maio 2022.
- BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em: 10 maio 2022.
- BRASIL. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16015compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm). Acesso em: 10 maio 2022.
- ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3. ed., atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- SALVADOR. **Lei n. 4279, de 28 de dezembro de 1990.** Código Tributário e de Rendas do Município do Salvador. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/1990/428/4279/lei-ordinaria-n-4279-1990-codigo-tributario-e-de-rendas-do-municipio-do-salvador>. Acesso em: 10 maio 2022.
- SALVADOR. **Lei n. 7186, de 27 de dezembro de 2006.** Institui o Código Tributário e de Rendas do Município do Salvador. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2006/719/7186/lei-ordinaria-n-7186-2006-institui-o-codigo-tributario-e-de-rendas-do-municipio-do-salvador>. Acesso em: 10 maio 2022.

