

ISSN 0419-4454

Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal

v. 43, n. 1, janeiro/junho 2021

60
Anos
1961-2021

As vitórias da PGDF
Edição Especial

A composição que ilustra a capa da Edição Especial desta Revista Jurídica foi inspirada nos elementos do escudo da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF).

Os traçados do símbolo buscam evidenciar a sua divisão em seis blocos, em homenagem às seis décadas de história da Instituição.

Os quatro grandes blocos estampados em cor branca fazem referência à representação visual do Distrito Federal. Brasília pode ser simbolicamente identificada ao centro, a partir da emblemática curvatura das linhas do Plano Piloto.

Os dois blocos retangulares à esquerda formam uma barreira, alusiva à missão institucional da PGDF na defesa do Distrito Federal.

O verde-grama e o amarelo-ouro foram inspirados nas cores oficiais do Distrito Federal, presentes também na bandeira da Capital Federal. A escolha do azul-oceano nos traços dialoga com a máxima de Lúcio Costa: “O Céu é o mar de Brasília”. A cor representa ainda o horizonte como ponto de orientação e destaca a atuação da PGDF como órgão central do sistema jurídico do Distrito Federal.

O escudo da PGDF é o signo visual máximo de sua nova identidade, presente em sua nova logomarca e em sua inédita bandeira.



Capa

* Daniel Natan Ferreira e Silva
Servidor da Assessoria de Comunicação
da Procuradoria-Geral do Distrito Federal

* Marcel Carvalho de Souza Vasconcelos
Chefe da Assessoria de Comunicação
da Procuradoria-Geral do Distrito Federal

REVISTA JURÍDICA DA
PROCURADORIA-GERAL
DO DISTRITO FEDERAL



As vitórias da PGDF
Edição Especial

PROCURADORIA ESPECIAL DE GESTÃO ESTRATÉGICA,
ESTUDOS E INOVAÇÃO – PROGEI

ISSN 0419-4454

RJPGDF	Brasília	v. 43	n. 1	p. 1-207	jan/jun 2021
--------	----------	-------	------	----------	--------------

LUDMILA LAVOCAT GALVÃO
Procuradora-Geral do Distrito Federal

IDENILSON LIMA DA SILVA
Procurador-Geral Adjunto do Contencioso

SARAH GUIMARÃES DE MATOS
Procuradora-Geral Adjunta do Consultivo

CARLOS AUGUSTO VALENZA DINIZ
Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Distrital

ANA VIRGÍNIA CHRISTOFOLI
Corregedora

HELDER DE ARAÚJO BARROS
Secretário-Geral

CRISTIANY FERREIRA BORGES
Gerente da Biblioteca Jurídica
“Onofre Gontijo Mendes”

EDITORA-CHEFE
Izabela Frota Melo

CONSELHO EDITORIAL ESPECIAL
Jorge Octávio Lavocat Galvão
Léo Ferreira Leony
Flávio Jaime de Moraes Jardim

COMISSÃO CIENTÍFICA
Cíntia de Souza Mohamad
Cristiany Ferreira Borges
João Pedro Silva Siriano

PARECERISTAS ESPECIAIS
Sarah Guimarães de Matos
Idenilson Lima da Silva
Carlos Augusto Valenza Diniz

COLABORADORES
Grace Adelaide Freitas de Abreu
Lara Vieira Pontes
Marisa da Silva de Sales
Vanessa Freitas Silva
Aline Teixeira dos Santos
Amália Chaves Palomino
Victor Rodrigues de Carvalho

PRODUÇÃO GRÁFICA
Traço Leal Comunicação

Capa
Marcel Carvalho de Souza Vasconcelos
Daniel Natan Ferreira e Silva

Diagramação
Plínio Fernandes

Revisão
André Luiz Álvares e Silva

Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores e as opiniões neles manifestadas não representam necessariamente a opinião da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibidas as reproduções para fins comerciais.

A Revista é indexada pela Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal.

Impresso no Brasil.

Procuradoria-Geral do Distrito Federal
Procuradoria Especial de Gestão Estratégica, Estudos e Inovação – PROGEI
SAM – Bloco I – Edifício Sede da Procuradoria-Geral
do Distrito Federal | 70620-090 | Brasília – Distrito Federal
Fone: (61) 3025-9697 | 3025-9679
E-mail: revista@pg.df.gov.br
Site da Revista: <http://revista.pg.df.gov.br>
Tiragem 1.000 exemplares

*Solicita-se permuta. Pídesse canje. On demande l'échange. Si richiede la scambio.
We ask for Exchange. Wir bitten um Austausch.*

Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.
RJPGDF – Vol 1, n. 1 (1966). -- Brasília: Procuradoria-Geral do Distrito Federal:
Procuradoria Especial de Gestão Estratégica, Estudos e Inovação, 2021.
v. 43, n. 1, 21,5cm.

60 Anos: 1961 2021 As vitórias da PGDF – Edição especial.
Periodicidade semestral
ISSN 0419-4454

1. Direito. I. Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

CDU 34(05)

INSTRUÇÕES EDITORIAIS PARA OS AUTORES

EDITAL N° 01, DE 28 DE MAIO DE 2021

CHAMAMENTO DE TRABALHOS PARA A REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL EDIÇÃO ESPECIAL EM COMEMORAÇÃO AO ANIVERSÁRIO DE 60 ANOS – AS VITÓRIAS DA PGDF

A PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL, por meio da Secretaria-Geral e da Equipe Editorial, lança o Chamamento n° 01/2021 para convidar os procuradores e ex-procuradores do Distrito Federal, bem como os procuradores e ex-procuradores de que trata a Lei Complementar n° 914, de 02 de setembro de 2016, para compartilhar suas experiências de sucesso vivenciadas durante os 60 anos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, na defesa dos interesses do ente distrital no âmbito contencioso ou consultivo, contribuindo com a elaboração de artigo, no intuito de promover a sua memória institucional. As submissões escritas serão avaliadas para integração do 43° Volume da Revista Jurídica da PGDF – Edição Especial, a ser lançado em comemoração ao aniversário de 60 anos desta instituição.

1. A Secretaria-Geral da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (SEGER/PGDF) informa que no período de 1° de junho a 30 de junho de 2021 receberá as contribuições para o próximo número da publicação tendo como título "As vitórias da PGDF – Edição especial em comemoração ao aniversário de 60 anos".

CONTRIBUIÇÕES ADMITIDAS

2. A Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal publicará artigos da ciência do direito que tenham relevância para a advocacia pública, tendo como objetivo o resgate dos fatos relevantes da história deste órgão central do sistema Jurídico do Distrito Federal, revisitando as vitórias da PGDF que fazem parte do história do Distrito Federal.

2.1 Os artigos, por cujo teor os respectivos autores são exclusivamente responsáveis, deverão ser inéditos.

2.2 Os artigos que tratam de pareceres e demais trabalhos forenses deverão ser encaminhados com a devida omissão de dados que possam comprometer a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoas, ou qualquer outro bem juridicamente protegido.

2.3 Somente serão admitidas contribuições redigidas em português.

PERFIL DOS COLABORADORES

3. Poderão encaminhar contribuições os procuradores e ex-procuradores do Distrito Federal, bem como os procuradores e ex-procuradores de que trata a Lei Complementar n° 914, de 02 de setembro de 2016.

LINHA EDITORIAL

4. A Revista destina-se à publicação de contribuições que apresentem temática de vitórias da PGDF na área contenciosa ou consultiva, de interesse da advocacia pública e que primem pela relevância dos assuntos tratados.

FORMA DE ENVIO

5. As submissões deverão ser enviadas exclusivamente para o endereço eletrônico: revista@pg.df.gov.br e deverão conter:
 - a) o título do trabalho em português, seguido de resumo em português;
 - b) o nome do autor da contribuição, que deverá vir logo abaixo do título em português, alinhado à direita, com asterisco indicativo de nota de rodapé contendo os seguintes dados: formação acadêmica/titulação, atuação profissional/vínculo institucional, e-mail. Tais informações deverão ser apresentadas apenas na primeira página do artigo.

NORMAS PARA FORMATAÇÃO DOS TRABALHOS

6. As contribuições deverão ser encaminhadas de acordo com as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – NBR 6022/2018, 6023/2018, 6028/2021 e 10520/2002 – e adotarão, entre outras, o seguinte formato:
 - a) número de páginas: de 10 a 20, incluindo notas de rodapé e bibliografia;
 - b) arquivo em *Word*, fonte *Times New Roman*, letra tamanho 12, espaçamento entre linhas 1,5;
 - c) margens superior e esquerda 3 cm, inferior e direita 2,0 cm;
 - d) alinhamento justificado, com recuo de 1,5 na primeira linha;
 - e) as citações, quando não excederem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com

recuo de 4 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (*Times New Roman*), tamanho 10, sem o uso de itálico e nem de aspas.

f) resumo em português (máximo de 250 palavras);

g) o texto deve ser inédito e pode ser escrito em coautoria.

AVALIAÇÃO DOS TRABALHOS

7. As contribuições que cumprirem os requisitos formais estabelecidos neste ato serão submetidas à apreciação da editora-chefe para manifestação quanto à viabilidade da publicação, especialmente no tocante à adequação ao perfil editorial da Revista, entre outros aspectos.

7.1. Em caso de divergência entre os pareceristas, a decisão final sobre a publicação do trabalho caberá a um terceiro avaliador.

7.2. Os autores poderão ser convidados a promover, a seu critério, quaisquer ajustes recomendados pelos pareceristas, bem como serão informados acerca de eventual recusa da publicação mediante comunicado da Comissão Avaliadora.

7.3 À Comissão Avaliadora, composta pela editora-chefe e dos três Procuradores-Gerais Adjuntos na função de pareceristas, compete adotar as medidas para coordenar, acompanhar e promover a publicação da Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal – Edição Especial: As vitórias da PGDF em comemoração ao aniversário de 60 anos.

7.4. A Comissão Avaliadora é composta por:

- I. Izabela Frota Melo, matrícula nº 96.936-2, Procuradora-Chefe da Procuradoria Especial de Gestão Estratégica, Estudos e Inovação; como editora-chefe;
- II. Sarah Guimarães de Matos, matrícula nº 174.801-7, Procuradora-Geral Adjunta do Consultivo; a quem caberá a função de parecerista;
- III. Idenilson Lima da Silva, matrícula nº 232.495-4, Procurador-Geral Adjunto do Contencioso; a quem caberá a função de parecerista; e
- IV. Carlos Augusto Valenza Diniz, matrícula nº 174.966-8, Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Distrital; a quem caberá a função de parecerista;

Ludmila Lavocat Galvão

Procuradora-Geral do Distrito Federal

SUMÁRIO

60 anos de Procuradoria-Geral do Distrito Federal – a advocacia pública como forma de implementação de direitos fundamentais e de consecução de políticas públicas – Parte 1 <i>Roberta Fragoso de Medeiros Menezes</i>	10
60 anos de Procuradoria-Geral do Distrito Federal – a advocacia pública como forma de implementação de direitos fundamentais e de consecução de políticas públicas – Parte 2 <i>Roberta Fragoso de Medeiros Menezes</i>	33
Relação Fisco <i>versus</i> contribuinte: contraditório e ampla defesa no procedimento administrativo fiscal no Distrito Federal <i>Eduardo Muniz Machado Cavalcanti</i>	57
As empresas estatais dependentes, a negociação coletiva de trabalho e os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal <i>Hugo Fidelis Batista</i>	73
Reestruturação da CAMEDIS: barreiras à inovação no serviço público e avanços da Procuradoria-Geral do Distrito Federal na gestão estratégica <i>Lília Almeida</i>	89
Acordo direto para pagamento de precatórios do Distrito Federal – uma alternativa para redução do passivo com precatórios <i>Idenilson Lima da Silva</i>	104
Ação de indenização por danos morais em razão de superlotação carcerária – Atuação da PGDF na Ação Civil Pública nº 0702921-69.2017.8.07.0018 <i>Bruno Novaes de Borborema</i>	116
Caso 444/1988 (A. R. de M. e outros): o maior e mais antigo processo trabalhista da PGDF <i>Bruno César Gonçalves Teixeira</i>	133
Criminalização do devedor contumaz de ICMS. Uma vitória da sociedade <i>Luciana Marques Vieira da Silva Oliveira</i>	150
ADPF 357: o federalismo cooperativo e o fim da preferência da União no crédito tributário <i>Diego Jorge Tenório Tavares</i>	173
Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta com o poder público relativo ao meio ambiente do trabalho <i>Edvaldo Nilo de Almeida</i>	186

APRESENTAÇÃO

No dia 28 de março de 2021, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal completou 60 anos. A data ocorre em um momento triste da humanidade. São inúmeros os desafios diários para o enfrentamento à Covid-19, que ceifou vidas em todo o mundo e, também, aqui no nosso meio. Iniciamos, portanto, as comemorações da Procuradoria-Geral do Distrito Federal com o registro de nossa solidariedade a todos os que estão sofrendo, rogando a Deus que conforte os corações aflitos e desamparados. Nesse tempo difícil, devemos manter acesa a chama da esperança de dias melhores.

A Procuradoria-Geral do Distrito Federal, como órgão central do sistema jurídico do Distrito Federal, essencial à justiça e à administração, tem desempenhado suas competências de representação judicial e de consultoria jurídica de forma exemplar durante toda a sua existência. Parabenizar a Procuradoria-Geral do Distrito Federal é reconhecer a excelência do trabalho realizado por cada pessoa que, com responsabilidade e dedicação, busca a entrega de um serviço público de forma célere, efetiva, eficiente e com segurança jurídica.

Para a celebração do aniversário, o Decreto nº 41.926/2021 presenteou a Procuradoria-Geral do Distrito Federal com escudo, logomarca e bandeira, como marcas oficiais, únicas e exclusivas, para consolidar a identidade institucional e a imagem organizacional. Por sua vez, o Decreto nº 42.094/2021 trouxe à baila o novo Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Distrito Federal. A Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal – RJPGDF apresenta uma edição especial à comemoração aos 60 anos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, com artigos que retratam vitórias na área contenciosa ou consultiva do Distrito Federal.

É com muita alegria e satisfação que congratulamos os procuradores do Distrito Federal Bruno César Gonçalves Teixeira, Bruno Novaes de Borborema, Diego Jorge Tenório Tavares, Eduardo Muniz Machado Cavalcanti, Edvaldo Nilo de Almeida, Hugo Fidélis Batista, Idenilson Lima da Silva, Lília Almeida, Luciana Marques Vieira da Silva Oliveira e Roberta Fragoso de Medeiros Menezes, que contribuíram com a elaboração de artigos que contam suas experiências no cumprimento das missões institucionais. Sua leitura revela, de maneira insofismável, a excelência do trabalho realizado pelos Procuradores do Distrito Federal no combate sério e competente dos interesses do Distrito Federal.

Ludmila Lavocat Galvão
Procuradora-Geral do Distrito Federal

60 ANOS DE PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL: A ADVOCACIA PÚBLICA COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – PARTE 1

Roberta Fragoso de Medeiros Menezes¹

Resumo: A partir de um estudo interdisciplinar, a correlacionar atuação na Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) em áreas distintas, tanto no consultivo, como no contencioso, examina-se neste artigo de que maneira a participação da PGDF foi essencial na implementação de direitos fundamentais e nas políticas públicas necessárias à consecução do Estado Democrático de Direito.

1 INTRODUÇÃO

A advocacia pública representa o Estado e, nesse sentido, tem atuação imprescindível para a implementação das políticas públicas e para a consecução dos direitos fundamentais. Por situar-se no centro do Poder, cabe à Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) atuação de maior relevo no âmbito nacional, pois grande parte dos temas e dos debates aqui mencionados, na verdade, foi de importância que transcende a esfera local e merece destaque no país. O trabalho cingir-se-á à análise de alguns dos casos mais relevantes que participei como procuradora do Distrito Federal, seja na esfera do consultivo, seja no contencioso. A escolha foi com base em critérios subjetivos, e o relato pretende resumir a importância de cada caso sob a ótica exclusiva da autora, segundo critérios pessoais.

1 Procuradora do Distrito Federal Categoria II. Professora de Direito Constitucional e Direito Administrativo na Escola do Ministério Público do DF. Doutoranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). MBA em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Autora do livro *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007. E-mail: roberta.fragoso@pg.df.gov.br

2 A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – ADC Nº 16

A presente ação foi ajuizada pelo governador do Distrito Federal, tendo esta procuradora como subscritora e participação de praticamente todos os estados-membros, diversos municípios, bem como da União, que ingressaram no feito na condição de *amicus curiae*. A questão colocada nos autos decorreu de ideia da PGDF, que resolveu enfrentar o tema via controle concentrado de constitucionalidade, por perceber a inutilidade de tentar enfrentar o tema em sede de controle difuso, pois os sucessivos recursos extraordinários interpostos não conseguiam superar a jurisprudência restritiva da Corte Maior, que impunha verdadeiras cláusulas de barreira de acesso à análise do tema via controle difuso, em face de o Supremo Tribunal Federal (STF) entender que se tratava de matéria de competência de Corte diversa – tratava-se de Direito Trabalhista. Por não termos tido sucesso com os sucessivos pedidos de análise da matéria via recurso extraordinário, a saída, então, foi tentar resolver o problema em sede de controle abstrato de constitucionalidade, via Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), por meio da qual se objetivou a declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 e por consequência obter a declaração de inconstitucionalidade do inciso IV, do Enunciado nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Confira-se com o teor da norma objeto da ação declaratória de constitucionalidade:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (BRASIL, 1995, grifo meu).

A norma objeto da ADC, a despeito de sua constitucionalidade evidente e manifesta, sofria ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o TST, que diuturnamente negava vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a administração direta, quanto a indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado, a saber:

ENUNCIADO 331 TST

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93). (Res. 23/1993 DJ 21-12-1993, grifo meu).

Dá a necessidade do ajuizamento da ADC, pelo artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93 encontrar-se com a presunção de constitucionalidade relativizada, diante das constantes negativas de vigência que a norma passou a sofrer por parte da magistratura laboral. A Lei nº 9.868/99, que dispôs sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da ADC, concretizou a previsão constitucional inserta no artigo 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal. A ADC, nessa linha, funciona como uma ação autônoma, nos moldes das demais ações diretas submetidas à jurisdição do STF, por via das quais se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada por parte da Corte Maior. A nota essencial a distinguir a ADC das demais formas de controle concentrado de constitucionalidade reside justamente no fato de que, sem embargo da presunção de constitucionalidade que acompanha os atos normativos do Poder Público, em algumas situações, a questão se torna tão controvertida, que se faz imperioso se recorrer ao STF, a fim de sanar a controvérsia judicial instalada. Nesse diapasão, a ADC funciona como verdadeiro mecanismo para que a Corte Maior reconheça a compatibilidade entre o artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93 e a Constituição Federal, objetivando afastar a incerteza jurídica que assola o Judiciário do País, além de estabelecer uma orientação homogênea acerca da matéria. Bem averbou a importância da ADC o ministro Néri da Silveira, quando do julgamento da ADC nº 1/DF:

[A ADC busca] tornar mais rápida a definição do Poder Judiciário, em abstrato, sobre a validade ou não de lei ou ato normativo federal, evitando-se, pois, se prolonguem no tempo, com prejuízo à Justiça, as dúvidas sobre a constitucionalidade da norma, com autêntico tumulto nos Juízos e Tribunais que houverem de aplicá-la, pelo volume de demandas e divergências, em torno do mesmo tema.

Por oportuno, ressalte-se que a Lei nº 9.868/99 veio reforçar, no direito brasileiro, a tendência de priorizar-se a jurisdição constitucional abstrata e concentrada, na tentativa de pôr fim a inúmeras demandas individuais, subjetivas e concretas absolutamente idênticas, cujos resultados, muitas vezes conflitantes, apenas induziriam à desordem social e à insegurança jurídica.

Nesse sentido, importante destacar trecho da decisão proferida pelo ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da ADC n° 1/DF:

Esta convivência [entre o sistema difuso e o sistema concentrado] não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado **que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.** (grifo meu).

Eis, em suma, a balbúrdia jurídica em que se encontravam os operadores do direito quanto à aplicabilidade, ou não, da responsabilidade subsidiária do Poder Público em relação ao descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada mediante licitação. Somente a atuação enérgica do STF poderia pôr fim a esse descalabro judicial, trazendo paz onde antes imperava o conflito. Assim, a ADC n° 16 justificava-se plenamente na medida em que o artigo 71, §1°, da Lei n° 8.666/93 encontra-se com a presunção de constitucionalidade enfraquecida, diante da edição do Verbete n° 331, especialmente o inciso IV, da súmula de jurisprudência dominante do TST. Necessária a intervenção da Corte Maior para restabelecer a força normativa do artigo 71, §1°, determinando a abstenção de qualquer entendimento conflitante com a hermenêutica pela Corte conferida.

Como visto, por meio do artigo 71, §1°, da Lei Federal n° 8.666/93, determina-se que, ao contratado pela Administração Pública, mediante licitação, é que devem recair os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais. É bem verdade que o §2° do mesmo dispositivo determina a responsabilização solidária do ente público com o contratado, em se tratando dos débitos previdenciários. Mas, no que concerne aos débitos trabalhistas, a lei é clara ao dispor que não há responsabilidade por parte do ente estatal. Nessa seara, a norma objetiva resguardar a administração pública, a qual, após haver tomado todas as cautelas necessárias e previstas em lei, relativas à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e jurídica da empresa a ser contratada, não pode ser responsabilizada pelo dano que não produziu e em relação ao qual, diligentemente e nos termos da lei, tentou evitar. Obviamente, o Poder Público, mesmo após todos os cuidados necessários anteriores à contratação, não se desincumbe do dever de fiscalizar a execução da obra e/ou do

serviço, para tanto nomeando um servidor especificamente para tal mister – o executor do contrato, nos termos previstos pelo artigo 67, da Lei Federal nº 8.666/93. No entanto, em que pese a Administração Pública envidar todos os esforços para bem fiscalizar a execução da obra e/ou a prestação do serviço, e haver diligenciado da forma prevista em lei para poder proceder à contratação, o inciso IV, do Enunciado nº 331 pretende, na verdade, realizar uma responsabilização objetiva do Poder Público, adotando-se, para tanto, a teoria do risco integral, no qual basta existir o dano para exsurgir a necessidade de o Poder Público reparar, ainda que, para tanto, não tenha dado causa e que tenha tentado a todo custo evitar sua insurgência.

O inciso IV do Enunciado ofende, assim, a norma prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, na medida em que a adoção da responsabilidade objetiva do Estado no Brasil deriva da teoria do risco administrativo, em que existem algumas excludentes de responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima e a constatação de força maior e caso fortuito. Na hipótese, a excludente da responsabilidade faz-se imperiosa porquanto as obrigações trabalhistas deverão incidir apenas para as empresas contratadas pela Administração, que terão toda a culpa pela sua inadimplência.

Com efeito, a prevalecer o entendimento hodierno praticado pelo TST, haverá clara violação aos princípios da “legalidade, da liberdade, o princípio da ampla acessibilidade nas licitações públicas e o princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo (arts. 5º, inciso II, e 37, caput, inciso XXI, e §6º, da Constituição Federal)”.

O princípio da legalidade, positivado por meio do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, e corolário do Estado de Direito, consubstancia-se na previsão de que os indivíduos somente têm o dever de se submeterem às restrições impostas pela lei, formalmente e materialmente constitucional. Nessa linha, há de se distinguir que a submissão ao princípio da legalidade funciona de maneira diferente, na seara do Direito Privado e na órbita do Direito Público.

Com efeito, no âmbito do Direito Privado, aos indivíduos é permitido fazer tudo aquilo que a lei não os proíba, é a prevalência do princípio da liberdade da atuação do particular. No entanto, de maneira diferente, o princípio da legalidade não só norteia a atuação da Administração Pública como a condiciona, uma vez que ao Poder Público só é dado fazer aquilo que estiver previsto em lei. Trata-se, em suma, da aplicação do princípio da legalidade na Administração – artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Sem expressa previsão legal no sentido de permitir determinada atuação, o Poder Público simplesmente não pode agir.

Desse modo, os requisitos para participar da licitação somente podem ser aqueles expressamente exigidos em lei. Da mesma forma, também os pressupostos para a contratação com o Poder Público decorrem de previsão legal expressa. Tal fato advém da conformação da Administração Pública a dois princípios: o da indisponibilidade do interesse público e o da legalidade. Sobre o primeiro princípio, valemo-nos das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando este afirmou:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*. É sempre oportuno lembrar a lição de Cirne Lima a propósito da relação de administração. Explica o ilustrado mestre [...] “Administração é a atividade de quem não é senhor absoluto”. Diz ele, com invulgar felicidade, que “Opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém a finalidade impessoal a que essa vontade deve servir”. O mestre gaúcho pondera acertadamente que “a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros”. Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela (MELLO, 2004, p. 65, grifo meu).

Dessa forma, à Administração não é permitido agir da maneira como bem entender, ao livre alvedrio. Sua atuação se conforma e se submete à lei. Nessa linha, de nada adiantaria o Estado Brasileiro autoproclamar-se um Estado Democrático de Direito se não atendesse às características que lhe são fundamentais, bem explicitadas pelo professor espanhol Elias Díaz (1998, p. 44): o “Império da Lei” – a lei como expressão da vontade geral; a “Divisão de Poderes”; a “Legalidade da Administração” – atuação segundo a lei e suficiente controle judicial; os “Direitos e Liberdades Fundamentais” – como garantia jurídico-formal e a efetiva realização material. Observa-se, desse modo, dentre os pilares do Estado de Direito situa-se a submissão da Administração Pública à legalidade e, nesse sentido, a subordinação da administração ao princípio da tripartição de poderes. Nessa linha, já afirmou Seabra Fagundes

(1984, p. 3), “Administrar é aplicar a lei, de ofício”, no que é corroborado por Celso Antônio Bandeira de Mello, quando este explicou:

O princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, em conseqüente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal. (MELLO, 2004, p. 90-91, grifo meu).

Verifica-se, dessa forma, a impossibilidade de se exigir do Poder Público uma atuação diferente, no que concerne aos requisitos a serem cumpridos pelas empresas quando estas forem participar das licitações e contratações com a Administração. Por mais diligente e operante que o Poder Público seja, encontra limites de atuação nos termos previstos na lei. Assim, por total falta de disposição normativa, o Poder Público não pode exigir documentação diversa da longa lista prevista nos artigos 27 e seguintes, da Lei Federal nº 8.666/93, nem antes, nem depois da contratação. Não pode, por exemplo, exigir certidão negativa da fiscalização do trabalho, certidão negativa de débitos trabalhistas e tantos outros documentos quantos forem necessários para comprovar a idoneidade da empresa em relação aos encargos trabalhistas, por absoluta falta de previsão legal. Nesse diapasão, ainda de acordo com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, quaisquer restrições à competitividade entre os licitantes só serão admitidas se forem adequadas e extremamente necessárias ao cumprimento do futuro contrato. Por aplicação do artigo 5º, inciso II, e 37, *caput*, da Carta Maior, os requisitos para habilitação dos interessados devem estar previstos em lei no sentido formal. Desse modo, como se poderia exigir que à Administração Pública fosse dado o poder investigatório de realizar auditorias preventivas na empresa a ser contratada, a fim de analisar o estrito cumprimento de todos os direitos trabalhistas, se o Poder Público somente pode atuar por expressa previsão legal? E mais! Se o administrador público atuasse de maneira diversa, inserindo requisitos não previstos em lei para que as empresas participem das licitações, terminaria por ser fatalmente responsabilizado, ainda que sob o falso argumento de direcionar as licitações.

Assim, totalmente desarrazoada e descabida é a linha de interpretação conferida pelo TST para a responsabilização subsidiária do Poder Público no que concerne aos débitos trabalhistas. Em vez de proteger o trabalhador, essa hermenêutica termina por resguardar as empresas fraudulentas, transferindo o ônus para o Estado, como se este fosse de fato o Segurador Universal da Humanidade. Nessa toada, recomenda-se a leitura do texto do ministro Gilmar

Ferreira Mendes *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”*??.

Por sua vez, a transferência da responsabilidade para o Estado não terá o viés de acabar com o instituto da terceirização, prática esta que, embora desprezada por grandes autores do Direito do Trabalho, é uma realidade que se impõe e que atende às mais diversas necessidades de eficiência na atual economia globalizada e complexa. Nessa linha, a terceirização consolida a modernização das cadeias produtivas, a necessidade crescente de especialização e de eficácia para a realização do trabalho. A terceirização, no âmbito da Administração Pública, também decorre da necessidade imperiosa de reservar apenas as funções típicas de Estado aos servidores públicos, celetistas ou estatutários. Diminui-se o papel do Estado para que este se torne mais eficiente, mais ágil e menos custoso para a sociedade. Com efeito, a crescente

- 2 Confira-se com excertos do artigo: “Algumas práticas interpretativas no Direito conduzem a equívocos notáveis, nos quais uma visão parcial do problema compromete a correta aplicação das Leis e da Constituição. Entretanto, os equívocos passam a não mais ser aceitáveis quando assumem uma feição de patologia institucional. É o que vem ocorrendo, desde há alguns anos, no tocante à interpretação das regras jurídicas referentes à responsabilidade civil do Estado. O Direito brasileiro, como é sabido por todos, aceita a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Mas será que isso quer dizer a responsabilidade do Poder Público por qualquer fato ou ato, comissivo ou omissivo no qual esteja envolvido, direta ou indiretamente? Qualquer acadêmico de Direito que tenha uma mínima noção dos requisitos para a configuração dessa responsabilidade civil sabe que não. Porém, alguns de nossos juristas e magistrados têm-se servido de um conceito amplíssimo de responsabilidade objetiva, levando às raias do esoterismo a exegese para a definição do nexa causal. A esse respeito, alguns exemplos podem indicar a dramaticidade do problema, que não se restringe a discussões meramente acadêmicas – ao contrário, tratam do próprio núcleo do interesse público. [...] O cortejo de aberrações não termina, e esses pleitos, pulverizados dentro da brutal massa de processos judiciais em curso, passam despercebidos, arrimados frequentemente em laudos e pareceres técnicos de duvidosa idoneidade. Alguns juízes entendem que estão a criar uma jurisprudência libertária quando condenam a União – significa dizer, a pobre sociedade brasileira – a pagar vultosas indenizações a segmentos largamente privilegiados, seja com a política de subsídios do passado, seja com a generosa hermenêutica do presente. Por mais que se faça um pretenso juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo “à brasileira”, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados. A consideração central a se fazer é, se determinados planos econômicos ou se determinadas políticas públicas afetaram toda a sociedade, por que razão pretenderiam alguns privilegiados encontrar numa atuação global do Poder Público um nexa de causalidade com eventual prejuízo. Essa obscura lógica só pode encontrar respaldo numa visão distorcida de Estado, protetora de privilégios e de corporativismos. É necessário, portanto, identificar-se no Estado Democrático de Direito a formação do interesse público calcado em interesses universalizáveis e publicamente justificáveis. As razões e os interesses forjados em um discurso e uma prática corporativa, em sentido contrário, são unilaterais, sectários, e, frequentemente, obscurantistas. O que tem ocorrido, lamentavelmente, é a usurpação de instrumentos normativos destinados à proteção da cidadania para proteger privilégios, e os casos aqui abordados representam apenas parcela das conspirações sectárias que se fazem hoje para cooptar o interesse público para a defesa de interesses obscuros e injustificáveis. A tarefa de todos, nesse contexto, é desenvolver uma percepção crítica, para permitir-se a identificação e a denúncia das tentativas ilegítimas de apropriações indevidas de recursos da sociedade brasileira”. (MENDES, 1999, grifo meu).

complexificação das funções estatais e administrativas, aliada à necessidade de boa prestação do serviço, funciona como fatores propulsores para que o Estado confie a outros sujeitos a realização dos seus próprios fins. Inicialmente, houve a criação de pessoas jurídicas diversas para atender à consecução de determinados serviços públicos. Conferiu-se a tais entes – autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas – autonomia financeira, administrativa e gerencial, para que pudessem melhor desenvolver as atividades às quais foram destinados. Em passo seguinte, entes privados foram chamados para atuar em parceria com o Estado. É a chamada terceirização, ou Parceria Público-Privada (PPP) em sentido *lato*, que se encontra atualmente em larga expansão. Desse modo, a prática da terceirização de alguns serviços, máxime os que não se enquadram na atividade-fim dos diversos órgãos públicos, reside tanto no interesse do Poder Público em não ampliar o quadro de servidores, como na tentativa de implementação dos princípios da eficiência e de gestão de resultados, próprios da atividade empresarial. Tais condutas se encontram respaldadas em diversas leis. Originalmente, por meio do artigo 10, §7º, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, previa-se que:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Por sua vez, atualmente a legalidade da terceirização no âmbito da Administração Pública decorre de diversas previsões normativas, como a Lei Federal nº 8.666/93, por meio da qual se fundamentou o contrato firmado entre a Administração Pública e suas prestadoras de serviços, além das Leis nº 9.637/99, 9.790/99, 11.079/04, as quais expressamente previram a participação de entes privados nas parcerias com o Estado. Assim, em que pese a Justiça do Trabalho pretender proteger o hipossuficiente, qual seja, o trabalhador, a atuação dos magistrados não pode ser realizada ao arrepio da lei. Nessa órbita, o Enunciado nº 331 foi além de simplesmente unificar a jurisprudência dominante do TST, atuando como verdadeiro órgão criador do direito, na medida em que se insurgiu contra o legislador positivo, negando validade ao comando normativo inserto no artigo 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Contrariou,

assim, também o princípio da separação de poderes, concretizador da ideia republicana e democrática de governo³.

Dessarte, a aplicação do entendimento sumulado pelo TST implica ofensa ao princípio da legalidade, ao princípio da ampla participação nos certames públicos e também ao princípio da Tripartição de Poderes, por atuar de forma contrária à expressa determinação legal. No entanto, afigura-se totalmente desarrazoada a tentativa de, por meio de um enunciado de súmula, pretender-se obrigar a Administração Pública à análise minuciosa e diuturna quanto à anotação na carteira de trabalho de todos os direitos trabalhistas de todos os empregados da empresa vencedora da licitação, bem como a verificação se a empresa procede ao pagamento das horas extras, ao pagamento de adicionais, de horário noturno, do depósito de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Em suma, afigura-se completamente desarrazoado exigir que a Administração Pública proceda à conferência exaustiva e detalhada quanto ao adimplemento de todos os direitos trabalhistas de todos os empregados da empresa contratada, sob pena de depois ter de responder por eventual direito sonegado. Além do que, a prevalecer o entendimento do TST o procedimento para contratação de empresas terceirizadas pode se tornar tão custoso que chegará mesmo a inviabilizar qualquer licitação que venha a ser realizada, ou triplicar os gastos do Poder Público com o certame ou com a execução do contrato. Dessa maneira, jamais a criação de um dever para o Erário poderia advir, originariamente, de uma previsão inserta em um Enunciado de súmula de jurisprudência dominante de Tribunal Superior, ainda mais se considerarmos a obrigação desmesurada e desproporcional criada para a Administração Pública. Não se pode deixar de reconhecer que o dilema concernente à inovação normativa, por meio de um enunciado de súmula de jurisprudência dominante, envolve também a discussão relativa à teoria de legitimação democrática quanto ao procedimento. Decerto, a lei é a expressão da vontade geral e sua criação se legitima por haver sido votada pelos representantes do povo, eleitos democraticamente⁴.

3 Nessa órbita, comentando o inciso IV, do Enunciado nº 331, do TST, o professor Sérgio Pinto Martins manifesta-se totalmente contrário à ideia de responsabilização subsidiária do ente público: "A nova redação do inciso foi decorrente do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado no Processo TST-IUJ-RR-297.751/96, sendo que a decisão foi unânime. Entretanto, não foram indicados os precedentes do verbete. Da resolução não consta que houve a declaração de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666 ou de seus parágrafos. Logo, pode-se dizer que não é inconstitucional. Penso que a nova redação do inciso IV do Enunciado 331 do TST, ao tratar da Administração Direta e Indireta, é ilegal, por violar expressamente o art. 71 da Lei nº 8.666, atribuindo responsabilidade subsidiária a quem não a tem, além de haver expressa exclusão da responsabilidade trabalhista na lei de licitações." (MARTINS, 2001, p. 135, grifo meu).

4 Bem resume o dilema o professor espanhol Garcia de Enterría, quando afirmou: "A essência da lei é o seu caráter supremo na criação do Direito. É óbvio que tal qualidade não pode ser reconhecida

Assim, um enunciado de súmula de jurisprudência dominante de Tribunal não se expressa por uma hipotética vontade geral, senão que é uma simples decisão judicial que o TST achou por bem dar expressão de continuidade, transformando-a em enunciado. Observa-se, desse modo, que apenas a lei em sentido formal poderia impor obrigações à Administração Pública e restringir direitos dos particulares. Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da legalidade condiciona a atuação do Estado, que não pode agir de *sponte propria*. No caso concreto, pretender fazer justiça com os escassos recursos públicos, por um lado, viola, a mais não poder, o princípio da legalidade na Administração. Por outro lado, tal medida nem sequer se revela pedagógica, uma vez que as empresas contratadas passarão a se despreocupar com o cumprimento dos direitos trabalhistas, haja vista a possibilidade de posterior responsabilização do Poder Público.

Não nos esqueçamos de que o prejuízo assumido pelo Estado é um ônus atribuído e suportado por toda a sociedade. As condenações subsidiárias da Administração Pública resultam em milhões, valores estes que deixaram de ser aplicados no aperfeiçoamento da educação pública, do saneamento urbano, de hospitais, de programas sociais os mais diversos. Em suma, na ótica de alguns magistrados, é lícito que o Estado deixe de investir na concretização de direitos fundamentais, pertencentes a todos, para poder financiar os débitos de determinadas empresas. Tal hermenêutica, por sua teratologia, precisa ser de todo rechaçada pelo guardião da Carta Maior, o STF. Eis a ementa do acórdão que sintetizou a decisão da Corte Constitucional:

ADC 16 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 24/11/2010

Publicação: 09/09/2011

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01
PP-00001 RTJ VOL-00219-01 PP-00011

Partes

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL ADV.(A/S) : PGDF –
ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN E OUTRO(A/S)

a uma norma inferior. A lei retira a incondicionalidade de seu conteúdo (nos termos da Constituição) e a irresistibilidade de sua eficácia pela legitimação, por expressar a vontade da comunidade". (ENTERRIA, 1993, p. 167, tradução livre).

Ementa

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

Decisão

Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que não conhecia da ação declaratória de constitucionalidade por não ver o requisito da controvérsia judicial, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que a reconhecia e dava seguimento à ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo requerente, a Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.09.2008. Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.11.2010.

3 O CASO DOS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A TRANSFUSÃO DE SANGUE

O secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal encaminhou à PGDF, para análise e emissão de parecer, o processo nº XXXX, instaurado a pedido do diretor-geral da Regional de Saúde da Região Administrativa XXXX, referente à paciente XXXX, internada naquele hospital, que não aceitou transfusão de sangue, por motivos religiosos. De acordo com o relatório médico apresentado, consta a informação de que a paciente “[...] não aceita nenhuma transfusão de sangue total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma em nenhuma circunstância, mesmo que os profissionais de saúde opinem que isso seja necessário para a manutenção de sua vida”. Justifica tal opção por ser seguidora da religião Testemunha de Jeová. Tal informação consta em documento, expedido em XXXX, na data de XXXX e lavrado no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, Títulos, Documentos, Protestos e Tabelionato de Notas daquela cidade. A Assessoria Técnica Legislativa informa que a paciente foi admitida no Hospital Regional de XXXX com histórico de aborto espontâneo,

seguido de curetagem uterina, o que ocasionou sangramento importante com quedas dos níveis de hemoglobina para 3,8, sendo que o aceitável é acima de 7,0. Em passo seguinte, fora realizado, sem sucesso, procedimento alternativo à transfusão de sangue. Entretanto, tal tratamento evoluiu negativamente, agravando o quadro de saúde da paciente, o que levou à sua internação na Unidade de Terapia Intensiva (UTI). Por oportuno, destaque-se que o marido da paciente apresenta procuração acostada aos autos, por meio da qual assume total responsabilidade pela não aceitação de tratamento médico que incluía a transfusão de sangue.

A hipótese remete-nos a uma análise, ainda que perfunctória, acerca da relativização dos direitos fundamentais. Isso porque, no caso concreto, está-se diante de uma colisão de princípios igualmente relevantes no Ordenamento Jurídico, quais sejam, o direito à vida, de um lado, e a liberdade religiosa e a autonomia de vontade do indivíduo, do outro. Com efeito, a resolução dessa controvérsia passa, necessariamente, por um dos debates mais ricos e mais polêmicos do Direito Moderno, que é a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado e a maneira como tais ramos se entrelaçam, distanciam-se e se complementam. A questão, basicamente, reside em saber em que medida se exerce a intervenção do Estado e até onde prevalece a liberdade do cidadão: se na hipótese deve predominar o interesse público ou o interesse privado, em suma, se é a lei ou o documento assinado pela própria paciente que deverá regular determinada relação jurídica. Não foi por acaso que Norberto Bobbio (2000, p. 13) afirmou que estaríamos diante da “grande dicotomia”, ou seja, a que resumiria todos os outros problemas enfrentados cotidianamente pelos aplicadores do direito. Para melhor entendimento sobre o tema, necessário se faz uma breve digressão histórica. O século XVIII foi palco das grandes revoluções, francesa e norte-americana, quando se consagrou o Estado liberal e a supremacia da liberdade dos indivíduos. Limitava-se o poder do soberano, e, com isso, garantia-se o espaço para o desenvolvimento pessoal dos cidadãos. O Estado “guarda-noturno”, inaugurado por meio das revoluções burguesas, calcava-se nas ideias de limitação do poder, igualdade formal e de liberdade dos indivíduos, no sentido de que o Estado não deveria intervir ou controlar a vida da sociedade⁵. O fundamento da não intervenção estatal representava, a rigor, uma valorização das relações particulares na sociedade e, do ponto de vista normativo, significava que o direito público não poderia invadir searas dominadas pelo então direito privado. Nesse sentido, talvez o século XIX tenha sido o

5 Adam Smith (1776), representante típico do liberalismo econômico, afirmava que as funções do Estado deveriam ser reduzidas a três: proteger a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades; estabelecer uma adequada administração da justiça; e erigir e manter certas obras e instituições públicas que nunca seriam do interesse de qualquer indivíduo (ou de um pequeno número), porque o lucro não reembolsaria as despesas.

momento do grande desenvolvimento desta seara do direito, período em que alcançou o ápice, em termos de fundamento filosófico para seus preceitos, principalmente em razão da ideia liberal que tomava conta da Europa. O direito privado, nesse contexto, era dotado de marcante valorização, na medida em que representava o paradigma de uma sociedade livre das intromissões desmedidas do Estado⁶. Desse modo, a liberdade dos cidadãos constituía limite permanente e intransponível para a atuação do Estado, de modo que, a partir das revoluções liberais, os detentores de poder não mais intervieram na vida social e no espaço jurídico-patrimonial de cada um. As relações privadas desenvolveram-se superlativamente e, por consequência, os diplomas normativos que regulavam essas relações também ganharam, no início do século XIX, notável relevo. Nessa linha, os Códigos Civis tornaram-se os diplomas legais mais importantes da época, com pretensões de encerrar todo o Direito. As incipientes Constituições eram consideradas, nessa etapa, apenas um manual organizativo do Estado⁷. A primazia das Codificações e do Direito Privado estava, no entanto, com os dias contados. Em meados do século XIX, a partir da Revolução Industrial, operaram-se mudanças gigantescas nas relações de poder da sociedade. Percebeu-se que a prática exacerbada da autonomia da vontade, um dos pilares do Estado liberal, trouxe em seu bojo o acirramento das desigualdades sociais, aumentando o fosso a separar a igualdade, da justiça e a liberdade do direito.

À Revolução Industrial, seguiu-se a insurgência da classe operária, descontente com as situações de desigualdade e de abandono. Nesse panorama, não mais se admitia uma atuação meramente negativa do Estado: fez-se necessário o retorno à intervenção, desta feita não mais para atender aos caprichos e desejos do Rei, como no Estado Absolutista, mas em nome de um interesse maior a tudo isso, que justificasse até a ingerência sobre a autonomia privada: o chamado interesse público. As Constituições passaram a prever os direitos sociais, a exigirem uma postura firme e positiva do Estado. As Grandes Guerras ampliaram a necessidade de intervenção, devido ao surgimento de novos conflitos sociais e o aparecimento de situações simplesmente não solucionadas pela autonomia de vontade e seu manual correlato, o Código Civil. A atuação do Estado intensificou-se em demasia, visando a reduzir as desigualdades fáticas e a concretizar a igualdade material, o que não se coadunava com o Direito Civil,

6 Bem resumiu esse pensamento a frase proferida por Savatier (1950, p. 6): “*Le code civil este donc le triomphe de la liberté individuelle*”.

7 Nessa toada, ver: PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 32–33. Sobre a diferença de entendimento acerca da Constituição e do Código Civil, ver: LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. *Revista de informação legislativa*, ano 36, n. 141, p. 101, jan./mar. 1999.

ramo este bastante impregnado da ideologia liberal, com a supervalorização da autonomia da vontade e pretensões de completude e de totalidade.

As novas exigências sociais eram completamente diferentes dos paradigmas em que se firmaram os códigos civis no Estado Liberal. Imperioso tornou-se, então, uma mudança de postura na forma de se compreender o Direito Civil, adaptando-o a essa moderna realidade, aos novos paradigmas, à percepção de que ao interesse privado, sobrepõe-se o interesse público. A tônica da interpretação conferida aos institutos básicos do Direito Civil (propriedade – família – contrato) deixa de ser eminentemente patrimonialista. A propriedade privada despoja-se da condição de direito absoluto e cede lugar à função social; nos negócios jurídicos, por sua vez, houve a necessidade de proteger o hipossuficiente, garantir o interesse público, preservar a ordem social. A nova fase do direito privado, nesse contexto, após o processo de descodificação, representa o período da constitucionalização. A Constituição passou a ser considerada, desta feita, o ponto de unidade do sistema, a regular inclusive as relações privadas, em vez dos modelos cartesianos e fechados do Código Civil, fruto do movimento racionalista e iluminista. O Estado que, em período anterior, deveria se apresentar completamente ausente dos problemas sociais de índole privada, agora se faz presente nessas relações, na medida em que cabe ao referido ente garantir a prevalência do interesse público, ainda que em detrimento da autonomia de vontade dos particulares, e ainda que para tanto tenha de intervir na seara civil.

Nesse sentido, a partir dessa breve visão histórica do processo em que se concede ênfase ao Direito Público, por representar o interesse de todos, em prejuízo do Direito Privado, a caracterizar o interesse de um só, ou de poucos, é que situaremos a noção relativa à colisão de princípios em jogo, entre a autonomia de vontade, consubstanciada aqui na liberdade religiosa, e o direito à vida. Com efeito, pela observação do documento assinado pela paciente, na qual expressa sua vontade de não se ver submetida a qualquer procedimento que necessite transfusão de sangue, não é difícil perceber a tentativa de “absolutização” do direito fundamental de liberdade de crença religiosa e, ainda, da autonomia de vontade. Na hipótese, objetiva-se alçar tais direitos a um patamar inalcançável à limitação conformadora do Poder Público sem que, para tanto, pondere-se pela gravidade de motivos que eventualmente poderiam motivar tais limitações. Assim, por meio do citado documento, registrado em Cartório de Notas, pretende-se vedar qualquer tipo de restrição ao direito de liberdade religiosa, sob o fundamento de que, com isso, estar-se-ia protegendo o exercício do direito.

A ideia de que os direitos fundamentais são direitos absolutos remete à crença de que tais direitos estariam situados no patamar máximo de hierarquia jurídica e que não suportariam qualquer tipo de restrição. Nessa linha, justificativas são apresentadas com base na teoria jusnaturalista, qual seja, a ideia de que existiriam direitos naturais, eternos, universais e imutáveis, inerentes à condição humana. Por sua vez, tais direitos estariam garantidos independentemente de haver previsão normativa e, ainda, teriam prioridade absoluta em relação ao Estado. Dessarte, o Poder Público não poderia limitá-los, sob qualquer justificativa. Tratava-se, na verdade, da forma de pensar o Direito dentro da óptica estritamente individual, própria dos Estados Liberais do século XVIII. Entretanto, tal linha de interpretação, demasiadamente frágil, não encontra guarida no nosso hodierno sistema constitucional. Isso porque a Constituição, como sistema aberto de regras e princípios, possui em seu bojo normas que traduzem conceitos aparentemente conflitantes, cuja concretização depende sobremaneira da atuação mediadora do Poder Público, a partir de uma hermenêutica harmonizadora relativa aos diversos direitos fundamentais em conflito. Dessa forma, diuturnamente, lança-se ao hermeneuta constitucional o desafio de realizar a ponderação de valores, nos casos concretos, para solucionar a colisão de princípios, para tanto se utilizando do contexto histórico, social, econômico e cultural do qual aquele princípio fundamental faz parte e observando o povo à que se destina. Ao destacar que os direitos fundamentais não podem ser concebidos como direitos absolutos, o professor Paulo Gustavo Gonet Branco (2000) lecionou:

Essa assertiva esbarra em dificuldades para ser aceita. Mesmo os diversos tribunais que o direito comparado conhece, dedicados à proteção de direitos humanos, proclamam amiudadamente que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Prieto Sanchis noticia que a afirmação de que “não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos”.

Em sistemas aparentados ao nosso, tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.

Igualmente no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações que “sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros” (art. 18 da Convenção de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, da ONU).

A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no texto. Até o elementar direito à vida tem

limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra declarada. O direito de propriedade, de seu turno, encontra limitações tanto para a proteção de direitos ambientais, como para atender a funções sociais, inclusive admitindo-se a desapropriação.

A exemplo dos sistemas jurídicos em que se abebera o direito brasileiro, portanto, não há, em princípio, que se falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais, como outros valores com sede constitucional podem limitá-los. (p. 120, grifos meus).

No entanto, há de se destacar a necessidade de os direitos fundamentais serem vistos também sob a ótica da dimensão objetiva. Nessa linha, os direitos fundamentais deixam de ser observados sob a perspectiva exclusivamente individualista, na qual prevalece a autonomia da vontade, e passam a ser considerados valores em si mesmos, materializados no Ordenamento Jurídico, a serem preservados e fomentados por todos e pelo Poder Público, independentemente da vontade do titular do direito. Configura-se, assim, o chamado “dever de proteção”, a ser exercitado particularmente pelo Estado, na medida em que este deverá agir na defesa do direito fundamental do particular, mesmo que este não queira exercer o direito posto em jogo. Bem explicou essa dimensão objetiva a professora Suzana de Toledo Barros (2000)⁸, ao mencionar o exemplo da obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, ainda que o titular do direito à vida, à integridade física, à saúde não o queira utilizar. Confira-se:

É assim que se explica, por exemplo, a imposição do uso do cinto de segurança: o livre arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional vida ou integridade física dos indivíduos, cuja proteção é requerida pelo Estado em cumprimento às suas finalidades. Da mesma forma, pode-se argumentar em favor da proibição geral do uso de drogas (p. 132).

No caso concreto, observa-se que sob a escusa de querer proteger o exercício do direito de liberdade religiosa e da autonomia de vontade, o documento assinado pela paciente termina por querer transformá-los em direitos absolutos, impedindo qualquer atuação conformadora posterior, seja judicial, administrativa, ou legislativa. Não é fortuita, então, a necessidade de reafirmar que a proteção ao direito fundamental não possui conteúdo definido de maneira apriorística. Ao contrário, como direitos baseados em princípios que dependem das possibilidades fáticas e jurídicas para sua concretização, também a maneira como se dará a proteção aos direitos fundamentais precisa ser concretizada pela atuação do intérprete constitucional. Assim, apesar de

8 BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 132.

as normas de proteção aos direitos fundamentais ordenarem a realização, na maior medida possível, de todas as condutas que favoreçam a otimização do direito à proteção, não podem conter mandados definitivos, ou proibitivos, sob pena de engessamento dos demais direitos fundamentais. Com efeito, o conteúdo do direito fundamental que é garantido *prima facie* poderá não o ser definitivamente, em decorrência da ponderação com direitos contrapostos, a ser revelado oportunamente.

No âmbito das ciências médicas, a autonomia de vontade do indivíduo não é de todo desconsiderada, nem desprotegida. Nesses termos, releva destacar que a doutrina médica especializada no assunto⁹ conceitua o “Consentimento Informado” (ou Consentimento Livre ou Esclarecido) como a autorização conferida pelo paciente, ou pelos responsáveis, à equipe médica, quanto ao tratamento ou procedimento ao qual será submetido, após serem prestados os necessários esclarecimentos sobre todos os eventos relacionados com a referida intervenção, de forma clara e objetiva. Nesse sentido, devem ser informados ao paciente/responsável os riscos e os benefícios da intervenção médica a ser realizada, a fim de que este esteja ciente e munido de todas as informações possíveis para decidir se submeter ou se recusar à orientação médica. No entanto, inexistem normas, no ordenamento jurídico pátrio, que disponham sobre a necessidade do consentimento do paciente quando a intervenção médica for estritamente necessária a fim de preservar a vida¹⁰.

Assim, no caso concreto, realizando a ponderação entre os valores autonomia de vontade/liberdade religiosa e o direito à vida, esta haverá de prevalecer, porquanto revela um dever de agir do Estado de proteger a vida dos pacientes internados em hospitais públicos. Impende enfatizar, por oportuno, que a renúncia a direitos fundamentais também não se revela absoluta,

9 Nesse sentido ver: CLOTET, J. O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. *Bioética*, v. 3, n. 1, p. 51–59, 1995; MANSO, Maria Elisa Gonzalez. A Bioética. *Integração: ensino-pesquisa-extensão*, n. 34, p. 210–212, 2003; MUÑOZ, Daniel. R.; FORTES, Paulo. A. C. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sérgio I. F.; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 1998. p. 53–70.

10 O termo de consentimento, no entanto, é necessariamente exigido quando projeto de pesquisa envolver seres humanos. Em tal hipótese, deve-se obedecer às Resoluções da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa envolvendo seres humanos (CONEP), do Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, que visam a assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado. Além da resolução nº 196/96 do referido Conselho, também normas de Direito Internacional disciplinam a matéria, como o Código de Nuremberg (1947), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Declaração de Helsinque (1964 e suas versões posteriores de 1975, 1983 e 1989), o Acordo Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos da ONU, de 1966, as Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1983) e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991), dentre outras.

e, neste caso, não pode significar a opção pela morte, sob a responsabilidade do Estado. Na hipótese, pela paciente ter-se submetido, voluntariamente, à tutela estatal, o Estado vincula-se, por meio do seu dever de proteção, a salvar a vida da paciente, ou a empreender todos os meios possíveis para tal mister. Desse modo, o Poder Público, na medida em que recebe os cidadãos na rede pública hospitalar, assume o importante compromisso de velar pela integridade física dos pacientes, devendo empregar todos os meios necessários ao completo desempenho desse encargo. Se a paciente quisesse dar ênfase à autonomia de vontade e à liberdade religiosa, que não se colocasse aos cuidados do Poder Público, pois, na medida em que ingressou em hospital estatal, relegou, a segundo plano, a sua autonomia de decidir e acatou, ainda que de maneira tácita, a conformação dos seus direitos fundamentais pela necessidade estatal de zelar pela sua vida. Dessa forma, no caso concreto, eventual recusa no Termo de Consentimento não pode paralisar a atuação do terapeuta, que deverá pautar suas condutas de modo a viabilizar a cura ou a manutenção da vida do paciente, conforme dispõe o Código de Ética Médica, instituído por meio da Resolução CFM nº 1.246, de 08 de janeiro de 1988, publicada no *Diário Oficial da União* (D.O.U) de 26 de janeiro do mesmo ano:

É vedado ao médico:

Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida.

Art. 56: Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Art. 57 - Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente. (grifos meus).

Na hipótese, destaque-se a tentativa anterior de realizar procedimento alternativo à transfusão sanguínea. No entanto, por este não haver se mostrado hábil a salvar a vida da paciente, agora a transfusão de sangue se revela o único caminho apto à recuperação da saúde da enferma. Assim, como a transfusão de sangue se revela absolutamente necessária para manutenção da vida do paciente, deve ser realizada mesmo no caso de recusa. Entretanto, se os médicos tivessem decidido que a transfusão de sangue se consubstanciava apenas em um ato útil ou conveniente, dever-se-ia respeitar a autonomia de vontade da paciente e a transfusão não ser realizada. Em suma: nos casos de pacientes que professarem a fé por meio da religião Testemunha de Jeová, a equipe médica deverá evitar, ao máximo, a transfusão de sangue, dando preferência aos tratamentos alternativos. No entanto, como já foi verificado no caso dos autos, nem sempre o tratamento alternativo é viável e suficiente

para manter a vida do paciente, afastando o iminente risco de morte. Nessa hipótese, deverão os médicos proceder à regular transfusão de sangue, para fazer garantir a proteção estatal ao direito à vida da paciente. Nesses termos, a atuação do médico estaria resguardada pela autorização normativa conferida por meio do §3º, do artigo 146, do Código Penal¹¹. Conforme se depreende do dispositivo legal, a intervenção médica consubstanciada na transfusão de sangue, ainda que realizada sem o consentimento do paciente ou de seu representante, é perfeitamente justificável em face do iminente perigo de vida. Trata-se de conformação legislativa aos direitos fundamentais, garantida por se configurar verdadeiro estado de necessidade. O legislador, assim, indica qual a medida a ser adotada diante da colisão entre a autonomia de vontade/liberdade religiosa e o direito fundamental à vida. Assim, o iminente perigo de vida justifica, plenamente, a existência do estado de necessidade. A transfusão de sangue, desse modo, deverá ser efetivada. Diante do exposto, o parecer é pela realização da transfusão de sangue, quando esta for necessária e imperiosa para a manutenção da vida do paciente, ainda que este tenha se expressado contrariamente à efetivação da medida.

4 REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade* – para uma teoria geral da política. Trad. Marcos Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.>

11 DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL. Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Aumento de pena. § 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas. § 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência. § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II - a coação exercida para impedir suicídio. (grifo meu).

planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 27 jun 2021.

BRASIL. Lei nº 9.868/99 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 nov 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm . Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.637, 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 18 mai. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.637%2C%20DE%2015%20DE%20MAIO%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20qualifica%C3%A7%C3%A3o%20de,sociais%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 9790, 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 24 mar. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.079, 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. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 23/OE, de 17 de dezembro de 1993. *Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, p. 28358, 21 dez. 1993. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/25616/1993_res0023.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Distrito Federal). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/DF*. Relatora: Min. Moreira Alves, 16 de junho de 1995. Supremo Tribunal Federal. Distrito Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Distrito Federal). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF*. Relatora: Min. Cezar Peluso, 24 de novembro de 2010. Supremo Tribunal Federal. Distrito Federal, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 27 jun. 2021.

CLOTET, Joaquím. O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. *Bioética*, v. 3, n. 1, p. 51–59, 1995.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Secretaria Geral. Resolução nº 1.246, 08 de janeiro de 1988. Dispõe sobre o Código de Ética Médica. *Diário Oficial da União*. Brasília, ano 1988, 26 jan. 1988. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impresao.php?id=2940. Acesso em: 27 jun. 2021.

DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus: Madrid, 1998.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. 1. Madrid: Civitas, 1993.

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de formação legislativa*, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.

MANSO, Maria Elisa Gonzalez. A Bioética. *Integração: ensino-pesquisa-extensão*, n. 34, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*. Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MUÑOZ, Daniel. R.; FORTES, Paulo. A. C. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sérgio I. F.; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 1998. p. 53–70.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public – a travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950.

60 ANOS DE PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL: A ADVOCACIA PÚBLICA COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – PARTE 2

Roberta Fragoso de Medeiros Menezes¹

Resumo: A partir de um estudo interdisciplinar, a correlacionar atuação na Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) em áreas distintas, tanto no consultivo, como no contencioso, examina-se neste artigo de que maneira a participação da PGDF foi essencial na implementação de direitos fundamentais e nas políticas públicas necessárias à consecução do Estado Democrático de Direito.

1 INTRODUÇÃO

A Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) assume papel de relevante destaque dentre as advocacias públicas. Por situar-se no centro do Poder, as demandas aqui incidentes se revelam de importância ímpar na construção da teoria de consecução de direitos fundamentais e da garantia da jurisdição constitucional no País. A seleção de casos aqui descritos decorreu de critérios subjetivos, sob a ótica da subscritora, que atuou nos casos selecionados, tanto no contencioso, como no consultivo da procuradoria do ente distrital.

1 Procuradora do Distrito Federal Categoria II. Professora de Direito Constitucional e Direito Administrativo na Escola do Ministério Público do DF. Doutoranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). MBA em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Autora do livro *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007. E-mail: roberta.fragoso@pg.df.gov.br

2 O CASO ESSURE

Cuida-se de ação de indenização ajuizada em face do Distrito Federal, por meio da qual centenas de autoras requerem, individualmente, o pagamento de indenização por danos morais no valor total de R\$ 500.000,00, além do pagamento de pensão mensal vitalícia no valor de seis salários mínimos. As autoras pleiteiam indenização em razão de terem se utilizado do método de esterilização denominado ESSURE e que supostamente lhes ocasionou efeitos colaterais graves.

O Sistema ESSURE é um dispositivo médico implantável nas trompas uterinas por meio de histeroscopia, por meio de um procedimento ambulatorial, não cirúrgico, sem necessidade de internação, corte ou anestesia, projetado para causar obstrução das trompas a partir da inflamação local, com efeito semelhante ou mesmo substituindo a laqueadura tubária tradicional e considerado método contraceptivo permanente ou definitivo.

Desta forma, é oportuno ressaltar que o método ESSURE foi oferecido pela Rede Pública de Saúde como alternativa à laqueadura das trompas tradicional para as mulheres que estavam convictas do desejo de serem esterilizadas, porque, para além de possuir a mesma eficácia da laqueadura convencional, a sua inserção era menos invasiva, poderia ocasionar menos efeitos colaterais e não obrigava a mulher a se submeter a uma cirurgia, podendo retomar no mesmo dia às atividades cotidianas.

A preocupação de oferecer alternativas quanto aos métodos de laqueaduras disponibilizado pelo Sistema Público de Saúde faz todo sentido no Brasil, uma vez que a esterilização por laqueadura chega a ser o método anticoncepcional escolhido por aproximadamente 40% das mulheres com idade entre 15 e 49 anos que são casadas ou estão em união estável². Para estabelecer as diretrizes da política pública de planejamento familiar e de atenção à saúde da mulher, foi promulgada a Lei nº 9.263/96, a qual, em seu artigo 10, dispõe dos rígidos requisitos para viabilizar a esterilização no Brasil, a saber:

Art. 10, Lei 9.263/96. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de **vinte e cinco anos de idade** ou, pelo menos, **com dois filhos vivos**, desde que observado **o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada**

2 Disponível em: <https://www.mdsaude.com/ginecologia/anticoncepcionais/laqueadura-tubaria/>. Acesso em: 01 set. 2021.

acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, **sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.**

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges. (grifos meus).

Com efeito, no âmbito do Distrito Federal, foram realizadas 2.226 cirurgias para Laqueadura Tubária, por meio da inserção de Dispositivos Intratubários (DIT Histeroscopia) ESSURE, entre 15 de setembro de 2012 e 22 de fevereiro de 2016, no Hospital Materno Infantil de Brasília (HMIB). As pacientes eram orientadas e preparadas nas Unidades Básicas de Saúde do Distrito Federal da rede da SES³/DF e encaminhadas para o HMIB, onde o procedimento era realizado, uma vez que os médicos deste Hospital receberam a formação específica necessária para inserção do referido dispositivo, com treinamento especial. Inicialmente, nas Unidades Básicas de Saúde, as pacientes recebiam aulas e palestras ministradas pela rede pública de saúde, na qual se analisavam todos os tipos de anticoncepcionais existentes, tanto os métodos naturais (avaliação da temperatura, do muco cervical, “tabelinha”, entre outros), como métodos químicos e os definitivos (esterilização).

3 Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2013/12/31/orientacoes-sobre-planejamento-familiar-nos-centros-de-saude>. Acesso em: 01 set. 2020.

Após a participação das pacientes em tais palestras de orientação sobre os métodos e tipos de laqueadura, as autoras tomaram a decisão de optar livre e conscientemente por assumir os eventuais riscos que envolviam a implementação do dispositivo ESSURE em seu organismo, para tanto assinando um “termo de consentimento informado” em relação à esterilização – ligadura de trompas, além de outro “termo de ciência e consentimento pós-informado” específico em relação ao ESSURE, tomando ciência de todos os eventuais e possíveis efeitos colaterais que lhe poderia acometer. A escolha realizada pela autora foi também avalizada por uma Ata de Conferência Médica, por meio da qual outro médico diferente do que ministrou a palestra especificamente garantiu que todos os esclarecimentos necessários foram passados para a autora na reunião, atestando que a autora bem compreendeu o peso e a importância da sua decisão, bem como atestando a consciência sobre a irreversibilidade do método, os possíveis efeitos colaterais, a presença do marido ou companheiro na tomada de decisão, certificando-se, ademais, de que a autora preenchia todos os requisitos previstos pelo artigo 10, da Lei nº 9.263/96.

Observa-se que, após inserção do ESSURE, todas as pacientes recebiam orientações para manter o uso do método contraceptivo que já usavam até o retorno para a revisão, o que aconteceria após o mínimo de três meses. As pacientes já saíam do hospital com consulta de revisão agendada. Na consulta de revisão, eram orientadas quanto ao sucesso ou não do procedimento, quais exames deveriam realizar e se deveriam ou não continuar usando outro método contraceptivo.

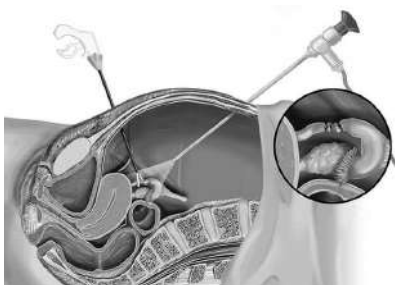
Conforme foi bem descrito para a autora quando da palestra promovida pela Unidade Básica de Saúde (UBS) pública, antes da tomada de decisão, grosso modo, a laqueadura consiste na realização de cirurgia para a esterilização voluntária definitiva, na qual as trompas da mulher são amarradas, cortadas, queimadas ou obstruídas, evitando que o óvulo e os espermatozoides se encontrem. De acordo com o §4^a, do artigo 10, da Lei nº 9.263/96, não se admite laqueadura pela retirada completa do útero (histerectomia) ou pela retirada total dos ovários (ooforectomia). Foram apresentados à autora os tipos de laqueadura tubária possíveis: abdominal e vaginal.

As ligaduras de trompas feitas por via abdominal são representadas pela “laparotomia” e pela “videolaparoscopia”. Enquanto nos países em desenvolvimento a laparotomia permanece como a via mais comum, nos países desenvolvidos a esterilização pela via laparoscópica é a mais realizada⁴.

4 Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-4508201600020005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 01 set. 2020.

A laparotomia consiste na realização de um corte horizontal semelhante a um corte de cesariana feito na barriga ou, então, por um corte vertical abaixo do umbigo, deixando cicatrizes aparentes. Devido ao tamanho do corte, trata-se de operação mais invasiva, com maior risco de infecções e de dor no pós-operatório. Tradicionalmente, corresponde ao método mais utilizado na rede pública de saúde do Brasil, porquanto não demanda treinamento extremamente especializado para sua realização, nem instrumental cirúrgico muito sofisticado. A videolaparoscopia, por sua vez, também é um procedimento cirúrgico, com utilização de anestesia e internação, demandando exames pré-operatórios. Acontece por meio da injeção de gases no abdômen da paciente para que se consiga enxergar melhor os órgãos e é realizada por meio da introdução de uma minicâmera de vídeo no abdômen, a partir da qual se pode atingir as trompas, para realizar o corte.

Figura 1 – Videolaparoscopia



Disponível em: <http://repositorio.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10032904.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

Figura 2 – Laparotomia



Disponível em: <https://pt.slideshare.net/FernandoDutra1/laparotomia-e-fechamento>. Acesso em: 20 set. 2021.

Por sua vez, os tipos de laqueaduras feitas por via vaginal são representados pela “colpotomia” e pela “histeroscopia”. Na colpotomia, é realizada corte no fundo da vagina, que normalmente é fechado, para que se consiga alcançar por meio desse corte as trompas. Esse método apresenta risco maior de infecção, além de ser bastante dolorosa a recuperação. É uma opção normalmente pouco utilizada, seja devido à falta de *expertise* dos ginecologistas, seja devido às dificuldades técnicas em se conseguir acessar às trompas cortando profundamente a vagina. Ao atingir as trompas, normalmente o médico procede à retirada de parte delas, cortando-as, por volta de 3 cm. Requer internação, com utilização de anestesia geral ou raqui. Pode haver complicações, como lesões de intestino e estruturas vasculares.

Figura 3 – Colpotomia

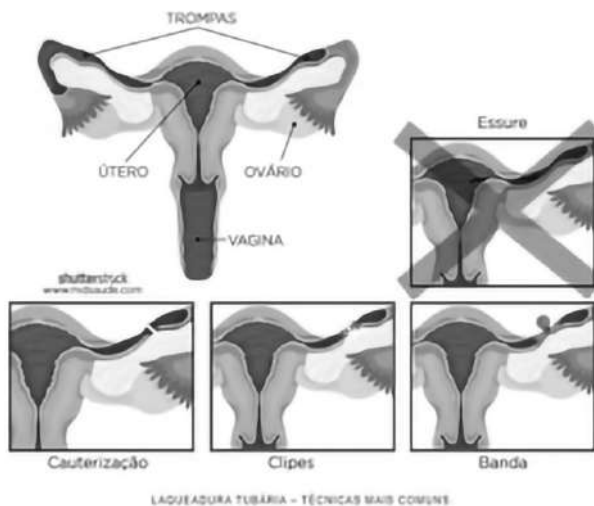


Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=KSWXC-pT_7M. Acesso em: 20 set. 2021

Tanto na laqueadura via laparoscopia, laparotomia, ou por colpotomia, é possível utilizar diferentes formas de impedir o funcionamento das trompas, seja por grampos, cauterização, anéis elásticos ou remoção de parte das trompas. A opção por cada uma delas vai depender da habilidade técnica do cirurgião⁵.

5 Disponível em: <https://www.mdsaude.com/ginecologia/anticoncepcionais/laqueadura-tubaria/>. Acesso em: 01 set. 2020.

Figura 4 – Laqueaduras possíveis



Disponível em: <https://www.mdsau.de.com/ginecologia/anticoncepcionais/laqueadura-tubaria/>. Acesso em: 20 de set. 2021

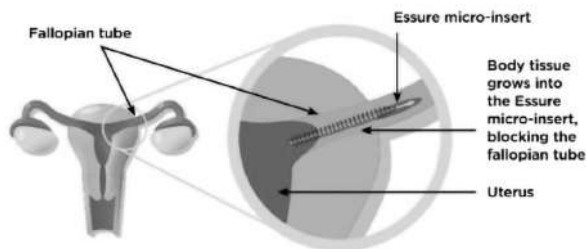
A laqueadura cirúrgica, realizada por laparoscopia, laparotomia, ou colpotomia apresenta taxa de complicações de 0,1%. As mais comuns incluem infecção, lesão de bexiga ou dos intestinos, hemorragias internas ou problemas relacionados à anestesia. Muito embora sejam eficazes, a laqueadura por laparoscopia, por laparotomia e por colpotomia são invasivas, com possíveis riscos anestésicos e cirúrgicos, como lesão vascular e intestinal, além de poderem ocasionar diversos efeitos colaterais, com relatos de dores abdominais intensas, menopausa precoce, aumento de peso, bem como irregularidade menstrual. Há ainda a possibilidade de alteração na intensidade e frequência das cólicas menstruais, mau funcionamento dos ovários, produção de gravidez ectópica, podendo inclusive gerar a morte da mãe. Uma década após a laqueadura, pode haver necessidade de remover cirurgicamente o útero, devido a complicações posteriores à cirurgia. Não se pode ignorar o fato de que o corte e a cauterização realizados nas trompas podem provocar alterações hormonais, gerando dores menstruais, aumento do fluxo de sangue na menstruação, queda de cabelo, ganho de peso, manchas na pele, bem como a perda da libido.

Observa-se, desse modo, que escolher o método contraceptivo definitivo ideal consiste em analisar a máxima eficácia e as mínimas complicações possíveis dentre as alternativas apresentadas na medicina. Não há método contraceptivo permanente que seja infalível, perfeito, ausente de complicações ou de efeitos colaterais. Não há qualquer tipo de esterilização em que não haja danos ao organismo feminino.

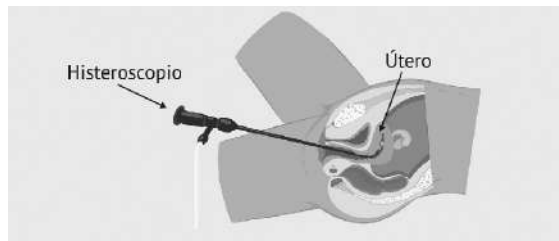
O ESSURE surgiu, assim, como uma possibilidade de realizar a laqueadura tubária (impedir o regular funcionamento das trompas); em vez de serem colocados grampos ou anéis elásticos nas trompas, ou mesmo realizada cauterização ou remoção de parte das trompas, a esterilização pelo ESSURE é alcançada pela obstrução das trompas, por meio da inserção, via histeroscópio, de microimplantes flexíveis, que são introduzidos pela vagina, atravessam o colo do útero e são inseridos nas trompas da mulher em um procedimento que dispensa cirurgia, cortes, internação, sendo simples, rápido, seguro, eficaz (99,8%), sem cicatrizes, permanente e com menores efeitos colaterais quando comparado com os demais métodos de laqueadura.

Dessa forma, foi apresentada à autora, dentre as diversas opções de laqueadura, a oportunidade de realizar a esterilização pelo ESSURE. Nesse tom, em vez de realizar a esterilização por meio de cirurgia, com anestesia geral e risco de perfurar órgãos, concedeu-se a oportunidade de adotar um sistema que viabilizava a laqueadura por histeroscopia, ambulatorialmente, em procedimento que levava menos de cinco minutos. Após a inserção do microdispositivo, seria necessário que a autora esperasse por três meses para saber se a esterilização havia sido bem-sucedida, pois, dentro de três meses após a inserção, o tecido corporal cresceria ao redor da espiral do microdispositivo colocado nas trompas, obstruindo a passagem e evitando que o espermatozoide alcançasse o óvulo.

Figura 5 – Método ESSURE



Disponível em: <https://nwhn.org/essure-challenges-in-contraceptive-choice/>. Acesso em: 20 set. 2021.



Disponível em: <https://www.reproduccionasistida.org/pruebas-de-infertilidad-femenina/histeroscopia-fertilidad-femenina/>. Acesso em: 20 set. 2021.

Nesse sentido, pode-se perceber a euforia que acometeu o sistema médico de saúde no mundo quando se anunciou o surgimento do ESSURE, pois, por meio dele, possibilitou-se a realização de laqueadura com a utilização de histeroscopia, ou seja, por meio do acesso transcervical (via vaginal), em vez dos acessos transabdominais, eliminando a necessidade de incisões, de anestesia geral, além de evitar os riscos da entrada de bactérias na cavidade abdominal. Ademais, referida laqueadura histeroscópica por meio do ESSURE é mais inclusiva, podendo ser realizada em mulheres com extensas aderências pélvicas, já que não se ingressa na cavidade abdominal, além de poder ser realizada em mulheres com comorbidades que impediam a utilização das outras formas de esterilização. Trata-se de opção também mais indicada para mulheres com problemas cardíacos, respiratórios, obesidade, fumantes, entre outros, já que não demanda internação, nem cirurgia.

Por se tratar de procedimento relativamente fácil e rápido, com pouca dor associada e, por isso, uma boa recuperação, possibilitando regresso imediato das mulheres às atividades diárias, o dispositivo ESSURE foi bastante celebrado na comunidade médica em geral. As desvantagens do método ESSURE comparativamente aos demais tipos de laqueadura decorrem, todavia, da necessidade de contracepção durante três meses após o procedimento (aguardar até a oclusão das tubas uterinas ser totalmente confirmada) e a necessidade de estudo de imagem para confirmar a oclusão tubária após os três meses⁶. Confira-se:

6 Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-4508201600020005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 01º set. 2020.

Quadro 1

Essure		Laqueadura
Pode ser realizado no consultório?	Sim	Não
Requer incisão?	Não	Sim
Requer anestesia geral?	Não	Sim
Alternativa para pacientes que não possuem indicação para cirurgia (obesos, pacientes com histórico de cirurgia abdominal ou alérgicos à anestesia geral, por exemplo)?	Sim	Não
Retorno às atividades regulares	1-2 dias após o procedimento	4-6 dias (laparoscopia)
Requer teste de confirmação?	Sim	Não

Observa-se, desta forma, do breve resumo médico exposto, que em todos os métodos de laqueadura existentes há diversos riscos envolvidos, bem como inúmeros efeitos colaterais possíveis. Além disso, qualquer esterilização tubária envolve necessariamente lesões nas trompas. As vantagens do dispositivo ESSURE em relação às demais formas de esterilização foram comprovadas em mais de 55 estudos laboratoriais, 10 ensaios clínicos e 60 estudos científicos publicados em todo o mundo, envolvendo mais de 270.000 pacientes ao longo dos últimos 20 anos⁷. Em tais estudos e acompanhamento de casos, verificou-se que quando comparado aos demais tipos de laqueadura, o método Essure estava coberto de vantagens⁸. Muito embora nas demais formas de laqueadura tubária também houvesse altas taxas de eficácia e baixas taxas de complicações, os efeitos adversos relacionados ao procedimento ESSURE revelavam-se menores,

7 *Journal of Minimally Invasive Gynecology*, v. 22, p. 342-352, 2015.

8 Experiência americana e as recomendações do *American College of Obstetricians and Gynecologists*

conforme se demonstra em numerosos estudos realizados pelo mundo, os quais chegam a apontar “satisfação de 97,6%” das usuárias.

(ACOG) – 2013, a técnica do ESSURE foi aprovada pelo FDA dos Estados Unidos, em 2002. Desde 2000, entretanto, procedimentos histeroscópicos têm se tornado uma alternativa. De 2002 a 2011, a Conceptus Inc. distribuiu 610.483 kits de ESSURE. Em uma análise retrospectiva, 98,5% das pacientes tiveram a colocação correta do implante. OSTHOFF, L. et al. Esterilização histeroscópica ambulatorial pelo procedimento Essure: stent tubário. *Femina*, v. 43, n. 1, p. 29–36, 2015. Em 2005, Levi et al. concluíram que a colocação histeroscópica do dispositivo ESSURE é um método mais econômico do que a ligadura tubária laparoscópica. LEVI, M. D.; CHUDNOFF, S. G. Office hysteroscopic sterilization compared with laparoscopic sterilization: a critical cost analysis. *J Minim Invasive Gynecol.*, v. 12, n. 4, p. 318–322, 2005. Estudo Asiático realizado em Singapura, em 2005, não encontrou eventos adversos ou complicações sérias no uso do dispositivo ESSURE e nenhuma gravidez foi relatada. Chern B, Siow A. Initial Asian experience in hysteroscopic sterilization using the Essure permanent birth control. *BJOG*, v. 112, n. 9, p. 1322–1327, 2005. Estudo francês mostrou que pacientes submetidas a esterilização histeroscópica com ESSURE engravidaram com taxa significativamente menor do que as pacientes quando comparada com ligadura tubária laparoscópicas realizadas na França entre 2006 e 2010. Durante o período do estudo, os hospitais franceses realizaram 109.277 procedimentos de esterilização tubária: 39.169 esterilizações ESSURE e 70.108 ligações tubares laparoscópicas. FERNANDEZ, H. et al. Tubal sterilization: pregnancy rates after hysteroscopic versus laparoscopic sterilization in France, 2006–2010. *Eur J Obstet Gynecol Reprod Biol.*, v. 180, p. 133–137, 2014. Três grandes hospitais do Reino Unido, em estudo de 2005, comparou esterilização histeroscópica com ESSURE com ligadura tubária laparoscópicas, e mostrou que o ESSURE foi realizado na maioria das mulheres e, quando bem-sucedido, associava a uma maior taxa de satisfação geral do que a esterilização tradicional por laparoscopia, também passavam menos tempo no hospital, toleravam melhor o procedimento e descreviam dor pós-operatória menos intensa. DUFFY S. et al. Female sterilization: a cohort controlled comparative study of ESSURE versus laparoscopic sterilization. *BJOG*, v. 112, n. 11, p. 1522–1528, 2005. Estudo Italiano multicêntrico avaliou 1.968 mulheres com 2 anos a 11 anos, média de 7,5 anos após serem submetidas à esterilização, entre 1 de abril de 2003 e 30 de dezembro de 2014. A inserção foi bem sucedida em 97,2% das mulheres. Apenas nove mulheres evoluíram com dor pélvica sem melhora com tratamento clínico, necessitando a remoção dos dispositivos por laparoscopia. Em entrevista telefônicas, a satisfação geral foi classificada como “muito satisfeita” pela maioria das mulheres, 97,6%, e nenhum evento adverso em longo prazo foi relatado. FRANCHINI, M. et al. Essure permanent birth control, effectiveness and safety: an italian 11-year survey. *Journal of Minimally Invasive Gynecology*, v. 24, n. 4, p. 640–645, maio/jun. 2017. A eficácia geral do método contraceptivo do ESSURE é de 99,83%. 1 Jost et al. 2 realizaram uma pesquisa com todos os cirurgiões que realizaram a esterilização do ESSURE na França em 2013. Um total de 58 gestações foi relatado entre janeiro de 2003 e setembro de 2010. O total a taxa de gravidez na França foi de 1,09 / 1.000 procedimentos. Uma revisão sistemática realizada por Cleary et al. 3 revisou 22 artigos sobre a incidência de gestações. Metade dos artigos revisados não relatou nenhuma gravidez, enquanto os 50% restantes relataram uma ou mais gestações. 1 MURTHY et al. Update on hysteroscopic sterilisation. 2017 Royal College of Obstetricians and Gynaecologists Chudnoff SG, Nichols JE Jr, Levie M. Hysteroscopic ESSURE inserts for permanent contraception: extended follow-up results of a phase III multicenter international study. *J Minim Invasive Gynecol.*, v. 22, p. 951–960, 2015. 2 JOST, S. ESSURE permanent birth control effectiveness: a seven-year survey. *Eur J Obstet Gynecol Reprod Biol.*, v. 168, p. 134–137, 2013. 3 CLEARY, T. P. et al. Pregnancies after hysteroscopic sterilization: a systematic review. *Contraception*, v. 87, p. 539–548, 2013. No Brasil, os poucos artigos de revisão publicados compartilham do entusiasmo com o dispositivo, celebrando a novidade de esterilização por histeroscopia. DEPES, D. B. et al. ESSURE: a revolution in female definitive contraception. *Einstein*, v. 7, n. 3, p. 392–393, 2009. DONNE, R. D. D. et al. Esterilização tubária histeroscópica: uma atualização sobre o dispositivo ESSURE. *Femina*, v. 46, n. 2, p. 131–134, 2013. OSTHOFF, L. et al. Esterilização histeroscópica ambulatorial pelo procedimento ESSURE: stent tubário. *Femina*, v. 43, n. 1, p. 29–36, 2015.

A partir dessas ponderações, fica claro perceber que não existe método de laqueadura infalível e sem efeitos colaterais. A autora, quando quis se tornar estéril pelo método ESSURE, estava ciente dos efeitos colaterais possíveis, mesmo assim quis levar adiante sua autonomia de vontade. Ademais, dos relatos descritos, a esterilização traz por consequência inúmeros efeitos colaterais no organismo feminino, ainda que não seja por meio do ESSURE, de modo que a situação voluntariamente assumida era previsível e escapável, não podendo ser imputado a terceiro a culpa pelos efeitos da conduta de livre e espontânea vontade realizada.

2.1 A aprovação do sistema ESSURE pelos órgãos reguladores – Anvisa e FDA

O ESSURE é considerado um produto para saúde. Produtos para saúde são divididos em quatro diferentes classes regulatórias no Brasil pela Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 185/2001. O ESSURE é um dispositivo de Classe IV, o que significa dizer que está sujeito ao “mais rigoroso escrutínio regulatório” antes de obter o “registro sanitário” na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), sem o qual nenhum produto para saúde pode ser comercializado no Brasil. De igual sorte, a aprovação do ESSURE pela *Food and Drug Administration* (FDA), agência reguladora norte-americana responsável pela aprovação de medicamentos e dispositivos médicos aconteceu em 2002, após rigorosíssimo processo de avaliação de resultados, conhecido como PMA, ou aprovação pré-comercialização, método pelo qual a FDA aprova novos dispositivos médicos e medicamentos. A PMA é concedida somente quando o fabricante é capaz de demonstrar segurança e eficácia por meio de estudos “adequados e bem controlados”, conduzidos sob condições clínicas rigorosas. Só então o fabricante pode começar a vender o produto. Um PMA é necessário para qualquer dispositivo médico que seja categorizado como Classe III, que se destina a manter paciente vivo ou prevenir evento adverso, que seja cirurgicamente implantado no corpo do paciente e que possa representar certa quantidade de risco para a saúde e o bem-estar do paciente. Apenas 1% de todos os dispositivos e produtos médicos se enquadram na categoria de Classe III. O ESSURE é um deles.

Ao contrário da aprovação da FDA por meio do processo 510 (k), que acontece quando um dispositivo é aprovado tomando por base, “de empréstimo”, pesquisas e relatórios clínicos feitos em aparatos similares, o que encurta demasiadamente os custos e o tempo de aprovação, o processo de aprovação via PMA torna tudo muito mais rigoroso, caro e demorado para o fabricante. Trata-se de processo meticuloso, passo a passo, que começa com simulações de computador, desenvolvimento em máquinas e testes de bancada. Se esses testes preliminares produzirem os resultados esperados, o próximo passo passa

a ser o teste em animais. Isso ajuda a determinar como o dispositivo responde sob condições biológicas. Ensaios em humanos são o passo final. O processo de PMA também é dispendioso, particularmente no caso de dispositivos médicos. O custo médio para a aprovação de um dispositivo médico via PMA é de cerca de US \$94 milhões, antes que possa ser colocado no mercado e pode levar um ano ou mais. Em contraste, percorrer a rota do processo 510 (k) custa menos de um terço dessa quantidade e leva metade do tempo – motivo pelo qual a maioria dos fabricantes prefere usar esse processo sempre que possível.

Há, todavia, grande vantagem para os fabricantes se completarem o processo PMA. Se um dispositivo tiver sido submetido à aprovação PMA pelo FDA, fica muito mais difícil para os eventuais prejudicados ajuizar ações de indenização por causa da doutrina legal de “preempção”, em vigor no ordenamento jurídico norte-americano. Isso significa essencialmente que as leis e regulamentos federais (neste caso, a aprovação formal do FDA) prevalecem sobre as leis estaduais e locais. No entanto, os tribunais estadunidenses determinaram que tal preempção é inaplicável aos dispositivos que foram compensados pela Seção 510 (k)⁹.

Desde a aprovação do pedido de comercialização do ESSURE, em 2002, a FDA tem continuamente revisado e aprovado a segurança e eficácia do ESSURE por meio de 51 aditivos ao pedido original, o último dos quais ocorreu em abril de 2018, nos Estados Unidos. No Brasil, desde a concessão do registro sanitário em 2009 pela ANVISA, o ESSURE “vem equipado de um extenso manual de instrução de uso em português”, disponibilizado a todas as pacientes, em cujas páginas cinco a oito são descritos, “à exaustão”, os riscos inerentes à sua implantação – entre os quais, destaca-se a possibilidade de ocorrerem sangramentos intensos, dores no geral, incluindo dor pélvica ou abdominal, perturbações emocionais (devido ao arrependimento da decisão de se sujeitar a contracepção permanente) “e a necessidade de remoção cirúrgica do útero ou das trompas de falópio, no caso de ser necessária a retirada do dispositivo”. Confira-se com o excerto destacado:

9 Disponível em: <https://pt.levinlaw.com/legal-resources/fda-premarket-approval>. Acesso em: 28 ago. 2020.

Figura 6 – Manual de instrução ESSURE

- Podem ocorrer dores, câibras e sangramento vaginal durante e após o procedimento de colocação do micro-dispositivo. De modo geral, estes incidentes são toleráveis, passageiros e tratados com êxito com fármacos.
- Durante e/ou imediatamente após o procedimento de colocação do micro-dispositivo, existe o risco de a paciente sentir náuseas ou vômitos. Normalmente, estes sintomas são passageiros e podem ser tratados, se necessários, com fármacos.

C. Riscos Associados ao Uso Micro-dispositivo Essure

- Existe o risco o micro-dispositivo Essure se deslocar para o exterior das trompas de Falópio. Esta deslocação pode ser devida à expulsão (movimento para fora da trompa de Falópio e para o interior da cavidade uterina/colo uterino/vagina ou para o exterior do corpo) ou a migração (movimento para a porção distal da trompa de Falópio para fora da trompa de Falópio e para o interior da cavidade peritoneal). Podem ser necessárias radiografias adicionais para identificar a localização do(s) micro-dispositivo(s), podendo ser necessária cirurgia para remover o(s) mesmo(s). A deslocação do dispositivo pode resultar em gravidez, gravidez ectópica e/ou dor/distúrbios menstruais ou outras reações adversas.
- Tal como os métodos atualmente disponíveis de contracepção mecânica permanente (ou seja, grampos, anéis), no caso de micro-dispositivo Essure ter de ser removido, é necessária cirurgia. Além disso, é possível que seja necessária a remoção cirúrgica das trompas de Falópio (salpingectomia) e do útero (histerectomia).
- Podem ocorrer dores e câibras abdominais/pélvicas. As dores e as câibras podem ocorrer com maior probabilidade durante o período menstrual, durante e após o coito ou com outras atividades físicas.

Como dito anteriormente, para viabilizar a inserção do ESSURE, o ente público não só teve o cuidado de proceder à palestra elucidativa dos métodos de laqueadura, bem como, além de esclarecer verbalmente, fez a autora assinar dois termos de consentimento sobre o assunto, garantindo por meio de registro médico em ata que a autora estava completamente ciente de tudo o que estava fazendo. O primeiro termo de consentimento era específico sobre a laqueadura e o segundo documento se denominava “Termo de Ciência e Consentimento Pós-Informado para a Realização de Procedimento Médico de Colocação do Dispositivo Intra-Tubário ESSURE”, com firma reconhecida em cartório e assinados com 60 dias de antecedência da realização do procedimento propriamente dito, para que houvesse tempo bastante para a autora pensar sobre se realmente queria se submeter a tal ato, bem como refletir sobre as eventuais consequências da sua escolha.

No segundo termo de consentimento, constam as informações quanto à necessidade de autorização expressa da autora para a colocação do dispositivo e a possibilidade de, em 60 (sessenta) dias, revogar a sua autorização, como também estão descritos os eventuais riscos que o dispositivo poderia ocasionar para a sua saúde, a eficácia do dispositivo, os possíveis efeitos colaterais, o risco na sua colocação e a necessidade de acompanhamento médico para a

avergüação não somente da sua eficácia, como da sua aderência e aceitação pelo organismo. No próprio termo padrão de consentimento para os casos de ESSURE consta a seguinte afirmação por parte da autora:

Embora o método Essure de obstrução tubária seja um efetivo método de planejamento familiar, sua efetividade não é de 100%, assim como nenhum outro método. Sua eficácia é de 99,8%. [...]

As complicações que poderão surgir são a) intraoperatórias (hemorragias, lesões nas tubas uterinas); b) pós-operatórias: leves e mais frequentes (cóllicas abdominais e sangramentos); importantes e excepcionais (pelviperitonite e hemorragia), perfuração nos órgãos.

Entendi as explicações que me foram prestadas em linguagem clara e simples, esclarecendo-me todas as dúvidas que me ocorreram. Li e compreendo todas as informações desde documento, antes de sua assinatura. Também entendi que devo fazer uso de um método contraceptivo por 90 (noventa dias) após a realização do procedimento, garantindo assim tempo hábil para que o Essure crie a barreira natural ocluindo as tubas uterinas, entendi que qualquer momento e sem necessidade de dar nenhuma explicação poderei revogar o consentimento que agora presto, antes que o procedimento objeto deste documento se realize. **Assim, declaro que estou satisfeita com a informação recebida e que compreendo o alcance e riscos do tratamento.** (grifos meus).

O termo de consentimento da laqueadura, por sua vez, apresenta também informações detalhadas sobre possíveis complicações durante o procedimento, tais como, parada cardiorrespiratória, morte, dor pélvica, aderência pélvica, hemorragia, infecções, tromboembolia, distúrbio psicosexual, além de lesões e queimaduras de órgãos ou gravidez fora do útero. Dessa forma, “não é verdade” que o Distrito Federal descumpriu o dever de informação acerca dos eventuais efeitos colaterais que o microdispositivo poderia ocasionar. Também “não é verdade que a autora desconhecia os exatos termos do produto, tampouco os seus possíveis efeitos colaterais, especialmente a indicação de retorno a consultas médicas para a avaliação periódica”. Como se não bastasse o fato de a autora ter total conhecimento dos possíveis efeitos colaterais que poderiam acometê-la após a inserção do ESSURE, avaliações especializadas e independentes do método realizadas por numerosas autoridades sanitárias, organismos de avaliação de segurança e organizações médicas têm concluído que os benefícios superam os riscos inerentes à utilização, já que inexistente método de laqueadura que não possua efeitos colaterais.

2.2 A enxurrada de ações envolvendo o ESSURE. Histórico do drama no Brasil. A suspensão determinada pela Anvisa em 2017. A corrida em busca de indenizações milionárias. A falsidade das alegações da autora. A ausência de determinação quanto à retirada do dispositivo, seja pela Anvisa, seja pelo Ministério da Saúde. O cancelamento definitivo do registro em 2019

Inicialmente, a defesa do ente público arguiu a ilegitimidade do Distrito Federal. Se a colocação de método contraceptivo nas autoras foi devidamente autorizado pela Anvisa, se a inserção aconteceu de maneira diligente e regular e os eventuais problemas de saúde alegados coincidentemente só começaram a ocorrer a partir de data próxima ao cancelamento do registro do dispositivo no órgão regulador de vigilância sanitária (2019), o Distrito Federal não teria legitimidade para responder sozinho por eventuais danos que pudessem ter sido ocasionados às autoras, porquanto agiu totalmente acobertado pelas recomendações dos órgãos técnicos responsáveis sobre a aprovação do uso de dispositivos médicos.

Se, por um lado, se entendesse que as autoras teriam razão em seu pleito, caberia, então, à Anvisa responder pelos supostos danos ocasionados, por haver sido a agência reguladora que autorizou o registro e comercialização do referido dispositivo e que jamais determinou ou recomendou a sua retirada. Por outro lado, o fabricante/distribuidor também poderia ser responsabilizado, acaso comprovadamente se percebessem falhas decorrentes do dispositivo em si ou algum vício do produto, considerando que o ESSURE foi produzido por empresa farmacêutica e importado, distribuído e comercializado no Brasil por empresa diversa. Desse modo, jamais poderia o ente público suportar, sozinho, referidas indenizações, porquanto acobertado pela licitude de seus atos. Tratava-se de nítido caso de identificação de responsabilidades subsidiárias/solidária, a depender do conjunto probatório formado no presente processo, havendo a necessidade clara do litisconsórcio para que haja a correta e eventual responsabilização.

Diferentemente do que alegado pela autora, nunca houve qualquer determinação de órgão público, quer tenha sido expedida pela Anvisa, quer tenha sido expedida pelo Ministério da Saúde, para que houvesse a retirada do ESSURE. Nem no Brasil, nem no mundo. Vamos ao histórico dos fatos para melhor compreensão.

Em 2015, houve um abaixo-assinado nos Estados Unidos que ensejou a abertura de um processo específico de revisão de segurança do produto na FDA. Após análise clínica dos casos e com base em diversos estudos, a FDA emitiu nota afirmando tratar-se de dispositivo seguro para as usuárias, sem

recomendar a retirada. Segundo a nota à imprensa lançada pela FDA, já em 2016, “[...] o Essure continua sendo uma opção apropriada para a maioria das mulheres procurando um método permanente de controle de natalidade” (tradução livre)¹⁰.

Atenta a este movimento, a Anvisa emitiu para a empresa produtora e para a distribuidora uma notificação para que as empresas apresentassem relatório e estudo clínico com acompanhamento mínimo de cada paciente por um período de doze meses, além de relatório de gerenciamento de risco atualizado e das descrição das medidas efetivadas após o alerta emitido pelas demais autoridades regulatórias no mundo, sob pena de suspensão da venda do produto no território nacional (Lei n° 6.360/76, Art. 7° e Lei 6437/77, Art. 10°, inciso XXXI). Acontece que a distribuidora não apresentou os respectivos relatórios no prazo consignado pela Anvisa, asseverando que não teria recebido em sua sede a intimação. Como a Anvisa exigira resposta à notificação no prazo de 120 dias, sob pena de suspensão temporária da venda do produto e a resposta não aconteceu, pois a empresa não foi intimada, a Anvisa decidiu, então, suspender temporariamente a comercialização do ESSURE, o que se consolidou por meio da publicação em 17 de fevereiro de 2017 da Resolução RE n° 457/2017, que suspendeu temporariamente a importação, distribuição e comercialização de ESSURE no Brasil.

Dessa forma, diferentemente do que quer fazer crer a autora em suas ilações na inicial, referida suspensão temporária da comercialização do ESSURE não aconteceu por razões de segurança, mas, sim, por uma questão meramente formal. Não por acaso, quando a COMMED encaminhou à Anvisa a documentação dantes solicitada, houve a imediata revogação da suspensão anteriormente promulgada. Nova resolução foi elaborada, nos termos a seguir – RE n° 1.846/2017:

10 “*Essure remains an appropriate option for the majority of women seeking a permanent form of birth control*”. Disponível em: www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/ucm488313.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

Figura 7 – Resolução-RE nº 1.846/2017

RESOLUÇÃO-RE Nº 1.846, DE 7 DE JULHO DE 2017

A Gerente-Geral de Inspeção e Fiscalização Sanitária, Substituta, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pela Portaria nº 973, de 14 de junho de 2017, aliado ao disposto no art. 54, I, § 1º da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 61 de 3 de fevereiro de 2016,

considerando o art. 28 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977;

considerando o art. 53 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999;

considerando que a empresa COMERCIAL COMMED PRODUTOS HOSPITALARES LTDA apresentou a documentação técnica em cumprimento à notificação de exigência referente ao registro do produto SISTEMA ESSURE, resolve:

Art. 1º Revogar a Resolução-RE nº 457, de 17/02/2017, publicada no D.O.U. nº 36 de 20 de fevereiro de 2017, Seção 01, fl. 35, que havia determinado o recolhimento, a suspensão da importação, da distribuição e comercialização, do uso e da divulgação do produto SISTEMA ESSURE, registro ANVISA nº 80274190001, processo de registro nº 25351350321/2007-88, importado e registrado no Brasil pela empresa COMERCIAL COMMED PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, CNPJ: 02.643.718/0001-21.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

MARIÂNGELA TORCHIA DO NASCIMENTO

Fonte: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2017. DOU, 1, Brasília, DF, 10 jul. 2017

Nesse tom, a suspensão temporária (e já revogada) da comercialização do ESSURE não decorreu da mudança no perfil de segurança do produto, mas, sim, por conta de mera formalidade técnica. Observe que a Anvisa, na ocasião da emissão da Resolução nº 457/17, lançou a seguinte Nota Técnica:

I Orientações às pacientes

As mulheres que tiveram o produto implantado devem manter a rotina de acompanhamento clínico junto ao seu médico.

Não há recomendação para a retirada do dispositivo, a menos que haja orientação médica nesse sentido.

Se você implantou o sistema ESSURE, é desejável que envie dados sobre o uso do produto e eventuais intercorrências observadas. Para tanto, deve acessar o formulário disponível no link que segue: <http://migre.me/w7BNQ>.

Para outras informações, entre em contato pelo Fale com a Anvisa 0800 642 9782.

II Orientações aos profissionais

O médico deve garantir a rotina de acompanhamento das suas pacientes que tiveram o produto implantado e realizar as orientações necessárias, em conformidade com a RE nº 457/17.

Caso queira notificar queixas técnicas (irregularidades com o produto) e eventos adversos (dano ao paciente associado com o uso do produto), utilizem os canais abaixo.

Profissionais, serviços de saúde, empresas, outras áreas do Ministério da Saúde devem notificar pelo Sistema Notivisa, pelo link <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/notivisa/index.htm>. É preciso se cadastrar e selecionar a opção Profissional de Saúde, se for um profissional liberal ou a opção Instituição/Entidade, se for um profissional de uma instituição/entidade.

Para maiores informações entre em contato pelo Fale com a Anvisa 0800 642 9782. (BRASIL, 2017).

Infelizmente, no entanto, a imprensa pôs-se a alardear uma inexistente correlação entre os efeitos adversos do ESSURE e a edição da Resolução RE nº 457/2017, posteriormente revogada pela Resolução RE nº 1.846/2017. A autora trouxe ao processo “cobertura midiática equivocada” para tentar conferir plausibilidade à sua tese de que os sintomas por ela manifestados decorreriam de defeito no contraceptivo. Entretanto, diferentemente do que alega, os efeitos colaterais do produto sempre estiveram descritos no manual de instruções que foram levados ao conhecimento das pacientes e não foi por conta das reações adversas que houve a suspensão da comercialização. Eventuais sintomas sentidos pela autora não decorrem necessariamente da permanência do dispositivo ESSURE em seu organismo, mas podem advir de múltiplos outros fatores. Nessa linha, o processo de vitimização de algumas usuárias, cumulado com a espetacularização da notícia, somado com a angústia da dúvida ocasionado por conta da suspensão temporária do dispositivo pela Anvisa foi o bastante para que, a partir de 2019, escritórios de advocacias ávidos para explorar o sofrimento alheio começassem a desenvolver e/ou participar de páginas na internet (www.acaoessure.com.br), bem como grupos de *Instagram* e de *Facebook* para angariar supostas vítimas, em busca de indenizações milionárias.

O certo é que, após meados do segundo semestre de 2019, três anos e meio após a última inserção do dispositivo pela SES/DF (22/02/2016) e sete anos após a inserção do primeiro (09/2012), a procura por atendimento de pacientes com queixas relacionadas aos dispositivos do Sistema ESSURE aumentou substancialmente, principalmente após exposição dos fatos na mídia com espetacularização da notícia. Tal fato pode ser comprovado pelo registro de pacientes no ambulatório do HMIB, quando até outubro de 2019, apenas seis a oito pacientes haviam registrado manifestado desejo de retirada do dispositivo (das 2.226 mulheres que introduziram). Entretanto, subitamente, em menos de um ano, mais 36 pacientes foram atendidas com manifestação pela retirada.

Como já foi dito, nunca houve qualquer determinação da Anvisa ou do Ministério da Saúde sugerindo a retirada do dispositivo. No mundo inteiro, também não foi diferente. Em 2017, o *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists*, em Londres, emitiu enunciado no qual se garantia a desnecessidade de retirada. Concluiu-se também que não houve relatos de efeitos adversos graves do ESSURE, como morte, lesão intestinal ou lesão vascular.¹¹ Também a Sociedade Espanhola de Ginecologia e Obstetrícia publicou um guia de ação para assistência à paciente com o dispositivo ESSURE e também afirmou que não havia motivos para recomendar a remoção sistemática do dispositivo. Considerando dados de estudo epidemiológico francês de 2017, que levou em consideração literatura médica, acompanhamento e resultados de estudo epidemiológico com mais de 100.000 mulheres, concluiu-se que não existem justificativas para recomendar a remoção sistemática do dispositivo ou modificar as diretrizes para acompanhamento das pacientes¹². Assim, inverídicas são as afirmações que alegam ter o Distrito Federal agido com negligência por não ter comunicado a cada uma das mulheres que inseriu o dispositivo sobre a necessidade de retirada. Nunca houve essa obrigação, de modo que o Distrito Federal sempre agiu acobertado pela regularidade da conduta adequada ao caso, na visão dos órgãos reguladores sobre o assunto.

2.3 A necessidade de retirada ou não do ESSURE vai depender de cada caso, após diagnóstico médico. A Nota Técnica nº 05, 2020, da Secretaria de Saúde

Nos moldes do que bem apontado nas recomendações da Anvisa, a conduta adequada e esperada dos médicos era a de tranquilizar as pacientes que se utilizam do sistema de que não há necessidade de remoção cirúrgica por causa da decisão de cancelamento do registro, a qual se deu, segundo vimos, por razões comerciais e a pedido da empresa. Somente o acompanhamento de cada paciente e as circunstâncias do caso concreto é que poderão indicar pela necessidade ou não da retirada do ESSURE e sobre a técnica a ser utilizada.

No caso concreto, se a remoção do Sistema ESSURE for realmente indicada, acontecerá por meio de procedimento cirúrgico que levará em consideração a situação específica da paciente, respeitando sempre que possível seus desejos, como a via de acesso e a técnica cirúrgica mais apropriada a ser empregada, dependendo da disponibilidade, dos riscos específicos de cada

11 MURTHY, P. et al. Update on hysteroscopic sterilisation. *The obstetrician and gynaecologist*, 19 jul. 2017. Disponível em: <https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/tog.12390>. Acesso em: 01 set. 2020.

12 SOCIEDAD Española de Ginecología y Obstetricia. Guía de actuación ante una paciente portadora del dispositivo ESSURE®. *Prog Obstet Ginecol*, v. 62, n. 3, p. 315–321, 2019.

uma, bem como dos sintomas que a autora apresenta, conforme foi bem delimitado por meio da elaboração da Nota Técnica nº 05/2020, elaborada em 27 de julho de 2020, pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. Por meio da ementa da referida Nota Técnica, esclarece-se:

Nota Técnica N.º05/2020 - SES/SAIS/CATES/DUAEC Brasília-DF, 27 de julho de 2020.

ASSUNTO: Guia para o cuidado, acompanhamento e monitoramento das pacientes com o Sistema Essure® implantado na rede de Atenção à Saúde da Secretaria de Estado de Saúde do DF - SES/DF.

DO OBJETIVO:

- Fornecer informações e cuidados adequados às mulheres que foram submetidas à implantação dos dispositivos Sistema Essure® e relatam efeitos adversos relacionados e cuidados em geral a qualquer portadora desses dispositivos.
- Oferecer a todas as pacientes que possuem o Sistema Essure® implantado, as garantias de acompanhamento adequado, por meio de análises subsequentes apropriadas, bem como a máxima segurança no procedimento de remoção se necessário.
- Certificar que as pacientes com o Sistema Essure® implantado, recebam informações adequadas relacionadas ao cuidado, acompanhamento e monitoramento, bem como, recebam orientações e consentimento informado específico sobre uma possível intervenção a ser executada para a retirada dos implantes do Sistema Essure.

DA JUSTIFICATIVA:

Este guia de ação destina-se ao uso de profissionais de saúde e serviços de assistência à saúde da SES-DF para o cuidado, acompanhamento e monitoramento das pacientes com implantes do Sistema Essure e orientações para possível retirada dos dispositivos, quando houver indicação médica. (BRASIL, 2020).

A remoção poderá, assim, ser realizada utilizando-se de diferentes técnicas cirúrgicas ou da associação de técnicas, dependendo da localização e do posicionamento do dispositivo do Sistema ESSURE. A técnica cirúrgica mais recomendada normalmente é semelhante àquela empregada para a laqueadura tubária tradicional, por meio da retirada de segmento das trompas ou completa das trompas em bloco com o Sistema ESSURE, tomando precauções para não fraturar o dispositivo, o que pode eventualmente acontecer. A via de acesso pode ser por videolaparoscopia ou laparotomia clássica com incisão na

pele idêntica à comumente utilizada nas cesarianas. Dito isto, afere-se que não devem prosperar as pretensões indenizatórias da autora, posto que escolheu colocar o ESSURE mesmo tendo recebido exaustiva explicação em palestras sobre os demais métodos de laqueadura e mesmo ciente dos possíveis efeitos colaterais existentes, como faz prova os dois termos de consentimento assinados e a ata de conferência médica. E, mesmo sem ter jamais se queixado dos sintomas nas consultas médicas que realizou posteriormente na rede pública de saúde, uma vez tendo manifestado o desiderato de retirar o dispositivo e tendo sido verificada a correlação entre os eventuais sintomas descritos e o ESSURE pela equipe médica, foi-lhe, então, explicado como seria a cirurgia de retirada, haja vista que cada caso é um caso. A autora será, então, acompanhada de forma adequada pela equipe de *experts* do Hospital Materno Infantil para retirada do dispositivo, o que decerto acontecerá sem intercorrências, contemplando a paciente com seu desiderato inicial, que era o de ser esterilizada em definitivo, sem apresentar quaisquer sequelas que propiciem sofrimento.

3 REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 20 ago 1997. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9263-12-janeiro-1996-374936-promulgacaodevetos-21460-pl.html>. Acesso em: 27 jun 2021.

BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm. Acesso em: 27 jun 2021.

BRASIL. Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6437.htm. Acesso em: 27 jun 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada n. 185, de 22 de outubro de 2001*. Aprova o Regulamento Técnico que consta no anexo desta Resolução, que trata do registro, alteração, revalidação e cancelamento do registro de produtos médicos na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Brasília. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2001/rdc0185_22_10_2001.pdf. Acesso em: 30 jun 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução 457, de 17 de fevereiro de 2017. Determina como medida de interesse sanitário, em todo o território nacional, a suspensão da importação, da distribuição e comercialização, do uso e da divulgação do produto SISTEMAESSURE, Registro ANVISA nº 80274190001, objeto do processo de registro nº 25351.350321/2007-88, importado e registrado no Brasil pela empresa COMERCIAL COMMED PRODUTOS HOSPITALARES LTDA., CNPJ: 02.643.718/0001-21. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Seção 1, Brasília, DF, 20 fev 2017. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-re-n-457-de-17-de-fevereiro-de-2017-20805074>. Acesso em: 30 jun 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução 1.846, de 07 de julho de 2017. Revogar a Resolução-RE nº 457, de 17/02/2017, publicada no D.O.U. nº 36 de 20 de fevereiro de 2017, Seção 01, fl.35. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Seção 1, Brasília, DF, 10 jul 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kuj-rw0TZC2Mb/content/id/19165419/impresnanacional. Acesso em: 30 jun 2021.

CHERN B.; SLOW A. Initial Asian experience in hysteroscopic sterilization using the Essure permanent birth control. *BJOG*, 2005, v. 112, n. (9);, p. 1322–1327, 2005.

DEPES, D. B. *et al.* ESSURE: a revolution in female definitive contraception. *Einstein*, v. 7, n. 3, p. 392–393, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado da Saúde. *Nota Técnica nº 05/2020 de 27 de julho de 2020*. Brasília: SES, 2020.

DONNE, R. D. D. *et al.* Esterilização tubária histeroscópica: uma atualização sobre o dispositivo ESSURE. *Femina*, São Paulo, v. 46, n. 2, p. 131–134, 2013.

DUFFY S. *et al.* Female sterilization: a cohort controlled comparative study of ESSURE versus laparoscopic sterilization. *BJOG*, v. 112, n. 11, p. 1522–1528, 2005.

FERNANDEZ, H. *et al.* Tubal sterilization: pregnancy rates after hysteroscopic versus laparoscopic sterilization in France, 2006–2010. *Eur J Obstet Gynecol Repr Biol.*, 2014, v. 180, p. 133–137, 2014.

FRANCHINI, M. *et al.* Essure permanent birth control, effectiveness and safety: an italian 11year survey. *Journal of Minimally Invasive Gynecology*, v. 24, n. 4, p. 640–645, maio/jun. 2017.

LEVI, M. D.; CHUDNOFF, S. G. Office hysteroscopic sterilization compared with laparoscopic sterilization: a critical cost analysis. *J Minim Invasive Gynecol.*, v. 12, n. 4, p. 318–322, 2005.

MURTHY *et al.* Update on hysteroscopic sterilisation. Hysteroscopic ESSURE inserts for permanent contraception: extended follow-up results of a phase III multicenter international study. *J Minim Invasive Gynecol.*, v. 22, p. 951–960, 2015.

OSTHOFF, L. *et al.* Esterilização histeroscópica ambulatorial pelo procedimento Essure: stent tubário. *Femina*, v. 43, n. 1, p. 29–36, 2015.

RELAÇÃO FISCO VERSUS CONTRIBUINTE: CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL NO DISTRITO FEDERAL

Eduardo Muniz Machado Cavalcanti¹

Resumo: O artigo trata da construção, e amadurecimento, do devido processo legal administrativo no âmbito do Procedimento Administrativo Fiscal do Distrito Federal (PAF), a partir do apanhado analítico do repertório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, em especial, da decisão proferida no AgRg no RE n. 608.426/PR, do Supremo Tribunal Federal (STF). Por meio do parecer jurídico ofertado n. 000024/2014-PROFIS/PGDF, em 2014, da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF), promoveu-se um passo adiante na construção do amplo contraditório, especialmente por assegurar a participação dos corresponsáveis, coobrigados tributários, na formação da certidão de dívida ativa antes, portanto, da constituição definitiva do crédito público. Em conclusão, e nesse ponto, a orientação traçou novos rumos jurídicos à Administração, sobretudo por recomendar que nos processos de lançamento do crédito tributário mediante sua correspondente constituição em processo administrativo fiscal, constatada a prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto, ou mesmo nas hipóteses de responsabilidade tributária, como no caso de dissolução irregular, deveria preservar-se a notificação do corresponsável para defesa, conferindo-lhe sempre o direito ao contraditório e à ampla defesa.

1 INTRODUÇÃO

A proposta de ofertar um artigo para a *Revista Jurídica da PGDF*, Edição Especial, é uma satisfação valiosa e especialmente enobrecedora, especialmente por integrar o quadro dessa carreira, reconhecida pela qualificação técnica, talento e combatividade de toda categoria, incansável na defesa dos interesses do Distrito Federal, da administração direta e indireta.

1 Procurador do Distrito Federal. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: eduardo.cavalcanti@pg.df.gov.br

Permitindo-me um contexto histórico cronológico pessoal, tomando a licença neste momento, posso dizer que nesses quase 15 anos de exercício no cargo de procurador do Distrito Federal, pude experimentar momentos especiais e gratificantes como profissional. Ao ingressar na carreira, já vinha de experiências profissionais também marcantes, no exercício da representação judicial da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais nos Tribunais Superiores, por dois anos, e também como Procurador da Fazenda Nacional (PGFN), por mais dois anos, no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Vindo de Recife, Pernambuco, desembarquei em Brasília, em meados de 2005, após rápida passagem para o curso de formação de Procurador do Estado de Minas Gerais, na cidade de Belo Horizonte, quando o então Advogado-Geral do Estado, José Bonifácio de Andrada, no palácio onde funcionava a AGE, na histórica “Praça Sete”, no centro da cidade, mais precisamente no cruzamento de duas grandes avenidas, a Afonso Pena e a Amazonas, disponibilizou-me uma vaga na representação do órgão perante os Tribunais Superiores.

O encanto com a cidade foi rápido, ao trafegar pelo “eixão” logo após saída do aeroporto JK, o modelo, a dinâmica integrativa, os prédios, a paisagem, era puro entusiasmo com o futuro que estava por vir. A cidade de Brasília, reveladora do conjunto arquitetônico e urbanístico inigualável, patrimônio mundial da UNESCO, multicultural, está acostumada a acolher pessoas de todos os rincões, e não foi difícil me entrosar e fazer amizades, duradouras, além, claro, da mais preciosa riqueza dessa vida, a família que constituí.

Nunca deixei de me preparar para o cargo de procurador do Distrito Federal. Tinha uma admiração pessoal, ainda que deixasse uma carreira pública federal para trás, de procurador da Fazenda Nacional, com toda mobilidade territorial e conceituada por sua tradição histórica, secular. Porém, a atração pela carreira distrital era despertada porque se destacava como uma das Procuradorias que revelava, e se mantém, com significativas autonomias técnica e funcional, somada às prerrogativas institucionais.

Na Procuradoria do DF, logo após ingressar e ter passado seis meses no contencioso estatutário, cuja atuação se volta a questões jurídicas relacionadas a servidores públicos civis, fui convidado para atuação no consultivo da Procuradoria de Pessoal, com destaque para a liderança e condução da sempre carinhosa, competente e saudosa Luciana Ribeiro Melo.

Pouco tempo depois, a convite do então Procurador-Geral do DF, Rogério Leite Chaves, tive a oportunidade de chefiar a Procuradoria Fiscal (PROFIS), com um desafio enorme, mais de 300 mil execuções fiscais em curso e um incontável contencioso jurídico-tributário, além de um volume considerável

de consultas jurídicas ao grupo do consultivo. Uma experiência fantástica, engrandecida pela convivência, e aprendizado, com procuradores e servidores de altíssimo nível.

Ao pedir desligamento do cargo de chefia, desde então, por mais de uma década, venho dando pareceres em matérias tributárias, financeiras e orçamentárias, estas últimas, preciso reconhecer, um interessante desafio enorme porque, na maioria das vezes, encontro pouco acervo na literatura e no repertório de jurisprudências, ou quase nenhum, sobre os temas sujeitos a apreciação, exigindo o aprofundamento a partir da experiência de outros órgãos e manuais de contabilidade pública.

Nesse período, tive a oportunidade de enfrentar diversos temas jurídicos, por meio de opinativos jurídicos, com destaque, por exemplo, para grandes operações de crédito com instituições financeiras nacionais e internacionais para construções de grandes obras públicas; mais recentemente, o parecer jurídico para a privatização da Companhia Energética de Brasília (CEB); questões em torno da reversão de superávit financeiro, recorrentes em anos de crise fiscal; dúvidas a respeito da intrincada descentralização de créditos orçamentários; divulgação geral de devedores inscritos em Dívida Ativa; reconhecimento de dívidas de exercícios anteriores, entre tantos outros na órbita do Direito Tributário compreendendo a sistemática operacional de tributos de competência do Distrito Federal.

Para esta Edição Especial da *Revista da PGDF*, pela natureza simbólica, e por reconhecer neste tema uma matéria de significativo avanço para a construção do devido processo legal, mediante contraditório amplo dos contribuintes, e, sobretudo, por contribuir para o aperfeiçoamento da relação fiscal entre Estado e cidadãos, elegi a matéria da participação do contribuinte na fase anterior à judicial, de formação da Certidão de Dívida Ativa (CDA), com a indispensável participação no processo administrativo fiscal.

A discussão surgiu a partir de consulta formulada pela Coordenação de Executivos Fiscais da Procuradoria Fiscal, hoje Procuradoria Fazendária, instada a se manifestar sobre a revelação e constatação de que a Secretaria de Estado de Fazenda, hoje de Economia, teria pedido a exclusão de sócios de pessoas jurídicas inscritos em certidão de dívida ativa – CDA –, por não terem participado previamente do processo administrativo de constituição definitiva do crédito tributário.

Na análise do caso concreto apresentado, foram formulados questionados a respeito da possibilidade de inclusão dos sócios-administradores, não arrolados na petição inicial, responsáveis pela dissolução irregular da empresa, mesmo tendo conhecimento de que estes não foram contemporâneos aos fatos

geradores dos tributos devidos e, notadamente por isso, não tenham participado do processo administrativo de origem do crédito tributário cobrado judicialmente.

A consulta era bem ampla e, como um dos subitens, continha a hipótese de inadimplemento da obrigação tributária, como situação que não atrai, por si, a incidência da responsabilidade do sócio-administrador, especialmente se não tiver participado do processo administrativo de constituição do crédito público mediante o procedimento previsto no PAF.

À época, crescia o número de processos questionando a corresponsabilidade de sócio-administrador ou gerente, sobretudo quando a inclusão na certidão de dívida ativa tivesse se dado de forma objetiva e imediata, sem o correspondente processo administrativo. Isso gerava também a temerária situação de adoção de expediente administrativo visando à imediata exclusão de toda e qualquer corresponsabilidade lançada nas certidões de dívida ativa já promovidas.

2 INCLUSÃO DE SÓCIO-GERENTE OU ADMINISTRADOR NA CDA: APANHADO JURISPRUDENCIAL

A noção conceitual da teoria geral do direito civil, importada para os demais ramos do Direito, revela que o sócio de sociedade é pessoa jurídica distinta desta, ostentando personalidade jurídica própria, sujeito a direitos e obrigações que não se confundem, salvo hipóteses expressamente previstas em lei. A pessoa jurídica é, na verdade, instrumento de que se utiliza o empresário ou sócio para exercer suas atividades.

Para que seja desnudada a regra de que a pessoa física do sócio é distinta da sociedade é imprescindível expressa previsão normativa, notadamente proclamando a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, “levantando seu véu”, com o objetivo de atingir bens dos sócios. Vários são os casos previstos em lei nos mais diversos ramos do Direito, dentre os quais o trabalhista, fiscal, previdenciário, civil.

Não se pode descuidar que o Código Tributário Nacional (CTN), nesta ordem de ideias, estabelece a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado para definir ou limitar competências tributárias, utilizados, expressa ou implicitamente, em normas de âmbito constitucional. Assim, conhecendo desse postulado, não se pode conferir, como regra geral, a responsabilidade do sócio, ainda que administrador ou gerente da sociedade empresária, pelas dívidas da pessoa jurídica, notadamente por se tratar de personalidades jurídicas

distintas, salvo situações muito particulares relacionadas à responsabilidade pelas dívidas tributárias da sociedade, como na hipótese do modelo societário de empresa individual.

A legislação tributária, particularmente, impõe situações excepcionais de responsabilidade dos sócios, senão vejamos.

A responsabilidade tributária do sócio, cujo desígnio é promover possibilidades de satisfação do crédito tributário objeto de inadimplemento pela pessoa jurídica, “advém da prática de atos ilícitos”, como nas hipóteses previstas nos artigos 134, 135 e 137 do CTN², e até mesmo pela prática de atos lícitos, como nos casos estabelecidos nos artigos 129 e 133, também do CTN³.

2 Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

- I os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
- II os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
- III os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
- IV o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
- V o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
- VI os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
- VII os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

- I as pessoas referidas no artigo anterior;
- II os mandatários, prepostos e empregados;
- III os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

- I quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;
- II quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;
- III quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:
 - a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;
 - b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;
 - c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

3 Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

- I integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;
- II subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

A responsabilidade do sócio por dívidas fiscais da sociedade reclama, portanto, o atendimento de várias condicionantes, definidas nas normas ali dispostas, e, sobretudo, nas seguintes: i) a existência de previsão legal prevendo a responsabilidade tributária; ii) a consideração do regime jurídico do contribuinte (sociedade) para fins de aferição da prestação pecuniária devida; e iii) a existência de vínculo jurídico entre o contribuinte e o responsável que permita a este cumprir sua função de auxiliar do Fisco no recebimento da dívida do contribuinte (NASCIMENTO, 2007, p. 818).

A extensão do dever jurídico imposto a terceiro como responsável pela dívida tributária, aqui examinada à luz da dívida de sociedade empresária, adquire contornos ainda mais amplos ao se analisar as hipóteses de “responsabilidade tributária solidária ou subsidiária” – esse último caso havendo coobrigados, e “responsabilidade pessoal”.

O parecer jurídico ofertado à época, em quase cinquenta páginas, compreendeu as várias hipóteses de responsabilidade tributária, tais como, redirecionamento por dissolução irregular, sucessão empresarial, sucessão imobiliária, entre outras, valendo-se do precioso repertório de jurisprudência do STJ e do STF, especialmente sobre a ideia de que a responsabilização de sócios ou responsáveis pela pessoa jurídica devedora, à luz do art. 135 do CTN, “requer a participação no processo administrativo fiscal de constituição do crédito tributário cobrado, observando os princípios do contraditório e da ampla defesa”.

É preciso ser dito que, no ano de 2014, quando enfrentado o tema, havia certo grau de insegurança jurídica revelada pelos inúmeros julgados proferidos no âmbito do STJ, incitada ainda pela então recente decisão do STF no AgRg no RE n. 608.426/PR. Por isso, feito, portanto, um apanhado do contexto histórico jurisprudencial acerca da inclusão do sócio-gerente ou administrador na CDA para seguir com as respostas às perguntas formuladas.

§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:

I em processo de falência;

II de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for:

I sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;

II parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou

III identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

§ 3º Em processo de falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário.

Em certos casos os sócios, ou responsáveis, são inseridos automaticamente na CDA como corresponsável direto pelo crédito tributário da Fazenda Pública perseguido no executivo fiscal sob a suposta prática de um dos atos descritos no art. 135, sem necessariamente, ter participado do processo administrativo tributário no qual lhe tenha sido assegurado o contraditório e a ampla defesa.

A Fazenda Pública, beneficiada pela presunção de certeza e liquidez do título, nos termos do art. 3º da Lei de Execução Fiscal⁴, ao inserir pessoas como responsáveis na CDA, sem participação no processo administrativo fiscal, transfere automaticamente para estes corresponsáveis a necessidade de elidir sua obrigação pelo tributo cobrado no curso da execução fiscal.

O ônus da prova passaria a ser dos sujeitos passivos (inclusive corresponsáveis) indicados na execução fiscal, ainda que incluídos “automaticamente” na CDA, os quais por meio dos embargos à execução – ou seja, apenas depois de garantido o juízo –, teriam a possibilidade de comprovar que não são responsáveis pelo tributo executado.

Ao pesquisar no repertório de jurisprudências do STJ, encontram-se várias decisões, inclusive a pacificação do tema submetido ao crivo de recurso repetitivo⁵, no sentido de que se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio-gerente ou administrador consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Segundo o STJ, a presunção de certeza e liquidez assegurada à CDA impõe ao executado corresponsável, que figura no título executivo, o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução, excluindo, portanto, a utilização da chamada exceção de pré-executividade⁶.

4 Art. 3º – A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez. Parágrafo Único – A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

5 REsp n. 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009

6 AgRg no AREsp 223785/PA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 07/12/2012

No âmbito local, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), seguindo a orientação do STJ, afirma que não constando o nome do sócio na CDA compete ao Fisco o ônus da prova de que ele praticou um dos atos elencados no art. 135 do CTN, o que permite concluir, a contrário senso, de que constando o nome do sócio na CDA, o redirecionamento do executivo fiscal afigura-se viável, invertendo-se o ônus da prova ao sócio-gerente⁷.

A interpretação literal da legislação atinente à espécie no que se refere à inclusão do sócio na CDA de forma automática e objetiva pelas Fazendas Públicas passou a ser vista de outra forma a partir do julgamento do AgRg no RE n. 608.426/PR pelo STF, que lançou um olhar constitucional, contemplado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O STF, no exame feito pela Segunda Turma no referido recurso, entendeu que a responsabilização de sócios ou responsáveis pela pessoa jurídica devedora, à luz do art. 135 do CTN, requer a indispensável instauração de processo administrativo fiscal, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, figurando os sócios ou responsáveis apenas quando reste devidamente provada a ocorrência de ação com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa.

Extrai-se da decisão noticiada do STF que, além do indispensável processo administrativo fiscal contra o sócio-gerente ou administrador para efeito de inclusão na CDA, é imprescindível que a decisão administrativa, a qual atribui sujeição passiva por responsabilidade ou por substituição, seja adequadamente motivada e fundamentada, sem depender de presunções ou ficções legais inadmissíveis no âmbito do Direito Público e do Direito Administrativo, conforme trecho abaixo reproduzido, *verbis*:

Considera-se presunção inadmissível aquela que impõe ao sujeito passivo deveres probatórios ontologicamente impossíveis, irrazoáveis ou desproporcionais, bem como aquelas desprovidas de motivação idônea, isto é, que não revelem o esforço do aparato fiscal para identificar as circunstâncias legais que permitem extensão da relação jurídica tributária (RE n. 608426 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/101201 J. DJe-204 DIVULG 21-10-2011 PUBLIC 24-10-2011).

7 Acórdão n.645476, 20120020280128AGI, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/01/2013, Publicado no DJE: 15/01/2013. Pág.: 308; Acórdão n.455224, 20100020039171AGI, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÓA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 13/10/2010, Publicado no DJE: 20/10/2010. Pág.: 93; Acórdão n.416212, 20100020028155AGI, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/04/2010, Publicado no DJE: 15/04/2010. Pág.: 161.

Esta decisão do STF passou a ditar um novo rumo à administração fiscal, ao menos no âmbito distrital, sobretudo no procedimento de inclusão, de forma automática e objetiva, dos sócios-gerentes ou administradores de sociedades como corresponsáveis por débitos das pessoas jurídicas que gerenciam. Para inclusão, passou-se a exigir a observância do regular processo administrativo fiscal, em que fique evidenciada prática de atos com excesso de poderes ou infração da lei ou dos atos constitutivos⁸.

Por se tratar de decisão firmada no âmbito de Turma de Julgamento do STF, especialmente por não ter sido proferida no Pleno, muito menos submetida à repercussão geral, deve-se reconhecer que o tema não está definitivamente pacificado no seio da Corte, revelando embrionariamente uma tendência da jurisprudência constitucional sobre o assunto. No âmbito do STJ, pode-se enxergar timidamente o amadurecimento do tema na linha do que disposto pelo STF.

Essa compreensão pode ser colhida de um trecho do voto proferido pelo ministro Mauro Campbell Marques no Acórdão n. 1.405.311/RS, no sentido de que se consta na CDA o nome do responsável – seja ele sócio-gerente ou administrador da sociedade, “é porque primeiramente deve ter participado do processo administrativo fiscal”. *Vide* excerto do voto proferido:

8 Pela relevância da decisão, reproduz-se sua ementa na íntegra, *verbis*:
AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE CORRETA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA POR ERRO DA AUTORIDADE FISCAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc). Porém, no caso em exame, houve oportunidade de impugnação integral da constituição do crédito tributário, não obstante os lapsos de linguagem da autoridade fiscal. Assim, embora o acórdão recorrido tenha errado ao afirmar ser o responsável tributário estranho ao processo administrativo (motivação e fundamentação são requisitos de validade de qualquer ato administrativo plenamente vinculado), bem como ao concluir ser possível redirecionar ao responsável tributário a ação de execução fiscal, independentemente de ele ter figurado no processo administrativo ou da inserção de seu nome na certidão de dívida ativa (Fls. 853), o lapso resume-se à declaração lateral (*obiter dictum*) completamente irrelevante ao desate do litígio. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 608426 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-204 DIVULG 21-10-2011 PUBLIC 24-10-2011 EMENT VOL-02613-02 PP-00356 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 629-633).

A certidão de dívida ativa goza da presunção de certeza e liquidez, com efeitos de prova pré-constituída (art. 204, *idem*) exatamente porque originária de um procedimento administrativo rigidamente regrado pela lei, que tem origem no lançamento, conceituado como “o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caro, propor a aplicação da penalidade cabível” (art. 142, *ibidem*). Esse procedimento, além disso, será necessariamente contraditório, pressupondo a notificação ao sujeito passivo (art. 145 do CTN) e o exercício do direito de defesa (*idem*, I). Daí ser incabível “redirecionar” a execução contra sujeito passivo que não figura na CDA e que, portanto, não participou daquele procedimento administrativo do qual ela resulta, não estando, assim, abrangido pela presunção de liquidez e certeza do título. Evidente, por igual, que não sana essa irregularidade a simples retificação da CDA para nela incluir o nome do sócio da pessoa jurídica, pois sua responsabilidade haveria que ser previamente apurada em processo regular. Resta evidente, portanto, que a responsabilidade do sócio não tem cunho objetivo, e sim subjetivo.

Em outro julgado, também na mesma linha, o ministro Napoleão Nunes Maia Filho assentou que só o fato de constar o nome do sócio na CDA, nos casos em que o lançamento é feito pelo Fisco, não o legitima automaticamente para a execução tributária. O entendimento advém do voto proferido no julgamento do AgRg no REsp 1248451/SC⁹, muito embora, ao final, tenha se curvado ao entendimento pacificado no âmbito do STJ pela 1ª Seção de Julgamento no recurso representativo de controvérsia, de que se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN.

A análise aprofundada de diversos julgados proferidos pelo STJ, porém, revela a constatação de que o cenário jurídico nessa Corte dessume a seguinte conclusão, firmada no precedente consagrado pelo crivo qualitativo de representação de controvérsia: o ônus da prova quanto a irregularidades previstas no art. 135 do CTN “excesso de poderes”, “infração da lei” ou “infração do contrato social ou estatuto”, incumbirá à Fazenda ou ao contribuinte a depender da CDA, nos seguintes moldes abaixo mencionados¹⁰:

9 AgRg no REsp 1248451/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 26/11/2013.

10 *Vide* os seguintes acórdãos: AgRg no AREsp 8.282/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 13/02/2012 e EREsp 702232/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2005, DJ 26/09/2005, p. 169.

- i. se o nome do sócio não consta da CDA e a execução fiscal foi proposta somente contra a pessoa jurídica, o ônus da prova caberá ao Fisco;
- ii. caso o nome do sócio conste da CDA como corresponsável tributário, caberá a ele demonstrar a inexistência dos requisitos do art. 135 do CTN, tanto no caso de execução fiscal proposta apenas em relação à sociedade empresária e posteriormente redirecionada para o sócio-gerente, quanto no caso de execução proposta contra ambos.

A revelação do entendimento do STF no AgRg no RE n. 608.426/PR, no qual se definiu que a responsabilização de sócios ou responsáveis pela pessoa jurídica devedora, à luz do art. 135 do CTN, requer a instauração de processo administrativo fiscal, trouxe um novo panorama sobre a temática, especialmente por contemplar de forma intransigível sobre a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, desde que fique constatada a ocorrência de ação com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa.

Naquele momento, a dúvida prática do Fisco distrital era se deveria haver uma virada operacional de procedimentos, o que poderia causar uma disfunção radical na dinâmica das atividades. De fato, o julgamento proferido pelo STF no AgRg no RE n. 608.426/PR conferiu um novo olhar à inclusão do sócio-gerente ou administrador na CDA, sublinhando a posição de que os sócios gestores devem ser chamados a participar do processo administrativo fiscal na imputação de responsabilidade pelo crédito tributário devido pela sociedade empresária. E, neste processo administrativo, para efeito de corresponsabilidade do sócio-administrador deve restar demonstrada ao menos uma das hipóteses previstas no art. 135 do CTN.

No momento oportuno, à época, foi preciso acolher a decisão do STF com temperamentos, especialmente pela ausência de repercussão geral ou de efeitos vinculantes. Por isso, a orientação pautou-se no equilíbrio de que, em contrapartida, a administração fiscal não deve promover a exclusão dos sócios-administradores ou gerentes que não tenham participado do processo administrativo, adotando expediente incondicional de modo a afastar toda e qualquer corresponsabilidade nas CDAs já lançadas.

Ainda que tivéssemos se apoiando em proeminente precedente firmado pelo STF, fato é que ainda sobressai um histórico de julgados do STJ, inclusive imposto sob a sistemática de recurso repetitivo, de que é admissível o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente ou administrador pelo simples fato de constar seu nome na CDA, motivo que enseja o encargo de comprovar excludente das hipóteses elencadas no art. 135 do CTN.

A distinção feita pelo STJ é apenas sob o *animus probandi*, ou seja, quanto ao ônus da prova relativamente a irregularidades previstas no art. 135 do CTN “excesso de poderes”, “infração da lei” ou “infração do contrato social ou estatuto” – se da Fazenda Pública ou do contribuinte a depender da CDA.

Portanto, conforme decisão proferida pelo STF no AgRg no RE n. 608.426/PR, sobreleva-se a idealização da Corte Suprema de exigir da Fazenda Pública, no bojo do processo administrativo fiscal, a efetiva participação do corresponsável antes de inseri-lo na CDA, no qual fique demonstrada a prática de ato ilícito que revele excesso de poder ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto.

Não obstante, amparado no extenso, para não dizer infundável, repertório de decisões proferidas pelo STJ, a sugestão opinativa foi a seguinte.

Nas execuções fiscais em curso, ou naquelas a serem ajuizadas, em que conste o nome do corresponsável tributário, sócio-administrador da empresa, na CDA, ou seja, quando já superado o processo administrativo fiscal, e independentemente de ter ele participado ou não desse processo, deve-se adotar o entendimento de que cabe ao corresponsável (inscrito na CDA) demonstrar a inexistência dos requisitos do art. 135 do CTN, assim o fazendo em sede dos correspondentes embargos à execução fiscal, que permitem campo probatório amplo.

E, por isso, afastou-se a possibilidade de estabelecer regra geral de que se o corresponsável, sócio da empresa, tenha sido incluído na CDA pela Fazenda, sem que lhe tenha sido oportunizado o contraditório e a ampla defesa necessários, deve ser excluído da responsabilidade tributária. A medida impunha-se, no momento, não simplesmente por se tratar de praticidade tributária, mas, sobretudo, porque, ainda, afigurava-se em favor do Fisco o entendimento sedimentado do STJ de que o sócio-gerente ou administrador que figure na CDA, mesmo não tendo participado do processo administrativo fiscal, deveria munir-se de argumentos de modo a afastar em sede dos embargos à execução a prática de atos com excesso de poder, infração à lei, ao contrato ou estatuto social.

Nos casos futuros, no entanto, quando o Fisco estivesse em processo de lançamento do crédito tributário mediante sua constituição em processo administrativo, constatada a prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto, ou mesmo uma das hipóteses de responsabilidade tributária, como no caso da dissolução irregular, não poderia se imiscuir da promoção de notificação do corresponsável para defesa, conferindo-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa, na linha do precedente do STF firmado no AgRg no RE n. 608.426/PR.

Essa alteração de procedimentos a ser adotada na rotina do Fisco aos casos futuros, conforme definido à época, conferiu maior higidez à formação do título executivo, lastreando uma execução fiscal com maior probabilidade de sucesso, inclusive porque eventual e futuro redirecionamento do executivo fiscal contra o sócio-gerente ou administrador da sociedade no curso da ação revelará base em argumentos concretos.

3 CONCLUSÃO

A análise aprofundada de diversos julgados proferidos pelo STJ, à época, revelou a constatação de que o cenário jurídico nesta Corte dessume a seguinte conclusão, firmada no precedente consagrado pelo crivo qualitativo de representação de controvérsia: o ônus da prova quanto a irregularidades previstas no art. 135 do CTN – “excesso de poderes, infração da lei ou infração do contrato social ou estatuto”, ou ainda, pela dissolução irregular da empresa, incumbirá à Fazenda ou ao contribuinte a depender da CDA, nos seguintes moldes:

- a.1) se o nome do sócio não consta da CDA e a execução fiscal foi proposta somente contra a pessoa jurídica, o ônus da prova caberá ao Fisco;
- a.2) caso o nome do sócio conste da CDA como corresponsável tributário, caberá a ele demonstrar a inexistência dos requisitos do art. 135 do CTN, tanto no caso de execução fiscal proposta apenas em relação à sociedade empresária e posteriormente redirecionada para o sócio-gerente, quanto no caso de execução proposta contra ambos;
- b) nos casos de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente ou administrador por dissolução irregular, ainda que não conste o nome do sócio na CDA, e nem mesmo tenha o corresponsável participado do processo administrativo de constituição do crédito tributário, é possível o redirecionamento contra aqueles que compunham o quadro societário no momento do encerramento das atividades. Ademais, é importante ressaltar que a certificação pelo oficial de justiça da não localização da empresa executada no endereço fornecido ao Fisco como domicílio fiscal para a citação leva à presunção *juris tantum* da ocorrência de dissolução irregular a ensejar o redirecionamento da execução aos sócios-administradores, haja vista ser obrigação legal dos gestores das pessoas jurídicas “manter atualizados os respectivos cadastros junto aos órgãos públicos”;

- c) Nas hipóteses de sucessão empresarial, despicienda a imputação de débitos à empresa sucessora em novo processo formalizado mediante prévio lançamento ou notificação que lhe assegure o direito ao devido processo legal (ampla defesa e contraditório), motivo pelo qual se admite o redirecionamento da execução fiscal, segundo precedentes do STJ;
- d) a responsabilidade por sucessão imobiliária é tida como sucessão real – obrigação *propter rem*, pois a obrigação tributária (quanto ao IPTU e ao ITR) acompanha o imóvel em todas as suas mutações subjetivas (sucessão), ainda que se refira a fatos imponíveis anteriores à alteração de responsabilidade tributária por sucessão, prevista nos arts. 130 e 131 do CTN;
- e) nas execuções fiscais então em curso, ou naquelas a serem ajuizadas, em que conste o nome do corresponsável tributário, sócio-administrador da empresa, na CDA, ou seja, quando já superado o processo administrativo fiscal, e independentemente de ter ele participado ou não desse processo, deve-se adotar o entendimento de que cabe ao corresponsável (inscrito na CDA) demonstrar a inexistência dos requisitos do art. 135 do CTN, assim o fazendo em sede dos correspondentes embargos à execução fiscal, que permitem campo probatório amplo;
- f) nos casos futuros, todavia, quando o Fisco esteja em processo de lançamento do crédito tributário mediante sua constituição em processo administrativo, constatada a prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto, ou mesmo uma das hipóteses de responsabilidade tributária, como no caso da dissolução irregular, deverá promover a notificação do corresponsável para defesa, conferindo-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa, na linha do precedente do STF firmado no AgRg no RE n. 608.426/PR.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial 1104900/ES*, Relatora: Ministra DENISE ARRUDA, Sessão de 25/03/2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=09019126720078080000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 24 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial 223785/PA*, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Sessão de 04/12/2012, Publicado em 07/12/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPes>

quisaNumeroUnico&termo=00085844220104010000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 24 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1405311/RS*, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Sessão de 14/06/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=00378127820104040000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial 1248451/SC*, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Sessão de 05/11/2013, Publicado em 26/11/2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=00162787820104040000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 8282/RS*, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Sessão de 07/02/2012, Publicado em 13/02/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroOrigem&termo=10300025799&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Embargos de Divergência em Recurso Especial 702232/RS*, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Sessão de 14/09/2005, Publicado em 26/09/2005. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroOrigem&termo=200204010114084&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (6ª Turma Cível). *Acórdão 645476*, Agravo de Instrumento 20120020280128. Relator: Desembargador JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA. Sessão de 09/01/2013. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId....> Acesso em: 24 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3ª Turma Cível). *Acórdão 455224*, *Agravo de Instrumento 20100020039171*. Relator: Desembargador HUMBERTO ADJUTO ULHÔA. Sessão de 13/10/2010. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId...> Acesso em: 24 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (6ª Turma Cível). *Acórdão 416212*, *Agravo de Instrumento 20100020028155*. Relator:

Desembargador JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA. Sessão de 07/04/2010. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sist...> Acesso em: 24 jul. 2021.

NASCIMENTO, Octávio Bulcão. *Curso de Especialização em Direito Tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 608426/PR*. Relator: JOAQUIM BARBOSA, Sessão de 04/10/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3831001>. Acesso em: 22 jul. 2021.

AS EMPRESAS ESTATAIS DEPENDENTES, A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E OS LIMITES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Hugo Fidelis Batista¹

Resumo: A partir de situação concreta em que empresa estatal distrital dependente concedera, por meio de norma coletiva, aumento remuneratório a seus empregados, apesar de o ente mantenedor se encontrar no chamado limite prudencial com gastos de pessoal, debatem-se os limites normativos públicos à negociação coletiva de trabalho de empresas estatais dependentes. Nos autos do Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo de Greve nº 194-40.2016.5.10.0000, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ao acolher a tese da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, decidiu que, durante o período em que atingidos os limites de gasto com pessoal da LRF, as consequências limitadoras de despesas dos entes federativos atingem as empresas estatais dependentes, que passam a não poder aumentar gastos com pessoal, nos termos dos artigos 21 a 23 da LRF.

1 O PARADIGMA JURISPRUDENCIAL DE ATUAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Durante o cenário de crise fiscal vivenciada pelo Distrito Federal, nos de 2015 a 2018, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) teve centralidade na consolidação da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) em tema bastante específico, técnico e, até então, pouco debatido no cenário trabalhista: a negociação coletiva de empresas estatais dependentes.

1 Procurador do Distrito Federal, é graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), pós-graduado em Direito processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul) e mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). E-mail: hugo.batista@pg.df.gov.br.

Para guiar a exposição, traz-se à colação caso concreto em que a atuação da PGDF, além de garantir decisão favorável aos cofres públicos distritais, contribuiu com a consolidação de uma jurisprudência atenta aos limites da legislação específica, a saber, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Em 31/03/2015, a Companhia do Metropolitan do Distrito Federal (Metrô-DF), uma empresa pública distrital dependente de repasses orçamentários para subsistência², firmou com o sindicato dos metroviários Acordo Coletivo por meio do qual se obrigava a conceder aos empregados reajuste linear com índice correspondente ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) apurado entre 1º/04/2014 a 31/03/2015. Ocorre que, em 30/01/2015, antes, portanto, do Acordo Coletivo de Trabalho em questão, fora publicado no Diário Oficial do Distrito Federal³ Relatório de Gestão Fiscal, com demonstrativo de despesas de pessoal do terceiro quadrimestre de 2014, o qual demonstrara que o Distrito Federal ultrapassara o chamado “limite prudencial com gastos de pessoal”⁴, ao atingir o percentual de gastos de 46,93% de sua receita corrente líquida.

Daí, o cerne da controvérsia que surgiu: uma empresa estatal dependente, uma pessoa jurídica de direito privado, está, ainda assim, submetida aos ditames da LRF? Caso positivo, como harmonizar a iteração normativa pública vinda das normas fiscais, financeiras e administrativas com o Direito do Trabalho, o Direito Coletivo do Trabalho e a autonomia privada coletiva própria destas empresas estatais?

2 DISTRITO FEDERAL. Secretária de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão. As empresas Estatais do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.seplag.df.gov.br/estatais-conheca/>. Acesso em: 15 dez. 2018.

3 DISTRITO FEDERAL. Diário Oficial do Distrito Federal. Ano XLIV. Edição Extra nº 6, Brasília, 30 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.buriti.df.gov.br/ftp/diariooficial/2015/01_Janeiro/--EDI%C3%87%C3%83O%20EXTRA%20N%C2%BA%2006%2030-01-2015/DODF%20EDI%C3%87%C3%83O%20EXTRA%20N%C2%BA%206.pdf. Acesso em: 18 out. 2018.

4 O limite prudencial é de 46,55% da Receita Corrente Líquida para os Estados e Distrito Federal, neste último caso, por extensão da natureza jurídica equiparada a Estado.

2 AS EMPRESAS ESTATAIS DEPENDENTES E A LRF

O conceito legal de empresa estatal⁵ dependente⁶ é tratado nos artigos 37, § 9º, da Constituição Federal⁷, e melhor delineado no 2º, III, da LRF. Segundo o último dispositivo, é empresa estatal dependente a empresa controlada que receba do ente federativo controlador aportes financeiros para pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, ressalvados, no último caso, os investimentos que ensejem aumento de participação acionária⁸.

A Resolução nº 43/2001 do Senado Federal, ao dispor sobre operações de crédito interno e externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 52, VII, da CF), também tratou do tema, ao conceituar empresas estatais dependentes em seu art. 2º, II, *in verbis*:

II - empresa estatal dependente: empresa controlada pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, que tenha, no exercício anterior, recebido recursos financeiros de seu controlador, destinados ao pagamento de

5 As empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado, a teor do art. 44, II, do Código Civil, são gênero em que se inserem as sociedades de economia mista e empresas públicas e podem ter por objeto atividade econômica em sentido estrito (art. 173 da CF) ou a prestação serviço público (art. 175 da CF). Estes dois objetos – atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviços públicos –, por sua vez, também são subespécies que se inserem no gênero atividade econômica em sentido amplo, segundo Eros Grau. Ver: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 99.

6 A nosso sentir, apenas podem ser enquadradas na categoria de empresas estatais dependentes aquelas que “não” atuem no mercado econômico em regime de livre concorrência, o que, geralmente ocorre com as prestadoras de serviços públicos ou com aquelas estatais cujo objeto poderia ser prestado normalmente por outra pessoa jurídica de direito público, como uma autarquia. Registro isso, pois, atuando em regime de livre concorrência, eventual dependência econômica importaria em subsídio econômico do ente federativo, o que, por sua vez, atingiria o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, ao emprestar benefício à empresa que deveria livremente deveria atuar no mercado. Isso violaria o artigo 173, § 1º, II, e § 2º, da CF, segundo o qual as “[...] empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”. Nesses casos, impossibilitada a atividade prestada pela empresa estatal, a medida adequada é o reconhecimento de sua falência, em que pese o teor do discutível art. 2º, I da Lei nº 11.101/2005. Sobre o último ponto, conferir, ainda, TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

7 “O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral”. Ver: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

8 “III - empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária”. Cfr. BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, excluídos, neste último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária, e tenha, no exercício corrente, autorização orçamentária para recebimento de recursos financeiros com idêntica finalidade⁹.

O que caracteriza uma empresa estatal como dependente, portanto, é a ausência de autonomia financeira para pagamento de despesas de pessoal, de custeio em geral ou de capital, salvo se, nesse último caso, o aporte para fazer face à despesa de capital ocasionar aumento de participação acionária do ente federativo que aportou o recurso.

A questão relativa ao aumento de capital como exceção da dependência econômica quer informar que, se o ente federativo aportar recursos na empresa estatal, mas esses recursos se converterem em aumento na participação no capital social da empresa, trata-se, em verdade, de investimento, e não de despesa propriamente dita. É como se o ente federativo aumentasse seu poder acionário sobre a empresa estatal. Por isso a exclusão que faz a lei, ao não reconhecer esses aportes como dependência econômica. É por isso também que o art. 165, § 5º, da CF, divide a lei orçamentária nos orçamentos de investimento; orçamento fiscal e orçamento de seguridade social¹⁰.

O *Manual de Demonstrativos Fiscais aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios* trata do tema, ao dispor que, para fins da LRF, deve ser entendida como empresa estatal dependente a empresa controlada por ente da federação que: a) tenha recebido recursos financeiros de seu controlador no exercício financeiro anterior para pagamento de despesas com pessoal, custeio em geral ou de capital, excluídas da última hipótese as despesas decorrentes de aumento de participação acionária; e b) exista, no exercício corrente, autorização orçamentária para novos recebimentos de recursos financeiros com igual finalidade.

A situação de dependência da empresa estatal é algo que pode se apresentar muitas vezes dinâmica, a demandar análise fática específica em determinado espaço de tempo. Nesse sentido é que Weder de Oliveira (2015) distinguiu empresas estatais dependentes em duas subclassificações: a de

9 BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 43, de 2001. Brasília, 10 de abril de 2002. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/ressen/2001/resolucao-43-26-dezembro-2001-429342-republicacao-132253-pl.html>. Acesso em: 18 out. 2018.

10 § 5º A lei orçamentária anual compreenderá: I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

“[...] empresas estatais contingencialmente dependentes e empresas estatais estruturalmente dependentes” (p. 212). Para o autor, as primeiras são aquelas empresas estatais que, por razões conjunturais, isto é, episódicas, necessitam de aporte de recursos públicos para suas despesas; as empresas estatais “estruturalmente” dependentes, por sua vez, são aquelas que, por sua natureza, são deficitárias. O autor citou como exemplos dessas últimas a empresa Brasil de Comunicação S.A. – EBC e a Embrapa (OLIVEIRA, 2015, p. 212–213)¹¹.

Tão forte é a aproximação do campo público que o art. 1º, § 3º, I, “[...] b, da Lei Complementar 101 de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), prevê que, nas referências feitas por esta lei aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), estão compreendidas as respectivas empresas estatais dependentes”¹².

A empresa estatal dependente ou que se torna dependente deixa o orçamento de investimento e passa ao orçamento fiscal e de seguridade social do respectivo ente federativo¹³ (OLIVEIRA, 2015, p. 2013). Em síntese, pode-se afirmar que as empresas estatais dependentes¹⁴, sob o aspecto orçamentário,

11 No Distrito Federal, as empresas estatais dependentes são todas empresas públicas, a saber: Companhia Urbanizadora da Nova Capital (NOVACAP), Companhia do Metropolitano do Distrito Federal (Metrô-DF), Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Distrito Federal (Emater-DF), Companhia de Desenvolvimento Habitacional do Distrito Federal (CODHAB), Sociedade de Transportes Coletivos de Brasília (TCB), Companhia de Planejamento do Distrito Federal (Codeplan) e a Sociedade de Abastecimento de Brasília (SAB), essa última em liquidação. Ver: DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão. Relatório de Execução Orçamentária. Disponível em: <http://www.seplag.df.gov.br/relatorios-de-execucao-orcamentaria/>. Acesso em: 12 out. 2018.

12 Nesse sentido, a doutrina de Marcus Abraham (2017, p. 101) elucidou que, se a sociedade de economia mista ou empresa pública obtiver, “[...] ela mesma e através de sua atividade operacional, recursos financeiros necessários e suficientes para o seu custeio, sem receber qualquer recurso do Estado, não se submeterá às regras da LRF”.

13 “O Orçamento de Investimento compreende todas as empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, não incluídas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade, e que tenham investimentos programados para o exercício, independentemente da fonte de financiamento utilizada, conforme art. 54, caput e § 5º da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)/2010. São considerados investimentos, nos termos do art. 54, § 1º da LDO, as despesas com: I – aquisição de bens classificáveis no ativo imobilizado, excetuados os que envolvam arrendamento mercantil para uso próprio da empresa ou destinados a terceiros; e II – benfeitorias realizadas em bens da União por empresas estatais”. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/governanca-das-empresas-estatais/orcamento-de-investimento-das-estatais/o-que-e-orcamento-de-investimentos>. Acesso em: 12 out. 2018.

14 Segundo Marcus Abraham (2017, p. 101), “[...] o conceito de empresa estatal dependente deve levar em consideração a relação existente entre as empresas estatais controladas e o Poder Executivo no curso do exercício financeiro. Devem ser avaliadas a periodicidade dos repasses e a real necessidade de transferências de recursos para a empresa controlada. Entende-se que o repasse episódico de recursos feito pelo Estado, a fim de suprir deficiência momentânea de caixa

aproximam-se muito, ainda que em certos casos temporariamente, das autarquias, pessoas jurídicas de direito público. Isso porque atraem boa parte do regramento financeiro e orçamentário do Estado, pois deixam de poder integrar o orçamento de investimento do respectivo ente federativo e passam a integrar os orçamentos fiscais e de seguridade social (art. 165, § 5º, da CF) (OLIVEIRA, 2015, p. 210), o que representa o ápice de aproximação de seu regime jurídico do campo público. Isso porque, embora formalmente privado, passa este a ser objeto de inúmeras normas típicas de pessoas jurídicas de direito público, a comprometer a chamada autonomia privada coletiva¹⁵, que se torna mitigada ou limitada, a impedir que as negociações coletivas de trabalho passem a ser realizadas com autonomia similar¹⁶ a de empresas tipicamente privadas.

Por essas mesmas razões é que as empresas estatais dependentes acabam por atrair os benefícios, privilégios ou prerrogativas até então próprios das pessoas jurídicas de direito público, como precatórios e imunidade tributária¹⁷. Até como decorrência própria da forma que é feito seu custeio – seus aportes saem do próprio orçamento fiscal do ente federativo – passa a ter certa lógica que os débitos decorrentes de sentença judiciária também se façam por precatórios (art. 100 da CF)¹⁸, por exemplo.

da empresa controlada, não caracteriza dependência”. Na mesma linha, a doutrina de Weder de Oliveira (2015, p. 212), segundo o qual “[...] a situação de dependência deveria ser caracterizada por uma repetição mínima de recebimento de recursos do Tesouro para as finalidades descritas, definida na resolução, como sendo ter recebido no exercício anterior e haver previsão de receber no exercício, para evitar ou minimizar instabilidades em todos esses quesitos”.

15 Trata-se do nome dado ao poder que tem os seres coletivos, como empresas e sindicatos, de, coletivamente, pactuarem normas coletivas que constarão em Acordos ou Convenções Coletivas de Trabalho, com alcance normativo sobre os contratos de trabalho.

16 Refiro-me a “similar”, pois nem mesmo as empresas estatais independentes têm completa autonomia privada coletiva, se comparadas a uma empresa exclusivamente privada. Isso porque há normas constitucionais próprias que limitam aquelas, como, por exemplo, o concurso público e dever de observância de normas gerais de licitações. Apesar disso, notório que a empresa estatal independente tem ampla liberdade de negociação coletiva de trabalho, quando comparada à empresa estatal dependente.

17 Nesse sentido, instrução normativa da Secretaria executiva de Fazenda do Distrito Federal: “INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 10, DE 18 DE JUNHO DE 2020- Dispõe sobre o reconhecimento de imunidade recíproca, prevista no artigo 150 VI, a, da Constituição Federal, para empresas públicas prestadoras de serviço público [...] Art. 1º As empresas públicas prestadoras de serviço público de cunho essencial e exclusivo, e que não se confundam com empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito, estão abrangidas pela imunidade tributária recíproca, prevista no Art. 150, VI, “a” da Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 2º Para que seja reconhecido o direito à imunidade, as empresas públicas”.

18 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LIMINAR DEFERIDA

Diante desta lógica – a de aproximação forte da condição de pessoas jurídicas de direito público –, há outros consectários, como, por exemplo, a aplicação de teto remuneratório aos empregados das empresas estatais dependentes, o que constitucionalmente estabelecido no art. 37, § 9º, da CF, e a incidência dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, a teor do art. 1º, § 3º, I, “b”, o que refrata na autonomia privada coletiva, isto é, esta passa ser uma autonomia de negociação coletiva de trabalho mitigada, tendo em vista os fortes limitadores decorrentes das normas orçamentárias e financeiras que lhes passam a ser aplicáveis, apesar de, nos termos do art. 44, II, do Código Civil, serem pessoas jurídicas de direito privado.

3 OS LIMITES DA LRF SOBRE O GASTO COM PESSOAL E AS CONSEQUÊNCIAS SOBRE A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO DAS EMPRESAS ESTATAIS DEPENDENTES

A Constituição Federal estabelece, no art. 169, *caput*, que “[...] a despesa com pessoal ativo e inativo e **pensionistas** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar”¹⁹. A finalidade desse dispositivo constitucional é impor

EM PARTE. REFERENDO. EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO DO CEARÁ (EMATERCE). ENTIDADE ESTATAL PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO, EM CARÁTER EXCLUSIVO E SEM INTUITO DE LUCRO. ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL. INSTRUMENTOS DA POLÍTICA AGRÍCOLA. ART. 187, IV, DA CF. ATIVIDADES ESTATAIS TÍPICAS. EXECUÇÃO. REGIME DE PRECATÓRIOS. ARTS. 2º, 84, II, 167, VI E X, E 100 DA CF. CONVERSÃO DO REFERENDO À LIMINAR EM JULGAMENTO DE MÉRITO. PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA. 1. É firme a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que somente as empresas públicas que exploram atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, nos moldes do art. 173, § 1º, II, da Lei Maior. Precedentes. 2. As atividades de assistência técnica e extensão rural, positivadas no art. 187, IV, da Constituição da República como instrumentos de realização da política agrícola do Estado, traduzem atividades estatais típicas. 3. Embora constituída sob a forma de empresa pública, a EMATERCE desempenha atividade de Estado, em regime de exclusividade e sem finalidade de lucro, sendo inteiramente dependente do repasse de recursos públicos. Por não explorar atividade econômica em sentido estrito, sujeita-se, a cobrança dos débitos por ela devidos em virtude de condenação judicial, ao regime de precatórios (art. 100 da Constituição da República). 4. A expropriação de numerário em contas do Estado do Ceará para satisfazer execuções de débitos trabalhistas da EMATERCE traduz indevida interferência do Poder Judiciário na administração do orçamento e na definição das prioridades na execução de políticas públicas, em afronta aos arts. 2º e 84, II, 167, VI e X, da CF. Precedentes. 5. Conversão do referendo à liminar em julgamento definitivo de mérito. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. ADPF 437, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 02-10-2020 PUBLIC 05-10-2020.

19 Note-se que emenda constitucional de 2021 incluiu os pensionistas no texto normativo. Ver: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

ao Estado uma gestão fiscal responsável, permeada por prudência fiscal, de modo a evitar que o gasto excessivo com custeio de pessoal impeça o atingimento das finalidades constitucionais precípuas do Estado, como promoção do desenvolvimento social, prestação de serviços públicos, investimento em infraestrutura, entre diversas outras obrigações. O gasto com pessoal, embora essencial para o atingimento das finalidades constitucionais, não deve se tornar um fim em si mesmo, pois é meio para a realização dos compromissos constitucionais do Estado.

Nesse desiderato, a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (LRF), em especial, nos artigos 18 e seguintes, regulamenta o citado art. 169, *caput*, da Constituição Federal.

A LRF conceitua, no art. 18²⁰, que é considerado despesa de pessoal o gasto do ente da federação com pagamento de pessoal ativo, inativo, pensionista, relativo a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, bem como com encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

No art. 19, a LRF regulamenta a norma do art. 169 da Constituição Federal, ao fixar que a despesa total com gastos de pessoal por cada ente da federação, não deve superar os seguintes percentuais: a) na União, 50%; b) nos Estados, 60%; c) nos Municípios, 60%.

O art. 20 da LRF²¹, por sua vez, estabelece a divisão desses percentuais entre os respectivos “Poderes” de cada ente federativo, isto é, entre o Executivo,

20 Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. § 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”. § 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos 11 (onze) imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência, independentemente de empenho. (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021) § 3º Para a apuração da despesa total com pessoal, será observada a remuneração bruta do servidor, sem qualquer dedução ou retenção, ressalvada a redução para atendimento ao disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021). Ver: BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 12 out. 2018.

21 Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais: I - na esfera federal: a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o

Legislativo e Judiciário, bem como destaca percentual ao Ministério Público (art. 127, § 2º, da CF²²), tendo em vista sua autonomia administrativa constitucionalmente reconhecida²³.

- Tribunal de Contas da União; b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional no 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; (Vide Decreto nº 3.917, de 2001); d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;
- II - na esfera estadual: a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo; d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;
- III - na esfera municipal: a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver; b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.
- § 1º Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar.
- § 2º Para efeito deste artigo entende-se como órgão: I - o Ministério Público; II - no Poder Legislativo: a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União; b) Estadual, a Assembléia Legislativa e os Tribunais de Contas; c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal; d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver; III - no Poder Judiciário: a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição; b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver.
- § 3º Os limites para as despesas com pessoal do Poder Judiciário, a cargo da União por força do inciso XIII do art. 21 da Constituição, serão estabelecidos mediante aplicação da regra do § 1º.
- § 4º Nos Estados em que houver Tribunal de Contas dos Municípios, os percentuais definidos nas alíneas a e c do inciso II do caput serão, respectivamente, acrescidos e reduzidos em 0,4% (quatro décimos por cento).
- § 5º Para os fins previstos no art. 168 da Constituição, a entrega dos recursos financeiros correspondentes à despesa total com pessoal por Poder e órgão será a resultante da aplicação dos percentuais definidos neste artigo, ou aqueles fixados na lei de diretrizes orçamentárias.
- § 6º (vetado).
- § 7º Os Poderes e órgãos referidos neste artigo deverão apurar, de forma segregada para aplicação dos limites de que trata este artigo, a integralidade das despesas com pessoal dos respectivos servidores inativos e pensionistas, mesmo que o custeio dessas despesas esteja a cargo de outro Poder ou órgão. (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

22 § 2º “Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

23 Note-se que a LRF não destaca percentual do limite de gastos públicos à Defensoria Pública. As defensorias públicas dos Estados tiveram sua autonomia financeira reconhecida por força da Emenda Constitucional nº 45/2004 e a da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal pela Emenda Constitucional nº 74/2013. A Lei de Responsabilidade Fiscal, de 2001, todavia, não foi alterada para estabelecer percentuais específicos a estes órgãos públicos. Tramita da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 225/2011, o qual alteraria o art. 20 da LRF para

Estabelecidos no art. 20 da LRF os limites de gasto com pessoal, o art. 22 da LRF determina que “[...] a verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre” (BRASIL, 2000). A LRF, então, institui algumas fases para o controle dos gastos públicos com pessoal, de modo a fiscalizar o atendimento das normas anteriormente descritas.

Segundo o art. 59, § 1º, da LRF, cabe ao respectivo Tribunal de Contas alertar os poderes ou órgãos públicos referidos no art. 20 sobre a constatação de que “[...] o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite” (BRASIL, 2000) estabelecido na LRF no art. 20. Trata-se do chamado “limite de alerta”, o qual, apesar de não impor restrição à atuação do órgão ou Poder, alerta-o da superação dos limites de seus gastos com pessoal e da necessidade de cuidado para contê-los.

O art. 22, parágrafo único, da LRF, determina que, se a despesa total com pessoal exceder a 95% do limite estabelecido no art. 20 da mesma lei, serão impostas restrições aos gastos com pessoal do Poder ou órgão que houver incorrido em excesso de gasto. Trata-se do chamado “limite prudencial” da LRF. No Poder Executivo dos Estados e Distrito Federal, por exemplo, esse limite é de 46,55%, isto é, 95% do limite de 49% de gastos com pessoal (art. 20, II, da LRF).

Atingido este percentual nominado de “limite prudencial”, o art. 22, parágrafo único, incisos I a V, veda que o respectivo Poder ou órgão: a) conceda aumentos, reajustes, vantagens, adequação de remuneração a qualquer título, ressalvados os casos derivados de sentença judicial, determinação legal ou contratual e o reajuste geral previsto no art. 37, X, da CF; b) crie cargos, empregos ou funções; c) altere estrutura de carreiras, quando implicar em aumento de despesas; d) proveja cargos públicos, admita ou contrate pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; e) contrate horas extras, salvo no caso de convocação extraordinária do Congresso nacional ou de situações previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 22, parágrafo único, incisos I a V, da LRF).

Caso as despesas com pessoal não sejam contidas, pode ocorrer de se atingir ou ultrapassar o próprio limite máximo de despesa com pessoal estabelecido no art. 20 da LRF. Em outros termos, atinge-se ou ultrapassa-se o chamado “limite de gastos com pessoal” estabelecido na LRF.

destinar 2% do limite de gastos do Poder Executivo à Defensoria Pública dos Estados. Ver: BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

Se atingido ou ultrapassado esse limite, estabelece o art. 23 da LRF que, além das restrições apontadas no art. 22, parágrafo único, da mesma lei e referidas nesse texto, deverá o percentual ser eliminado nos “[...] dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro” quadrimestre (art. 23 da LRF)²⁴. Para isso, deverão ser adotadas, inclusive, as medidas previstas nos parágrafos 3º e 4º do art. 169 da Constituição Federal, se necessárias, as quais, por serem mais drásticas, alcançam até mesmo a exoneração de servidores públicos²⁵.

24 § 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido e enquanto perdurar o excesso, o Poder ou órgão referido no art. 20 não poderá: I - receber transferências voluntárias; II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente; III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal. III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao pagamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021). Ver: BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

25 Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 109/2021).

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º. Cfr. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

Em resumo, existem os seguintes degraus regulamentares que impõem o controle do aumento de gastos públicos com pessoal, a saber: a) o “limite de alerta”, que ocorre quando o Poder ou órgão ultrapassa 90% dos limites de gasto com pessoal estabelecidos na LRF. Nessa hipótese, os Tribunais de Contas simplesmente alertam o respectivo poder ou órgão de seu dever de cuidado com extrapolamento de gastos; b) o “limite prudencial”, que é atingido quando a despesa total com pessoa excede 95% do limite estabelecido no art. 20 da LRF. Nessa hipótese, são impostas restrições aos gastos públicos com pessoal; c) o próprio atingimento ou superação do limite de gastos com pessoal estabelecido no art. 20 da LRF, hipótese em que as restrições aos gastos públicos podem abranger inclusive a exoneração de servidores públicos, nos termos do art. 169, parágrafos 3º e 4º, da CF.

Em caso de atingimento desses limites de gasto com pessoal, cabe ao Poder ou órgão a redução de suas despesas. Este dever de regularização de contas alcança, por decorrência lógica e jurídica, as empresas estatais dependentes, nos mesmos limites e deveres que tem o Poder Executivo dos entes federativos quanto às despesas de seu pessoal. Em outros termos, se o ente federativo mantenedor (leia-se Poder Executivo) não pode, por exemplo, conceder reajustes a seus servidores, também não pode ser obrigado a arcar com reajustes ou outras despesas adicionais de custeio das empresas estatais dependentes.

Não à toa, o art. 1º, § 3º, I, da LRF, impõe que, nas referências feitas aos respectivos entes federativos, considerem-se incluídas as respectivas empresas estatais dependentes, de modo que as restrições que alcançam os entes federativos atingem, por decorrência ou extensão, as empresas estatais dependentes desses entes federativos.

Qualquer despesa cunhada ao arrepio dessa norma traduzir-se-á em obrigação juridicamente nula, sendo, pois, inexistente do ente federativo mantenedor, conforme previsto no art. 21 da LRF.

4 A NULIDADE DAS NORMAS COLETIVAS DO TRABALHO QUANDO VIOLADORAS DE NORMAS JURÍDICAS HETERÔNOMAS: A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Certo que, para a LRF, estão compreendidas as respectivas empresas estatais dependentes nas referências feitas aos entes federativos (art. 1º, § 3º, I, “b”), chega-se à conclusão de que o Acordo Coletivo de Trabalho que concede reajuste, ainda que inflacionário, em período de vedado pela LRF, viola normativa heterônoma, sendo nula a obrigação criada (art. 22, parágrafo único, da LRF).

Retomando-se o caso concreto que capitaneou o início da exposição, constata-se que o Metrô-DF, ao subscrever Acordo Coletivo de Trabalho em violação à LRF, incorreu em vício de legalidade, de modo que a norma jurídica coletiva instituída no acordo coletivo se apresentou como nula de pleno direito (art. 22, parágrafo único, da LRF combinado com o art. 166, VII, do CC, e art. 21 da LRF): a norma jurídica autônoma vinda da negociação coletiva de trabalho, para sua validade, deve observar a ordem jurídica heterônoma.

Foi esta a discussão carreada aos autos do Dissídio Coletivo de Greve nº 194-40.2016.5.10.0000, em que a Procuradoria-Geral do Distrito Federal teve atuação central na defesa do Distrito Federal como ente mantenedor do Metrô-DF.

Embora no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT-10) não tenha conseguido sucesso na tese, nos autos do Recurso Ordinário no referido Dissídio Coletivo de Greve, agora já no Tribunal Superior do Trabalho (TST), a Seção Especializada em Dissídios Coletivos deste Tribunal acolheu a tese da PGDF, ao concluir que, apesar de não considerar a greve que ensejara o dissídio coletivo em questão abusiva, uma vez que houve obrigação normativa instituída pelo Metrô-DF, ainda que ao arrepio da lei, não se poderia obrigar o Distrito Federal a arcar com os reajustes, tendo em vista as vedações da LRF e a nulidade da obrigação criada. Ante a relevância do julgado, transcreve-se a ementa desse caso:

RECURSO ORDINÁRIO. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. EMPRESA PÚBLICA DEPENDENTE. INOBSERVÂNCIA DE NORMA CONVENCIONAL. LIMITES FIXADOS PELA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. GREVE CONSIDERADA NÃO ABUSIVA. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. SOLUÇÃO CRIATIVA EM RELAÇÃO AO PAGAMENTO DOS DIAS DE PARALISAÇÃO. [...] 3) Quanto aos dias de paralisação, há relevante contraponto a ser balizado no presente feito. De um lado, a efetiva dificuldade de a Suscitante - empresa pública dependente - levar a cabo as normas convencionais, tendentes a satisfazer a recomposição salarial, bem como propiciar melhores condições de trabalho, deterioradas pela falta de recursos humanos, em face dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal e da situação econômica deficitária por que passa o GDF. De outro, a realidade dos trabalhadores que emerge desse cenário e da frustração de promessas não cumpridas. Fixa-se, nesse contexto, a seguinte medida: 1/3 dos dias de paralisação deve ser abonado; 1/3 voltado à compensação com horas laboradas, do qual metade deve ser convertida em doação de uma cesta básica por trabalhador que aderiu ao movimento, e, por fim, 1/3 dos dias de paralisação descontado da folha de pagamento, conforme fundamentação. [...] Recurso Ordinário da

Suscitante parcialmente provido e prejudicado o do Sindicato profissional. (RO - 194-40.2016.5.10.0000, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 24/08/2016, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 21/09/2016).

Depois desse caso paradigmático, o TST harmonizou sua jurisprudência, replicando-a em outros similares, como o seguinte, em que, da mesma forma, reconheceu-se a diferença que permeia as empresas estatais independentes financeiramente daquelas que dependem de repasses orçamentários dos entes federativos e, portanto, não podem receber o mesmo tratamento que aquelas, no que toca à autonomia privada coletiva para fins de negociação coletiva de trabalho. É nesse sentido o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO DO SUSCITANTE DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. REAJUSTE SALARIAL. EMPRESA ESTATAL DEPENDENTE. APLICAÇÃO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. NÃO PROVIMENTO. É cediço que, a teor do § 1º, II, do artigo 173 da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias serão submetidas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos trabalhistas. Nesse contexto, nada obsta a concessão, por meio de instrumento de negociação coletiva, aos empregados das referidas empresas estatais. **Cumprе salientar, contudo, que esta egrégia Seção reconheceu a impossibilidade da concessão de reajustes, via negociação coletiva, na hipótese de ficar configurada a dependência da empresa estatal ao respectivo ente público, caso o limite de gastos com pessoal, estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal, tenha sido ultrapassado.** A teor do § 9º do artigo 37 da Constituição Federal e o artigo 2º, III, da LRF, para o reconhecimento da condição de empresa econômica estatal, é necessário o recebimento de recursos financeiros para o pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, sendo que, nesse último, devem ser ressalvados os investimentos que representem aumento de participação societária. Na hipótese, é incontroversa a dependência econômica da Suscitada em relação ao Estado do Acre, conforme constatado a partir da análise da documentação colacionada aos autos, a qual demonstra a previsão orçamentária de liberação de valores, pelo referido ente público, para fins de custeio da despesa com pessoal da suscitada, referentes aos anos de 2017 e 2018. Foi juntado, ainda, demonstrativo evidenciando que a despesa com pessoal pelo Estado do Acre corresponde a 53,88% de sua receita corrente líquida, ultrapassando o limite prudencial estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal. Nesse contexto, o egrégio Tribunal Regional, ao indeferir o pedido de concessão de reajuste salarial (Cláusula Sétima), decidiu em sintonia com o entendimento firmado por esta Corte superior. Recurso ordinário a que

se nega provimento. (RO-340-36.2017.5.14.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 17/10/2019, grifo nosso).

De todo o exposto, constata-se que, durante o período em que atingidos os limites de gasto com pessoal da LRF, as consequências limitadoras de despesas dos entes federativos (respectivo Poder ou órgão) atingem as empresas estatais dependentes, que passam a não poder aumentar (e têm o dever de reduzir) gastos com pessoal, nos termos dos artigos 22 e 23 da LRF.

5 CONCLUSÃO

O debate ora trazido refere-se aos limites da negociação coletiva de trabalho de empresas estatais dependentes. Em síntese, capitaneou o texto situação concreta em que empresa estatal distrital dependente concedera, por meio de norma coletiva, aumento remuneratório a empregados, apesar de o ente mantenedor, no caso o Distrito Federal, encontrar-se no chamado “limite prudencial com gastos de pessoal”.

O caso foi objeto de discussão nos autos do Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo de Greve nº 194-40.2016.5.10.0000, em que a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST acolheu a tese da PGDF, ao concluir que, durante o período em que atingidos os limites de gasto com pessoal da LRF, as consequências limitadoras de despesas dos entes federativos (respectivo Poder ou órgão) atingem as empresas estatais dependentes, que passam a não poder aumentar (e têm o dever de reduzir) gastos com pessoal, nos termos dos artigos 22 e 23 da LRF.

6 REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BATISTA, Hugo Fidelis. As empresas estatais e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 86, n. 3, p. 75–91, jul./set. 2020. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/181111?locale=-attribute-pt_BR. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 maio 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 43, de 2001. Dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e da outras providências. *Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 dez. 2001. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/582604>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de Demonstrativos Fiscais: aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios*. 9. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Subsecretaria de Contabilidade Pública, Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação, 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário 194-40.2016.5.10.0000. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing, 24/08/2016. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/867390749/embargos-declatorios--recurso-ordinario-trabalhista-ed-ro-1944020165100000/inteiro-teor-867390772>. Acesso em: 28/set. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário 340-36.2017.5.14.0000. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 17/10/2019. Disponível em: <https://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738805761/embargos-de-declaracao-ed-3403620175140000-ro-ac-0000340-3620175140000/inteiro-teor-738805771>. Acesso em: 28/set. 2021.

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

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SCHIAVI, Mauro. *Manual didático de Direito Processual do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2020.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

REESTRUTURAÇÃO DA CAMEDIS: BARREIRAS À INOVAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO E AVANÇOS DA PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL NA GESTÃO ESTRATÉGICA

Lília Almeida¹

Resumo: O artigo aborda a Portaria nº 483/2019, da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF), que estabelece como missão do órgão a priorização da prevenção de litígios na representação judicial e extrajudicial do Distrito Federal (DF), invocando como valores da instituição “proatividade” e “inovação”. Faz-se estudo do processo interno voltado à reestruturação da Câmara Permanente Distrital de Mediação da Saúde (CAMEDIS), para a identificação de barreiras à inovação na PGDF e, sobretudo, para ressaltar os avanços na gestão estratégica do órgão.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) foi editada a Portaria nº 483/2019, publicada no Boletim Interno da PGDF, em 10 de outubro de 2019, prevendo as ideias-guias do órgão (negócio, missão, visão e valores). A previsão de ideias-guias por organizações serve de vetor para a atividade institucional, pois contribui para a criação do senso coletivo daquilo que precisa ser feito (SENGE, 2010), ou seja, para a formação da cultura organizacional².

1 Procuradora do Distrito Federal, Mestre em Gestão Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, Especialista em Processo Civil pela Universidade de Fortaleza. E-mail: lilia.almeida@pg.df.gov.br.

2 Uma clássica definição de cultura organizacional é dada por Schein *apud* Netto Machado (2004, p. 40): “[...] o conjunto de pressupostos básicos que um grupo inventou, descobriu ou desenvolveu que funcionaram bem o suficiente para serem considerados válidos e ensinados a novos membros, como a forma correta de perceber, pensar e sentir”.

O normativo traz, em seu bojo, as ideias de proatividade e inovação para a redução de litígios como nortes à atividade institucional:

Missão: Atuar de maneira proativa e inovadora na representação judicial e extrajudicial do Distrito Federal, priorizando a prevenção de litígios

Visão: até 2025, ser referência em resolutividade judicial e redução da litigiosidade, com excelência técnica, e ser reconhecida na Administração Pública do Distrito Federal como instituição estratégica, íntegra, parceira e inovadora, por meio de consultoria jurídica eficiente e tempestiva, que promova soluções legais, éticas e propositivas.

Valores:

[...]

Inovação: promover ambiente favorável à criatividade, à experimentação e à implementação de novas ideias que possam gerar diferencial para a atuação da organização.

[...]

Proatividade: adaptar-se e adiantar-se às mudanças, de forma ágil, atuando com foco na solução (DISTRITO FEDERAL, 2019).

A citada portaria foi criada como parte do trabalho desenvolvido pelo Grupo de Trabalho Integridade, que entregou o resultado ao Comitê Interno de Governança da PGDF, dando o primeiro passo necessário à criação de grupo de trabalho encarregado de elaborar o planejamento estratégico do órgão (Portaria n° 394, de 23 de agosto de 2019).

Posteriormente, elaborou-se e divulgou-se do Plano Estratégico da PGDF para o quinquênio 2020–2025, que prevê, dentre as estratégias definidas que importam a esta pesquisa, iniciativas para a coordenação entre os setores de contencioso e consultivo, com vistas a ampliação da capacidade de apoiar juridicamente o governo, bem como iniciativas voltadas à melhorar a gestão das demandas de massa.

Dessa forma, a reestruturação da Câmara Permanente Distrital de Mediação da Saúde (CAMEDIS) foi incluída como iniciativa voltada à ampliação da consensualidade na resolução de litígios, iniciativa essa aprovada como prioritária pelo Comitê Interno de Governança da PGDF para o biênio 2020/2021.

A eleição da ideia de inovação como um valor organizacional é deveras pertinente, num contexto em que a instituição Advocacia Pública vem reconstruindo sua forma de atuar e amadurecendo num sentido de transição de um paradigma focado na reatividade para um paradigma mais focado em proatividade, buscando evitar litígios e solucioná-los de forma negocial (MOREIRA NETO; ALMEIDA; GARCIA, 2016).

A relação entre as duas ideias-guias, proatividade e inovação, é corrente, pois a busca por mudanças pressupõe iniciativa, razão pela qual o recorte deste artigo abarca os dois valores. Kamia e Porto (2011) apontaram estudos que relacionam proatividade e inovação nas organizações, para dizer que a “[...] proatividade da organização também pode ser medida por meio do número e da frequência de introdução de novos produtos, serviços e processos, da quantidade de recursos dedicados à inovação.” (p. 457).

De acordo com o que se extrai da literatura sobre o tema, que será aprofundada ao longo do desenvolvimento deste trabalho, uma atuação proativa e inovadora dentro das organizações não decorre de mera previsão normativa, mas está diretamente ligada à estrutura organizacional e sua cultura. Organizar-se para inovar vai além de prover uma equipe dos recursos necessários e da autonomia para perseguir uma ideia específica. Trata-se de criar um ambiente em que equipes cuidadosamente formadas possam, de forma confiável, examinar, priorizar e desenvolver uma série de oportunidades de crescimento (ANTHONY *et al.*, 2011, p. 284).

No contexto em estudo, a literatura sobre o tema relata que a ocorrência de inovações em ambientes organizacionais, tanto públicos, quanto privados, costuma ser dificultada por barreiras. A identificação dessas barreiras é, assim, salutar para uma gestão institucional voltada ao incentivo de práticas inovadoras, as quais dependem não só da proatividade e criatividade dos membros da organização, mas de ambiente estruturado a tal fim.

Diante disso, a análise do processo interno voltado à reestruturação da CAMEDIS mostra-se de grande valia não apenas para a identificação de barreiras à inovação na PGDF, mas, sobretudo, para observar os avanços na gestão de tais empecilhos.

2 VALORES PROATIVIDADE E INOVAÇÃO

A Portaria nº 483/2019, mencionada no introito, estabelece como a missão do órgão a priorização da prevenção de litígios na representação judicial e extrajudicial do DF. Outrossim, invoca como valores da instituição “proatividade” e “inovação”, conceituando-os, respectivamente, como “[...] adaptar-se

e adiantar-se às mudanças, de forma ágil, atuando com foco na solução” e “[...] criatividade, experimentação, implementação de novas ideias que possam gerar diferencial para a atuação da organização” (DISTRITO FEDERAL, 2019).

Não só a despeito das conceituações indicadas, mas, principalmente, em razão delas, entende-se necessário aprofundar sua elaboração. Os limites conceituais trazidos pelo ato normativo não impedem dito aprofundamento, ao contrário, demandam-no, a fim de descobrir seu significado no meio social a que ele se dirige e, assim, possibilitar sua adequada interpretação e aplicação na análise dos dados da pesquisa (MAXIMILIANO, 2003).

2.1 Proatividade

O significado de proatividade pode assumir duas diferentes denotações: “característica de quem busca identificar ou resolver os problemas por antecipação, com antecedência” e “presteza, diligência”³. Na área da administração, é comum utilizar-se o termo com esses sentidos, também associando-o à capacidade de tomar iniciativas, sem esperar que outras pessoas façam ou que algo aconteça (ALMEIDA, 2000; CARREIRA *et al.*, 2009; ARAÚJO; GAVA, 2011; LEMOS *et al.*, 2011).

Na área da psicologia organizacional, segundo Crant *apud* Kamia e Porto (2011, p. 458) “[...] os comportamentos proativos envolvem desafiar o *status quo*, mais do que se adaptar passivamente às condições atuais”. As mesmas autoras (2012, p. 457), após revisão da literatura sobre o tema, construíram a seguinte definição para comportamento proativo: “[...] o conjunto de comportamentos extra papel em que o trabalhador busca espontaneamente mudanças no seu ambiente de trabalho visando a metas de longo prazo que beneficiam a organização”.

Dos textos pesquisados sobre atuação proativa da Advocacia Pública, extrai-se ser comum a utilização do termo de duas formas (PANOEIRO; PANOEIRO; RODRIGUES, 2009; MAZZEI *et al.*, 2015; MOREIRA NETO; ALMEIDA; GARCIA, 2016; ROSSI; SILVA 2019): 1) identificando-o com as acepções de advocacia preventiva, como será exposto mais adiante, com associação à criação de meios de resolução consensual de conflitos, a fim de evitar a judicialização; 2) ou com a adoção de uma postura processual ativa na defesa do interesse público, por meio do ajuizamento de ações de ressarcimento, ações civis públicas e de improbidade.

Vê-se, assim, que o valor proatividade dentro de uma organização da Advocacia Pública pode abarcar atitudes mais largas que apenas “adaptar-se

3 Disponível em: <https://www.dicio.com.br/proatividade/>. Acesso em: 15 set. 2019.

e adiantar-se às mudanças”, podendo relacionar-se também ao ajuizamento de ações judiciais para a defesa do interesse público e a uma “atuação focada na prevenção e solução consensual de litígios”.

2.2 Inovação

Kamia e Porto (2011, p. 457) partiram de estudos que relacionam proatividade e inovação nas organizações, para dizer que a “[...] proatividade da organização também pode ser medida por meio do número e da frequência de introdução de novos produtos, serviços e processos, da quantidade de recursos dedicados à inovação”. Assim, neste tópico, faz-se um traçado das principais ideias desenvolvidas na literatura especializada sobre o conceito de inovação e sua aplicação ao serviço público, passando pela exposição das barreiras que a impedem ou dificultam costumeiramente dentro das organizações, bem como fatores que lhe incentivam.

Os estudos sobre inovação no campo econômico e da iniciativa privada não são recentes, surgiram no primeiro terço do século XX, tendo sido tomados para aplicação à gestão pública posteriormente. Os estudiosos do assunto são uníssonos em associar o crescimento da máquina estatal – ocasionado em grande parte pelo aumento de demandas sociais frente ao Estado – à premência por inovações no governo, o que ensejou a proliferação de análises sobre o tema (CAVALCANTE; CUNHA, 2017).

De forma mais elaborada, pode-se conceituar inovação como o processo de geração e implementação de novas ideias como vistas à criação de valor para a sociedade, rompendo-se com o passado e *continuum* de atuação até então empregado pelo sistema (CAVALCANTE; CUNHA, 2017). Porém, há quem adote definição mais simples, considerando inovação qualquer projeto novo na organização, que tenha um resultado incerto (GOVINDARAJAN; TRIMBLE, 2015).

Essa última forma de pensar a questão é adotada neste artigo, entendendo-se inovação nas organizações como práticas tendentes à mudança, sejam simples ou complexas, sem problematizá-la a ponto de caracterizá-la como ideia difícil de ser implementada dentro das organizações públicas. Isso porque tal forma mais simples de pensar o assunto pode incentivar a busca por seu conhecimento e contribuir para o desenvolvimento organizacional no setor público, considerando suas idiosincrasias.

Mees e Edquist *apud* Cavalcante e Camões (2017, p. 123) trouxeram a seguinte classificação, desenvolvida com base nas peculiaridades do setor público e utilizada neste estudo por efetivamente facilitar a visualização do objeto classificado:

- a) inovação no serviço: introdução de novos serviços para clientes novos ou existentes ou oferecimento de serviços existentes para novos clientes;
- b) inovação no serviço: introdução de novos serviços para clientes novos ou existentes ou oferecimento de serviços existentes para novos clientes;
- c) inovação no processo: o objetivo é aumentar a eficiência e eficácia dos processos organizacionais internos para facilitar a produção e entrega de bens e serviços aos cidadãos (foco interno);
- d) inovação no processo tecnológico: novos elementos são introduzidos no sistema produtivo ou na operação de serviços de uma organização para produzir ou restituir seus serviços aos cidadãos;
- e) inovação no processo administrativo: novas abordagens e práticas para motivar e recompensar membros da organização, desenhar estratégias e estrutura das unidades executoras e modificar o processo de gestão das organizações.

Sobre o tópico em desenvolvimento, importante também indicar as mais comuns barreiras à inovação, a fim de que o estudo seja construído de forma a identificar esses óbices que, costumeiramente, impedem o advento de inovações na gestão no serviço público.

Há inúmeras barreiras à inovação no setor público (e privado), identificáveis no cotidiano das organizações não só no Brasil, mas em todo o mundo. Selecionou-se, para a melhor visualização desses fatores limitantes, a classificação citada por Brandão e Bruno-Faria (2017, p. 148), por condensar as barreiras mais comuns:

- a) pessoas: falta de motivação, déficit de habilidades, existência de interesses e objetivos pessoais diferentes dos da organização, aversão ao risco, falta de flexibilidade, resistência à perda de poder, tendência a se manter o status quo;
- b) estrutura: recursos materiais inadequados, como ambiente, insumos, equipamentos, tecnologia; processo de comunicação interno e externo, inadequado, sistema de incentivos inadequado, excessiva centralização de poder; baixa integração entre os departamentos;
- c) estratégia: dificuldade de desenvolvimento de capacidades e recursos adequados aos objetivos de longo prazo; ausência de gestão por resultados; descontinuidade das equipes e dos projetos exitosos devido à alternância de poder; ausência de planejamento para transferência de conhecimento, prejudicando a formação de novas equipes.

Por fim, o estudo também demanda exposição dos fatores de incentivo à inovação. Isso porque “[...] a inovação não se manifesta espontaneamente, ela é consequência da integração de conhecimentos e é causada no processo contínuo e inesgotável de aperfeiçoamento desses mesmos conhecimentos, dos processos rotineiros e das técnicas” (MAIA *et al.*, 2014, p. 157).

Em síntese, para o implemento de uma cultura de inovação nas organizações, são necessárias as seguintes condições, na visão de Heimbürg *apud* Maia *et al.* (2014, p. 153): “a) uma liderança empenhada em impulsionar a inovação para o longo prazo e criar e executar uma estratégia de inovação; b) estruturas organizacionais, recursos, ferramentas e processos”.

Feitas essas considerações teóricas introdutórias, passa-se a analisar as barreiras à inovação existentes na PGDF e os avanços para debelá-las, utilizando-se, para tanto, o processo de trabalho interno voltado à reestruturação da CAMEDIS.

3 A CÂMARA PERMANENTE DISTRITAL DE MEDIAÇÃO DA SAÚDE – CAMEDIS

O processo de reestruturação da CAMEDIS foi escolhido como parte deste estudo para observação das barreiras à inovação existentes na PGDF, pois pode ser objeto de observação direta e porque sofreu vários percalços até ser abraçado e priorizado pela instituição.

Mas, antes de relacionar o caso ao referencial teórico utilizado no trabalho, com abordagem das barreiras encontradas durante o desenvolvimento da ideia proposta e acatada pela alta administração da PGDF, é importante explicar o que é a CAMEDIS, que tipo de mudança se propôs a respeito dela e sua relação com as ideias-guias inovação e proatividade.

3.1 Histórico

A ideia de reestruturação da CAMEDIS fora proposta à alta administração da PGDF no ano de 2016, sendo prontamente aprovada pelo Gabinete da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (Processo Administrativo n. 020-001703/2016). As negociações entre os interessados foram finalizadas em 2018, quando a minuta do acordo entre os órgãos envolvidos restou elaborada pelo procurador do Distrito Federal chefe da assessoria jurídica da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal (SES/DF) e encaminhada para a PGDF, a fim de que providenciasse a assinatura do convênio entre todos os órgãos partícipes do projeto.

A CAMEDIS foi criada pela Portaria Conjunta nº 1, de 26 de fevereiro de 2013 –SES/DF e Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF), sem a participação da PGDF, que não se interessou pelo projeto à época (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 22; 25).

Seu funcionamento deve ocorrer por meio de encontros aleatoriamente marcados entre representantes da DPDF e da SES/DF, para análise da possibilidade de prestação de serviço de saúde a cidadãos que buscam a defensoria pública em razão de demandas não atendidas pelas unidades da secretaria de Estado. O objetivo é solucionar administrativamente problemas questionados por meio ações judiciais contra o Distrito Federal.

Nesses encontros, a então Coordenação de Ações de Saúde da PGDF (hoje chamada Procuradoria Especial da Saúde – PROSAÚDE), no ano de 2016, verificou os seguintes problemas no funcionamento da Câmara: a) não havia estrutura física e de pessoal para atender todos os casos, sendo atendidos apenas aqueles selecionados unilateralmente pela DPDF; b) não havia critérios pré-definidos de seleção dos casos; c) não havia possibilidade de análise técnica de alguns pleitos, p. ex. medicamentos e tratamentos não padronizados (aqueles não previstos nas listas do Sistema Único de Saúde – SUS); d) não se concedia o mesmo caminho a cidadãos assistidos por advogados particulares.

Diante disso, percebendo que a forma como as “mediações”⁴ eram realizadas poderia abrir vias a favorecimentos pessoais e quebra da isonomia e que a abrangência do serviço era insignificante diante do volume das demandas na área de saúde, devido à ausência de estrutura física e de pessoal, sugeriu-se a reestruturação da dita Câmara, por meio de expediente interno encaminhado ao Gabinete da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Buscando conhecer alternativas mais consentâneas à moldura constitucional, travou-se contato com a Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro, que implementou modelo mais completo e técnico de Câmara, a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde, em parceria com a Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, Secretaria de Estado de Saúde, Secretaria Municipal de Saúde, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Defensoria Pública da União e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

4 O uso das aspas no termo mediação dá-se pois de mediação efetivamente não trata a Câmara em questão. Mediação é forma de solução de conflitos por meio da qual um terceiro – mediador preferencialmente treinado, “viabiliza o diálogo” entre as partes em desavença, utilizando-se de métodos próprios, para que as próprias partes alcancem entendimento (tal método é utilizado em situações em que a manutenção do diálogo entre as partes seja essencial, como nas demandas de família, por exemplo). O que se busca na Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde é uma transação, por meio de conciliação – método em que o terceiro pode sugerir formas de solução do conflito para “viabilizar o acordo” (art. 165, §§1º e 2º, CPC/2015).

A parceria fora formalizada por convênio, em que se estabeleceram as obrigações, atribuições e forma de funcionamento do serviço. A característica mais marcante do projeto fluminense é a previsão de funcionamento, num mesmo prédio, de seções dos órgãos envolvidos, a fim de facilitar o atendimento ao cidadão, pois o serviço buscado é fornecido pelos entes da federação conforme a divisão de competências estabelecida pelo SUS. Também o atendimento pela Defensoria Pública do Estado e Defensoria Pública da União é realizado no mesmo local, levando-se em conta qual ente deve prestar o serviço no âmbito do sistema.

Essa forma de organização proporciona uma triagem em todos ou na maioria dos casos⁵, ensejando a judicialização somente do que não puder ser atendido. Também proporciona acesso igualitário a todos os que desejem passar pela Câmara, sendo viável incluir na avença, além dos órgãos que integraram o convênio no estado do Rio de Janeiro, a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Diante desse paradigma, o projeto de reestruturação proposto pela então Coordenação de Saúde da PGDF tenderia a reduzir o volume gasto pelo Distrito Federal com medicamentos a cargo da União⁶, assim como evitar demandas ajuizadas por desorganização das unidades de saúde ou até mesmo resolver demandas já ajuizadas mais rapidamente, sem os problemas identificados no modelo implementado em 2013.

3.2 O processo de reestruturação da CAMEDIS, barreiras à inovação e avanços na gestão estratégica

Analisando esse processo com base no referencial teórico relativo às concepções de proatividade e inovação no serviço público, percebe-se que ocorreu o surgimento de uma ideia tendente a mudar processo de trabalho complexo, envolvendo não só o fluxo de demandas, mas estrutura material e de pessoal, com a finalidade de redução da litigiosidade.

5 Inúmeras ações são ajuizadas em decorrência de desorganização administrativa ou falta de integração entre as unidades responsáveis pelos serviços de saúde, como, por exemplo, pleitos de medicamento/material padronizado não disponível em determinada unidade, mas disponível em outra e a inexistência de sistema regulatório da fila de espera para cirurgias (ALMEIDA, 2018).

6 Isso porque, uma vez que há solidariedade na prestação dos serviços de saúde, diversos pacientes, no caso dado como exemplo anteriormente (medicamentos financiados pela União), ajuízam ações somente contra o Distrito Federal. Este ente acaba por adquirir os medicamentos mesmo sem ter orçamento para tanto, por ser obrigado a atender as decisões judiciais. O mesmo ocorre com a União quando é demandada por prestações a cargo do Distrito Federal. A compensação desses valores, pela via administrativa, apesar de indicada pela jurisprudência dos tribunais superiores, não costuma ocorrer e, como a cobrança judicial também se afigura tormentosa, a desordem orçamentária se instala (ALMEIDA, 2018).

A iniciativa fora proativa, pois não decorreu de demandas ordinárias do ambiente de trabalho e buscou implementar inovação na organização, de acordo no conceito adotado neste estudo, que vê inovação como um valor relacionado a práticas geradoras de mudança, sejam simples ou complexas, para agregar valor ao serviço.

De acordo com a classificação de Meeus e Edquist *apud* Cavalcante e Camões (2017, p. 123), a tentativa buscou inovação em processo, pois o objetivo fora aumentar a eficiência e eficácia dos processos organizacionais, para facilitar e melhorar os serviços prestados pelos órgãos públicos aos cidadãos.

Apesar do acolhimento da ideia pelas altas administrações dos órgãos interessados, não se disponibilizou apoio técnico na área da gestão de projetos, nem a disponibilização de recursos, estrutura e material suficientes: seriam implementadas mudanças na medida dos recursos já existentes, notadamente a estrutura material fornecida pela DPDF e de pessoal fornecida pela SES/DF.

A inexistência de recursos e apoio técnico suficientes por parte dos órgãos do Executivo distrital foram os primeiros obstáculos ao andamento mais célere do processo, porém a mudança de gestão aliada à cultura burocrática da PGDF ocasionou sua paralisação por meses, mesmo quando já viável o início da fase de execução do modelo possível construído, conforme os recursos materiais disponíveis.

Com efeito, a despeito da possibilidade de início da fase de execução da reestruturação já em 2019, até meados de 2020 não houve qualquer ato de caráter prático, sequer a assinatura do convênio entre os órgãos interessados. Importante frisar que o acordo fora pensado e redigido com base no instrumento utilizado pelo paradigma escolhido, a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde/RJ, outrora utilizado e validado pela administração do estado do Rio de Janeiro.

Esse desnecessário atraso ocorreu devido ao início de novo governo e mudança de chefias na PGDF, o que gerou análises dos mesmos pontos já dantes discutidos.

A minuta do convênio encaminhada em novembro de 2018 fora aprovada por procurador do Distrito Federal partícipe das negociações, mas, não obstante isso, o encaminhamento para assinatura pelas autoridades competentes restou suspenso, em razão do surgimento da ideia pela nova equipe de edição prévia de decreto pelo governador do Distrito Federal.

Por conta dessa alteração, a implementação da reestruturação sofreu um atraso que poderia ter sido evitado caso o processo fosse conduzido de forma dialogada com a equipe que o iniciou, utilizando o desenho da Câmara

de Resolução de Litígios da Saúde/RJ. No paradigma utilizado, validado e respeitado pela comunidade jurídica⁷, não se utilizou decreto do Executivo antes da realização do convênio entre as partes.

Decisões de gestão político-administrativas devem se pautar, sempre que possível, em evidências, pela “[...] integração da experiência e julgamento com a melhor evidência externa disponível a partir de pesquisa sistemática” (COSTA; DA SILVA, 2016, p. 132). No caso, a evidência externa disponível não utilizou qualquer ato normativo editado pelo chefe do Executivo para a implementação da inovação; ademais, não ocorreu questionamento a respeito de sua legitimidade ou legalidade.

De toda sorte, mesmo que, por qualquer outro motivo, fosse necessária a edição desse ato normativo no Distrito Federal, nada impediria a celebração do convênio, para início da execução do projeto sem nenhum atraso, pois isso não obstaria posterior decreto sobre o tema, com eventuais adequações práticas criadas pelo normativo.

Isso porque é consabida a factível demora na edição de normativos da competência de agentes políticos, sejam decretos ou leis, pois dependem de negociação política e trâmite burocrático mais complexo, cujo processo constantemente atrasa projetos que beneficiam os cidadãos. Assim, em sendo possível aos gestores implementar mudança de processo administrativo que não dependa necessariamente de lei ou decreto, que se faça, a fim de não perpetuar a cultura de formalismos, comum no modelo de gestão burocrático weberiano, não mais adequado à realidade moderna (BERGUE, 2010; SILVA; FADUL, 2010; SECCHI, 2009). Decisões administrativas devem primar pela eficiência (obter o melhor resultado com menor custo – de tempo e recursos) e alcance de resultados concretos.

Conforme indicado no tópico precedente, sobre as barreiras à inovação no serviço público, da análise deste caso constatam-se presentes barreiras relacionadas a pessoas (a despeito da proatividade, não se disponibilizou apoio técnico na área de gestão administrativa), estrutura (recursos materiais insuficientes, processo de comunicação e integração interna inadequado) e estratégia (descontinuidade de equipes, mudança de chefias sem diálogo em busca da experiência e conhecimentos da equipe anterior, com foco em obter melhor resultado ao público, por meio do trabalho coletivo).

7 Disponível em: www.conass.org.br/rio-de-janeiro-camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-completa-um-ano/ e <https://www.premioinnovare.com.br/praticas//camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>. Acesso em: 15 set. 2021.

Após quase dois anos de atraso, o projeto veio a ser encaminhado ao novo setor de desenvolvimento institucional – Procuradoria Especial de Gestão Estratégica, Estudos e Inovação –, criado na estrutura da PGDF pelo Decreto nº 40.408, de 24 de janeiro de 2020, e inserido no Plano Estratégico/PGDF dos anos 2020/2025 como iniciativa voltada à ampliação da consensualidade na resolução de litígios, iniciativa essa aprovada como prioritária pelo Comitê Interno de Governança da PGDF para o biênio 2020/2021.

A partir da estruturação de setor específico, em cujas atribuições se insere justamente o apoio à medidas de atuação estratégica, bem como de inovação voltadas à melhoria de processo de trabalho, foi possível evitar os empecilhos e reveses identificados anteriormente, bem como tocar o projeto com apoio técnico e acompanhamento institucional.

4 CONCLUSÃO

É possível concluir, a partir análise da proposta de reformulação do processo de reestruturação da CAMEDIS, que barreiras à inovação no serviço público encontram-se presentes na PGDF, circunstância natural que precisa ser observada pelos membros da organização em busca de melhoria na gestão institucional.

Expô-se, no desenvolvimento deste trabalho, que o implemento de uma cultura de inovação nas organizações demanda, dentre outros fatores, estruturas organizacionais, recursos, ferramentas e processos de habilitação para realizar a inovação. Assim, do quadrante teórico delineado, extrai-se que a criação da Procuradoria Especial de Gestão Estratégica, Estudos e Inovação foi medida salutar para permitir a formação da cultura almejada pela instituição e exposta pelas ideias-guias previstas na Portaria nº 483/2019.

Com a adoção dessa medida, há não só espaço formal para o encaminhamento de ideias e projetos por parte dos membros da instituição, mas possibilidade de discussão transparente sobre possíveis inovações e maior facilidade de obtenção de suporte técnico para andamento.

A condução de iniciativas desse tipo precisa gozar de apoio institucional formal, mais adequado procedimentalmente, a fim de ficar menos suscetível a barreiras à inovação comumente existentes nas organizações públicas, como as aqui identificadas.

A PGDF avançou, portanto, com a edição da Portaria nº 483/2019 e criação de setor técnico específico voltado ao impulso de cultura de inovação e gestão estratégica; com isso, mostrou que iniciativas desse jaez não podem

ser barradas arbitrariamente ou olvidadas em meio à burocracia e carência de procedimentos adequados.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Antonio Francisco de. Planejamento estratégico e proatividade: um estudo de caso em duas unidades regionais do Banco Central do Brasil. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 4, n. 3, p. 177–199, 2000.

ALMEIDA, Lília. Responsabilidade solidária dos entes federativos pela obrigação de prestar serviço de saúde e vedação do chamamento ao processo: análise jurídica e econômica dos entendimentos do STF e STJ. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 7, n. 2, p. 124–146, abr./jun. 2018.

ANTHONY, Scott D. *et al.* *Inovação para o crescimento*. Porto Alegre: M. Books, 2011.

ARAÚJO, José; GAVA, Rogério. *Empresas proativas: como antecipar mudanças no mercado*. São Paulo: Elsevier Brasil, 2011.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Defensoria pública e diálogo institucional em saúde: a experiência de Brasília-DF. *Revista Direito e Práxis*, v. 6, n. 3, p. 11–36, 2015.

BERGUE, Sandro Trescastro. *Cultura e mudança organizacional*. Florianópolis: UFSC, 2010.

BRANDÃO, Soraya Monteiro; BRUNO-FARIA, Maria de Fátima. Barreiras à inovação em gestão em organizações públicas do governo federal brasileiro: análise da percepção de dirigentes. In: CAVALCANTE, Pedro; CAMÕES, Marizaua (org.). *Inovação pública no Brasil: uma visão geral de seus tipos, resultados e indutores*. Brasília: Enap: Ipea], 2017. p. 145-164. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8795/1/Barreiras%20%c3%a0%20inova%c3%a7%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 30 jun 2021.

CARREIRA, Marcio Luis et al. Aplicação de ferramentas na gestão de processos das organizações que aprendem. *Revista de Ciências Gerenciais*, v. 13, n. 17, p. 83–96, 2009.

CAVALCANTE, Pedro; CAMÕES, Marizaua (org.). *Inovação pública no Brasil: uma visão geral de seus tipos, resultados e indutores*. Brasília: Enap: Ipea, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8794/1/Inova%c3%a7%c3%a3o%20p%c3%bablica%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 30 jun 2021.

CAVALCANTE, Pedro; CUNHA, Bruno Queiroz. É preciso inovar no governo, mas por quê. In: CAVALCANTE, Pedro *et al.* *Inovação no setor público: teoria, tendências e casos no Brasil*. Brasília: Enap; Ipea, 2017. p. 15–32. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8785>. Acesso em: 30 abr. 2019.

COSTA, Carlos Germano Ferreira; DA SILVA, Edson Vicente. O que Realmente Importa no Processo de Tomada de Decisão Considerando Políticas Públicas Baseadas em Evidência. *Revista Administração em Diálogo-RAD*, v. 18, n. 2, p. 124–143, 2016.

GOVINDARAJAN, Vijay; TRIMBLE, Chris. *O desafio da inovação: fundamentos para construir empresas inovadoras em meio a incertezas e complexidades*. São Paulo: Elsevier Brasil, 2015.

KAMIA, Meiry; PORTO, Juliana Barreiros. Comportamento proativo nas organizações: o efeito dos valores pessoais. *Psicologia: ciência e profissão*, v. 31, n. 3, p. 456–467, 2011.

LEMOS, Luciano Silva *et al.* A importância da gestão proativa para conquistar a satisfação do cliente. *Janus*, v. 8, n. 14, 2011.

MAIA, Celso *et al.* Fatores da cultura organizacional que condicionam ou limitam o processo de inovação. *Revista Capital Científico-Eletrônica*, v. 12, n. 3, p. 150–163, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues *et al.* *A administração pública na tutela coletiva da moralidade administrativa e do patrimônio público: o papel da advocacia pública*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/49089>>. Acesso em: 26 abr. 2019. P. 704.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ALMEIDA, Aline Paola C B Câmara de; GARCIA, Flávio Amaral. O futuro da Advocacia Pública: atuação preventiva e proativa. 2016. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/OFuturodaAdvocaciaPublicaAAcaoPreventivaeProativa.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2019. p. 18, 24 e 25.

NETTO MACHADO, Denise Del Prá. *Inovação e cultura organizacional: um estudo dos elementos culturais que fazem parte de um ambiente inovador*. 2004. Tese (Doutorado em Administração de Empresas) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2004.

PANOEIRO, Cláudio de Castro; PANOEIRO, Jeane A. Esteves; RODRIGUES, Rafaella Ramalho. Atuação pró-ativa da Fazenda Pública no combate à

improbidade administrativa. Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL. Portaria nº 394, 23 de agosto de 2019. Institui Grupo de Trabalho incumbido de elaborar e implementar o Planejamento Estratégico da Procuradoria-Geral do Distrito Federal. *Boletim Interno - PGDF*. Brasília, DF, ano 2019, n. 32, p. 1, 27 ago. 2019. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Diario/50f5dd06-00b0-3ec7-8091-bf4d3643ad61/32_PGDF_BOLETIM_INTERNO_32_de_27%20de%20agosto_2019_assinado.pdf. Acesso em: 30 jun 2021.

ROSSI, Juliano Scherner; DA SILVA, Viviane Regina. Elementos para prática de advocacia preventiva no âmbito da Advocacia-Geral da União. In: Bertocini, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; et al. (coords.). *Direito administrativo e gestão pública e direito urbanístico, cidade e alteridade*. Disponível em: <file:///C:/Users/cristiany.borges/Downloads/ElementosparaaPrticadeAdvocaciaPreventivanombitodaAdvocacia-GeralDaUnio.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. *Revista de Administração Pública*, v. 43, n. 2, p. 347-369, 2009.

SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE; DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. Portaria Conjunta nº 1, 26 de fevereiro de 2013. Institui a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS). *Diário Oficial do Distrito Federal*. Brasília, DF, ano 2013, 28 fev. 2013. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/74163/Portaria_Conjunta_1_26_02_2013.html. Acesso em: 30 jun 2021.

SENGE, Peter M. *A quinta disciplina: arte e prática da organização que aprende*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2010.

SILVA, Lindomar Pinto da; FADUL, Élvia. A produção científica sobre cultura organizacional em organizações públicas no período de 1997 a 2007: um convite à reflexão. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 14, n. 4, p. 651-669, 2010.

ACORDO DIRETO PARA PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS DO DISTRITO FEDERAL – UMA ALTERNATIVA PARA REDUÇÃO DO PASSIVO COM PRECATÓRIOS

Idenilson Lima da Silva¹

Resumo: A Constituição Federal estabelece os critérios para pagamentos de precatórios das dívidas da União, Estados, Municípios e o Distrito Federal e, com a Emenda Constitucional nº 62/2009, instituiu-se o regime especial para pagamento. Sabe-se que os entes federativos possuem uma considerável demanda de precatórios que não foram cumpridos com o passar dos anos, mas, a partir da Emenda Constitucional nº 99, de 14 de dezembro de 2017, foi instituído duas modalidades para conciliação, possibilitando negociações com os credores por meio de Acordos Diretos. As modalidades de acordos não são cumulativas, cabendo ao ente utilizar-se do parcelamento forçado para os precatórios cujo valor seja superior a 15% do montante de precatórios incluídos na Lei Orçamentária Anual, ou, pagamento por acordo direto com os credores mediante deságio de até 40% do valor da dívida. As negociações mediante acordo direto visam a acelerar o pagamento dos precatórios, tendo em vista o grande volume das dívidas, a maioria delas de muitos anos, tendo como objetivo equilibrar a relação Dívida/Receita e, como consequência, diminuição das despesas e das ações judiciais. Assim como a maioria dos entes da Federação, o Distrito Federal destacava-se com um alto índice na relação Dívida com Precatórios/Receita Corrente Líquida, mas, com a implementação do Acordo Direto, esse cenário foi alterado. A experiência do Distrito Federal na gestão dos precatórios demonstra que os acordos diretos proporcionam maior economicidade e eficiência na utilização dos recursos públicos, com vistas o equilíbrio da relação receita/despesas e a diminuição da fila de precatórios.

1 Graduado em Direito pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (2009) e especialização em Direito, Estado e Constituição pela Universidade Candido Mendes (2013). Procurador do Distrito Federal da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF). Ex-Auditor do Tribunal de Contas da União (TCU). E-mail: idenilson.silva@pg.df.gov.br

1 INTRODUÇÃO

O Distrito Federal, a exemplo da maioria dos entes subnacionais, possui uma considerável dívida decorrente de condenações pecuniárias em face da Fazenda Pública, as denominadas dívidas com sentenças judiciais.

Tais dívidas judiciais são instrumentalizadas por meio de precatórios, como estabelece o art. 100 da Constituição Federal – CF/88: “Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios [...]”.

Pelos trâmites normais, os precatórios deveriam ser pagos no ano imediatamente seguinte ao da sua inscrição orçamentária, perfazendo um prazo máximo de dezoito meses. Contudo, historicamente, muitos entes federativos, condenados judicialmente ao pagamento de quantias, deixaram de honrar, por anos, as obrigações resultantes de sentenças judiciais.

Em 2015, segundo levantamento realizado pelo *site* de notícias *G1*², o Distrito Federal era o ente que tinha a relação Dívida com Precatórios/Receita Corrente Líquida mais preocupante, com percentual equivalente a 28% de sua Receita Corrente Líquida (RCL).

Atualmente, a relação Dívida com Precatórios/Receita Corrente Líquida do Distrito Federal está em 7,91%. A queda de 20 pontos percentuais desse indicador deve-se a diversos motivos, entre eles o aumento da RCL em patamar superior às dívidas de precatórios. Contudo, o principal fator deve-se à efetiva gestão dos precatórios nos últimos anos em todas as suas nuances: registro, processamento, impugnação de valores indevidos e, sobretudo, a adoção de mecanismos que possibilitam o pagamento mais acelerado de precatórios.

No que tange ao pagamento mais célere dos precatórios do Distrito Federal, sem dúvida, o instrumento do acordo direto é o responsável pelo pagamento cada vez maior de credores em um curto espaço de tempo.

Posto isso, este artigo visa, em comemoração aos 60 anos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF), a trazer um panorama das diversas rodadas de conciliação de acordos diretos nos pagamentos de precatórios do Distrito Federal, evidenciando os resultados alcançados nas rodadas de conciliação.

2 Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/11/df-e-9-estados-tem-maior-dificuldade-para-pagar-precatório-aponta-tesouro.html>. Acesso em: 08 jul. 2021.

2 REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTOS DE PRECATÓRIOS

A Emenda Constitucional n° 62/2009, entre outras inovações, instituiu o regime especial de pagamento de precatórios, adequando o pagamento das dívidas judiciais ao orçamento disponível aos entes federativos.

Pela EC n° 62/2009, o pagamento da dívida com precatórios poderia ser realizado em quinze anos pela divisão do seu estoque em parcelas anuais, ou pela destinação de percentuais entre 1% a 2% sobre a RCL da entidade devedora.

No entanto, em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucional a Emenda n° 62/2009 e fixou um prazo de cinco exercícios financeiros – a contar de 1° de janeiro de 2016 – para que esse regime especial de pagamento de precatórios fosse desconsiderado.

Nesse contexto da necessidade de se estipular um regime especial de pagamento de dívidas judiciais compatível com a realidade financeira e econômica dos entes federativos e das respectivas pessoas jurídicas de direito público e da necessidade de adequação às balizas fixadas pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4.357 e 4.425, que declarou o regime criado pela EC n° 62 inconstitucional, em 15 de dezembro de 2016, foi publicada a Emenda Constitucional n° 94, de 15 de dezembro de 2016, instituindo um novo regime especial de pagamentos de precatórios.

Essa emenda constitucional previu que todos os devedores que possuíam precatórios pendentes de pagamento até 25 de março de 2015 os quitassem até 31 de dezembro de 2020, sendo que o percentual da RCL do ente devedor a ser destinado ao pagamento de precatórios deveria ser o percentual suficiente para a quitação integral da dívida.

A EC n° 94/2016 autorizava ainda que até 50% dos valores destinados ao pagamento de precatórios fosse utilizado para realização de acordos diretos entre o credor e o devedor, com deságio máximo de até 40% do crédito atualizado.

Em seguida, a Emenda Constitucional n° 99, de 14 de dezembro de 2017, ampliou o prazo para quitação de todos os precatórios dos devedores em Regime Especial para 31 de dezembro de 2024.

Atualmente, está em vigência a Emenda Constitucional n° 109, de 15 de março de 2021, que estendeu por mais cinco anos, até 31 de dezembro de 2029, o prazo para quitação do estoque da dívida com precatórios.

O Distrito Federal aderiu formalmente ao regime especial de pagamento de precatórios por meio do Decreto n° 31.398, de 09 de março de 2010, ainda sob o amparo da Emenda Constitucional n° 62/2009.

Nesse sentido, em consonância com a Resolução n° 303 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), há a obrigatoriedade de que o Distrito Federal apresente anualmente ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) um Plano de Pagamentos visando a quitar a dívida consolidada de precatórios até 31 de dezembro de 2029.

Tal regime especial permite que o Distrito Federal quite seus débitos de precatórios por meio de repasses vinculados à receita corrente líquida após a aprovação do plano de pagamentos anual estabelecido em conjunto com o TJDFT.

Desde 2018, os planos de pagamentos de precatórios do Distrito Federal utilizam as rodadas de acordos diretos como um importante meio para a consecução da amortização da dívida de precatórios nos patamares exigidos pelo regime especial.

3 CONCEITUAÇÃO E HIPÓTESES DE ACORDOS DIRETOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O acordo direto é a possibilidade de pagamento de precatórios sem a observância da ordem cronológica de pagamento, mediante negociação direta com o ente devedor e aplicação de deságio de até 40% (quarenta por cento) do valor atualizado do precatório.

A Emenda Constitucional n° 94/2016, trouxe duas possibilidades não cumulativas, as quais o ente público está autorizado a realizar o pagamento mediante acordos diretos.

A primeira delas está no §20, art. 100, da CF/88, no qual o legislador constituinte atribuiu ao ente devedor a prerrogativa de parcelar o pagamento cujo valor seja superior a 15% (quinze por cento) do montante de precatórios incluídos na Lei Orçamentária Anual (LOA). Ou seja, aqueles precatórios cujo valor supera 15% da dotação orçamentária apurada nos termos do §5°, art. 100, da CF/88, serão pagos em até seis parcelas, sendo 15% (quinze por cento) no próprio exercício e o restante em parcelas iguais nos cinco exercícios subsequentes, acrescidas de juros de mora e correção monetária.

Nesse sentido, como alternativa a esse parcelamento forçado, o legislador constituinte previu a realização de acordos diretos com o deságio de até 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado.

A segunda possibilidade de realização de acordos diretos para pagamentos de precatórios está prevista no §1º do art. 102 do ADCT e se aplica somente aos entes federativos que estão sob o regime especial de pagamentos de precatórios introduzido pela Emenda Constitucional nº 94/2016 e alterado pela Emenda Constitucional nº 99/2017. Esse é o caso do Distrito Federal.

Nesse regime, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que em 25 de março de 2015 se encontravam em mora no pagamento de seus precatórios, poderão quitar, até 31 de dezembro de 2029, seus débitos vencidos e os que vencerão dentro desse período, mediante repasses calculados com base na RCL em percentual suficiente para a quitação do passivo de precatórios dentro desse prazo.

Portanto, nesse regime não há a aplicação do §5º, art. 100, da CF/88. As dotações destinadas ao pagamento de precatórios são fixadas em montantes necessários para a quitação do passivo de precatórios até 31 de dezembro de 2029.

Entre outros instrumentos previstos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para viabilizar a quitação do passivo de precatórios até o final de 2029, há a possibilidade de destinação de até 50% dos recursos alocados ao pagamento de precatórios para, por opção do ente devedor, promover acordos diretos com redução de até 40% (quarenta por cento) do valor atualizado do crédito.

Portanto, há duas possibilidades de realização de acordos diretos: uma para entes devedores que estejam no regime ordinário de pagamento de precatórios nos casos em que o valor do crédito superar o percentual de 15% (quinze por cento) da dotação destinada aos pagamentos, apurada nos termos do §5º, art. 100, da CF/88; e outra destinada aos entes federativos que estejam no regime especial de pagamento, independentemente do valor do crédito.

A viabilização do pagamento de precatórios por acordo direto com os credores mediante deságio de até 40% (quarenta por cento) do valor da dívida traz inquestionável economicidade ao Poder Público, implicando maior capacidade de pagamento do ente devedor. Ou seja, atende-se a um número maior de credores com os mesmos recursos públicos. Faz-se mais com menos em homenagem ao princípio da eficiência.

Além disso, o acordo direto busca reduzir o infindável contingente de discussões e demandas judiciais em torno das dívidas de precatórios, o que, muitas vezes, movimentada de forma desnecessária as estruturas jurídicas do Estado, tais como, o Poder Judiciário (em diferentes graus de jurisdição) e as Procuradorias, incrementando gastos públicos.

4 ACORDOS DIRETOS DE PAGAMENTOS DE PRECATÓRIOS DO DISTRITO FEDERAL

Como dito, desde 2018, os planos de pagamentos de precatórios do Distrito Federal utilizam as rodadas de acordos diretos como um importante meio para a consecução da amortização da dívida de precatórios nos patamares exigidos pelo regime especial.

A experiência do Distrito Federal tem se mostrado exitosa, alcançando um número maior de credores, proporcionando economia de recursos públicos e criando um ambiente operacional que possibilita o aperfeiçoamento contínuo das rotinas de pagamentos de precatórios.

4.1 Câmara de Conciliação de Precatórios da PGDF

A fim de possibilitar a realização de rodadas de conciliação de precatórios por meio dos Acordos Diretos, foi criada a Câmara de Conciliação de Precatórios da PGDF (CACOP) pelo Decreto nº 38.642, de 23 de novembro de 2017, o qual estabeleceu normas para a celebração de acordos diretos com os credores de precatórios, em observância ao parágrafo §1º do art. 102 do ADCT, bem como pela Portaria nº 454, de 15 de agosto de 2018, que dispôs sobre o seu Regimento Interno e os procedimentos para fins de celebração de acordo, consoante o §1º do art. 102 do ADCT, além de prever outras providências.

Inserida no âmbito da Procuradoria-Geral Adjunta do Contencioso da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, à Câmara de Conciliação de Precatórios foram atribuídas as seguintes competências:

Art. 3º Compete à Câmara de Conciliação de Precatórios:

I receber e processar as manifestações de interesse na conciliação;

II analisar as propostas de conciliação em precatórios, verificando seus aspectos formais e materiais;

III apresentar a proposta de valores e elaborar os termos de acordo, que será submetido a homologação do juízo responsável pelo pagamento;

IV exercer outras atribuições vinculadas à execução das atividades de conciliação para pagamento de precatórios; e

V dirimir conflitos e questionamentos relacionados à execução desta Portaria. (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Ainda que exista pouca margem de discricionariedade nos Acordos Diretos de Precatórios, a Câmara de Conciliação serve de facilitadora entre as diversas áreas técnicas envolvidas na operacionalização do pagamento de

um precatório, buscando eliminar entraves à dinâmica de pagamento pelas vias ordinárias, ao criar mecanismo célere e racional que permita estabelecer diálogo entre credor e devedor, o que, por si só, traz maior agilidade ao processamento dos pagamentos de precatórios, beneficiando não só um número cada vez maior de credores, mas ao próprio Distrito Federal, que liquida a dívida de precatórios mais rapidamente, de modo a evitar a incidência dos acréscimos legais decorrentes da demora.

4.2 Dos chamamentos para acordos diretos no Distrito Federal

No primeiro edital de chamamento, Edital nº 01, de 14 de setembro de 2018, foram convocados os titulares de precatórios expedidos em face do Distrito Federal ou de qualquer de suas autarquias ou fundações até o dia 31 de dezembro de 2012.

Tratando-se, na época, de uma experiência nova para a Administração Distrital, no primeiro chamamento, foram enfrentadas algumas dificuldades operacionais, a principal delas foi a captação de propostas em um único local e de forma presencial. Identificou-se ainda uma dificuldade para o envio de propostas via Sistema Eletrônico de Informações (SEI), pois os interessados apresentaram dificuldades em se habilitar no Sistema como usuários externos.

Já o segundo edital de chamamento, Edital nº 01, de 13 de junho de 2019, estabeleceu que seriam realizados acordos diretos para pagamento de precatórios expedidos até o dia 31 de dezembro de 2016. Nesse chamamento foram incorporadas estratégias de mitigação das dificuldades encontradas no primeiro chamamento. Para a captação das propostas, foram disponibilizadas agências da Receita do Distrito Federal localizadas em pontos mais estratégicos. Além disso, foi implementado um plano de divulgação que abrangeu canais de televisão, mídia eletrônica, redes sociais e interlocução com os principais sindicatos de servidores públicos (principais credores de precatórios do Distrito Federal).

No que concerne ao terceiro edital de chamamento, Edital nº 01, de 21 de fevereiro de 2020, este passou a abranger os precatórios em face do Distrito Federal e quaisquer de suas autarquias ou fundações, expedidos até o dia 31 de dezembro de 2018.

A grande novidade foi que, nesse edital, utilizou-se a plataforma “gov.br” e o Sistema de Peticionamento Eletrônico (SISPE) para efetuar o protocolo do requerimento e dos documentos com a finalidade de atenuar as dificuldades que alguns credores vinham enfrentando desde o primeiro chamamento para habilitação como usuário externo do Sistema Eletrônico de Informações do Governo do Distrito Federal (SEI-GDF).

Durante o processamento dessa rodada de acordos diretos, iniciou-se a pandemia da covid-19, exigindo que a captação de propostas fosse realizada apenas de forma eletrônica, o que afetou consideravelmente o número de propostas apresentadas.

O quarto chamamento para acordos diretos, Edital nº 02, de 03 de agosto de 2020, foi o segundo edital lançado dentro de um mesmo exercício, representando um avanço nos fluxos operacionais das áreas técnicas da PGDF, em que foram admitidos precatórios emitidos até 31 de dezembro de 2018. Cabe ressaltar que ele foi totalmente processado durante as restrições impostas pela pandemia do novo coronavírus.

Por fim, o quinto chamamento para acordos diretos, Edital nº 01, de 10 de fevereiro de 2021, abarcou precatórios emitidos até o dia 31 de dezembro de 2019. O processamento dessa rodada de conciliação ainda não foi finalizado até o encerramento deste artigo.

4.3 Os resultados alcançados

Os acordos diretos para pagamentos de precatórios têm como objetivo principal possibilitar o pagamento de precatórios com o desembolso menor de recursos públicos, facilitando o alcance da meta prevista no regime especial de precatórios: zerar o estoque da dívida até 31 de dezembro de 2029.

Com esse objetivo, no Distrito Federal, todo o recurso economizado a partir do deságio obtido com os acordos diretos é revertido para pagamentos de precatórios, o que possibilita a redução cada vez maior do estoque da dívida, ou seja, paga-se mais precatórios com menos recursos em homenagem ao princípio da eficiência.

Quadro 1 – Resultados dos chamamentos para acordos diretos

Edital de Chamamento	Precatórios expedidos	Propostas Recebidas	Acordos firmados	Valor Amortizado	Deságio (40%)	Desembolso
1º Chamamento 01/2018, de 14/09/2018 (DODF 177, de 17/09/2018)	Até 31/12/2012	1868	1159	R\$ 50.908.265,56	R\$ 20.363.302,62	R\$ 30.544.953,94
2º Chamamento 01/2019, de 13/06/2019 (DODF nº 112, de 14/06/2019)	Até 31/12/2016	3225	2798	R\$ 168.911.699,12	R\$ 67.564.679,65	R\$ 101.347.019,47
3º Chamamento 01/2020, de 21/02/2020 (DODF nº 39, de 28/02/2020)	Até 31/12/2018	1046	956	R\$ 138.348.723,49	R\$ 55.339.489,40	R\$ 83.009.234,09
4º Chamamento 02/2020, de 03/08/2020 (DODF nº 146, de 04/08/2020)	Até 31/12/2018	785	675	R\$ 115.065.423,21	R\$ 46.026.169,28	R\$ 69.039.253,93
5º Chamamento 01/2021, de 10/02/2021 DODF nº 28, de 10/02/2021	Até 31/12/2019	1254	904	R\$ 81.050.274,04	R\$ 32.420.109,62	R\$ 48.630.164,42
TOTAL		8.178	6.492	R\$ 554.284.376,42	R\$ 221.713.750,57	R\$ 332.570.625,85

Fonte: CAMEC/PGDF, 2021.

Nota: Dados do 5º Chamamento são projeções, pois o chamamento ainda não havia sido fechado até 13.07.2021.

Nas últimas cinco rodadas de conciliação, o Distrito Federal pagou, apenas por acordos diretos, 6.492 credores de precatórios, com redução da dívida de precatórios (amortização) no montante de R\$ 554.284.376,42 e economia de recursos públicos (deságio de 40%) no montante de R\$ 221.713.750,57 revertidos para pagamentos de novos precatórios.

Para além da economia de recursos públicos obtida com o deságio de 40%, o acordo direto, por um lado, busca reduzir o infundável contingente de discussões e demandas judiciais em torno das dívidas de precatórios, o que, muitas vezes, mobiliza desnecessariamente as organizações jurídicas do Estado, tais como Poder Judiciário (em diferentes graus de jurisdição) e PGDF, fomentando gastos públicos. Por outro lado, o credor recebe o precatório com até oito anos de antecedência, considerando o andamento normal da ordem cronológica no TJDF.

Destarte, o acordo direto em precatório é uma via de mão dupla, pois proporciona uma economia considerável para os cofres públicos e beneficia os credores, com a aceleração das filas cronológicas de pagamento de precatórios.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo demonstrar a eficácia dos Acordos Diretos instituídos por meio da Emenda Constitucional nº 94/2016. Como objetivo principal, buscou esclarecer a metodologia utilizada pelo Distrito Federal na gestão dos Acordos Diretos com os entes credores e como isso impactou na diminuição de precatórios, trazendo maior economicidade ao Poder Público, atendendo assim ao Princípio da Eficiência.

De início, buscou-se indicar quais são os regimes especiais para pagamentos de precatórios, como previsto na Constituição Federal, as mudanças advindas com as Emendas Constitucionais e as hipóteses de Acordos Diretos previstos na Carta Magna.

Em seguida, demonstrou-se a metodologia utilizada pelo Distrito Federal para gerenciar as negociações de acordos diretos e os efeitos destas na relação Dívida com Precatórios/RCL. Pôde-se, assim, levantar os números de acordos realizados desde o primeiro edital, em setembro de 2018, até o presente momento.

Desse modo, foi demonstrado que o Distrito Federal não mediu esforços e incorporou planos estratégicos para atendimento e divulgação do chamado, a fim de formalizar o maior número de acordos possíveis.

Foi possível concluir que, dentre as duas possibilidades de Acordos Diretos previstos na Emenda Constitucional nº 94/2016, a forma utilizada pelo Distrito Federal gera maior resultado na diminuição dos precatórios e coloca os credores em nível de igualdade, além de maior economia para o Poder Público.

Por meio do Acordo Direto para pagamento mediante deságio de até 40% do valor da dívida, atende-se a um número maior de credores. Ou seja, traz inquestionável economicidade ao Poder Público, implicando maior capacidade de pagamento de precatórios do ente devedor, o que vai ao encontro do imprescindível princípio da eficiência, reduzindo as demandas judiciais em torno das dívidas de precatórios.

6 REFERÊNCIAS

BARROS FILHO, Wilson Accioli de; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. Coordenação: Gustavo Henrique Justino de Oliveira; organização: Wilson Accioli de Barros Filho. São Paulo: Almedina, 2020.

BRASIL. *Lei nº 14.057*, de 11 de setembro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14057.htm . Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 303, de 18 de dezembro 2019*. Dispõe sobre a gestão dos precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3130> . Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda Constitucional nº 94, de 15 de dezembro de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda Constitucional nº 99, de 14 de dezembro de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4357/DF – Distrito Federal*. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 setembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> . Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4425/DF – Distrito Federal*. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19, dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> . Acesso em: 10 jun. 2021.

CARVALHO, Vladimir Souza. Iniciação ao estudo do precatório. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 19, p. 76–337, out.–dez. 1982.

DISTRITO FEDERAL. *Decreto nº 31.398, de 09 de março de 2010*. Dispõe sobre a instituição do regime especial de pagamento de precatórios a que se refere o artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 62/2009, e dá outras providências. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/Norma/62519/exec_dec_31398_2010.html . Acesso em: 07 jul. 2021.

DISTRITO FEDERAL. *Decreto nº 38.642, de 23 de novembro de 2017*. Altera o inciso II do artigo 2º do Decreto nº 31.398, de 09 de março de 2010; institui a Câmara de Conciliação de Precatórios na Procuradoria-Geral do Distrito Federal; estabelece normas para a celebração de acordos diretos com credores de precatórios, de que trata o parágrafo único do artigo 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzido pela Emenda Constitucional nº 94/2016. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/a6f43f53f8734d41aa3bc5a3b40f52de/exec_dec_38642_2017.html . Acesso em: 07 jul. 2021.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Mariana. DF e 9 Estados têm maior dificuldade para pagar precatório, aponta Tesouro. *G1*, 04 nov. 2013. Disponível em: g1.globo.com/politica/noticia/2013/11/df-e-9-estados-tem-maior-dificuldade-para-pagar-precatario-aponta-tesouro.html . Acesso em: 08 jul. 2021.

PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. *Portaria PGDF nº 454, de 15 de agosto de 2018*. Institui a Câmara de Conciliação de Precatórios e dispõe sobre o seu Regimento Interno e sobre os procedimentos para fins de celebração de acordos diretos com credores de precatórios de que trata o §1º

do artigo 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/dd0baa8005564976a0c835811914acfc/Portaria_454_15_08_2018.html . Acesso em: 07 jul. 2021.

PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. Edital de Chamamento nº 01, de 14 de setembro de 2018. Dispõe sobre os procedimentos para fins de celebração de acordos diretos com credores de precatórios do Distrito Federal que trata o §1º do artigo 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. *Diário Oficial do Distrito Federal*. Brasília, DF, ano 47, nº 177, fls. 43/44, setembro 2018. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Diario/f1445d48dc9045f98e2638722f716297/6a572038-a625-395f-b4b4-0ca-db9b20962/arq/0/DODF%20177%2017-09-2018%20INTEGRA.pdf> . Acesso em: 27 set. 2021.

PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. Edital de Chamamento nº 01, de 13 de junho de 2019. Dispõe sobre os procedimentos para fins de celebração de acordos diretos com credores de precatórios do Distrito Federal que trata o §1º do artigo 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. *Diário Oficial do Distrito Federal*. Brasília, DF, ano 48, nº 112, ano 2019, fls. 92/93, junho 2019. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Diario/c0cf636f13ef45e79dbdca523e66bcf1/e7aa3b8f-ef31-33e2-a19e-2e28ff7b9374/arq/0/DODF%20112%2014-06-2019%20INTEGRA.pdf> . Acesso em: 27 set. 2021.

PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. Edital de Chamamento nº 01, de 21 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre os procedimentos para fins de celebração de acordos diretos com credores de precatórios do Distrito Federal que trata o §1º do artigo 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. *Diário Oficial do Distrito Federal*. Brasília, DF, ano 49, nº 39, fls. 59/62, fevereiro 2020. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Diario/1a5f3cab550b4203b6bd5f551deb3ec1/be5358a5-596c-3877-aacd-e0613da144f8/arq/0/DODF%20039%2028-02-2020%20INTEGRA.pdf> . Acesso em: 27 set. 2021.

PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. Edital de Chamamento nº 02, de 03 de agosto de 2020. Dispõe sobre os procedimentos para fins de celebração de acordos diretos com credores de precatórios do Distrito Federal que trata o §1º do artigo 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. *Diário Oficial do Distrito Federal*. Brasília, DF, ano 49, nº 146, fls. 39/42, agosto 2020. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Diario/5f15731e07c64386bf898eae274f201/f510c2d4-ec1b-3bd0-a-2fc-501c8b14a1fe/arq/0/DODF%20146%2004-08-2020%20INTEGRA.pdf> . Acesso em: 27 set. 2021.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DE SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – ATUAÇÃO DA PGDF NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0702921-69.2017.8.07.0018

Bruno Novaes de Borborema¹

Resumo: O artigo propõe-se a tratar da atuação judicial da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) na Ação Civil Pública nº 0702921-69.2017.8.07.0018, movida pela Defensoria Pública do DF, em que postulava a condenação do Distrito Federal ao pagamento de indenizações por danos morais coletivos e individuais em favor de todos os presos que estavam em situação de superlotação quando do cumprimento de prisão no sistema penitenciário local. Foi indicada a relevância da ação, apontando-se as consequências sociais e econômicas que o seu acolhimento poderia trazer. Além disso, foram apresentadas as questões jurídicas debatidas na ação pelo autor e pela defesa do DF, indicando-se a solução conferida ao caso pelo Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

Em 2017, a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF) moveu Ação Civil Pública em face do Distrito Federal, na qual postulou a condenação do ente público ao pagamento de 1) danos morais coletivos no valor de R\$1.000.000,00, cumulado com 2) indenização por danos morais individuais em favor de cada um dos presos que estavam em situação de superlotação quando do cumprimento de prisão. Sustentou que, à época, existiam aproximadamente 15.190 presos no sistema prisional do DF, alocados em apenas 7.376 vagas, o que gerava violação à dignidade da pessoa humana e à integridade física e moral dos detentos. Usou como referência precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com repercussão geral (Recurso Extraordinário nº 580252), em que deferiu indenização por danos morais a um detento do Estado do Mato Grosso do Sul.

¹ Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (AGU). Procurador do Distrito Federal. E-mail: bruno.borborema@pg.df.gov.br.

A relevância da ação devia-se à enorme repercussão econômica e social que poderia trazer, em caso de acolhimento. Segundo informação prestada pela Secretaria de Estado de Segurança Pública do DF (SSP/DF) à época, por um lado, aproximadamente 55 mil pessoas haviam passado pelas unidades prisionais nos últimos cinco anos (prazo de prescrição), sendo que todos esses poderiam depois executar um eventual título judicial que fosse favorável ao pedido. Por outro lado, era fato que efetivamente a situação de superlotação ocorria, o que exigiria uma atuação estratégica da PGDF para buscar a rejeição da pretensão.

Em primeira instância, a demanda acabou sendo parcialmente acolhida, em sentença proferida pela 2ª Vara da Fazenda Pública, com a condenação do DF ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 a título de danos morais coletivos, a ser destinado ao Fundo Penitenciário do Distrito Federal (FUNP/DF). No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), no entanto, a apelação apresentada pela PGDF foi acolhida, para julgar totalmente improcedente o pedido formulado, em acórdão que foi objeto de recursos pela DPDF, todos rejeitados, transitando em julgado o pronunciamento favorável ao DF.

2 A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – DIAGNÓSTICO E EVENTUAIS CONSEQUÊNCIAS DE UM EVENTUAL ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO

Destaca-se, inicialmente, que a situação de superlotação das unidades prisionais não é exclusividade do DF. Trata-se de problema de ordem sistêmica e estrutural que afeta todo sistema penitenciário nacional.

Segundo o *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em junho de 2014², todas as unidades federativas apresentam falta de vagas em suas unidades prisionais, havendo um déficit de 206.307 vagas para uma população carcerária total de 563.526 pessoas. Chama atenção também o fato de que o Brasil possuía a quarta maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para os EUA, China e Rússia.

A situação de superlotação também não era exclusividade do Brasil. Segundo informações contidas no voto-vista proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 580252, “[...] apenas no ano passado, dos 193 países-membros da ONU, 77 registraram número de presos superior a 120% da capacidade dos estabelecimentos penais”, incluindo países como Estados Unidos, Itália, Rússia, Colômbia e África do Sul.

2 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/06/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 23 jul. 2021.

Portanto, trata-se de questão generalizada, complexa e estrutural, cujas causas, como é inerente a questões dessa magnitude, são variadas e difusas. No caso brasileiro, é certo que não poderia ocorrer sem a contribuição de falhas imputáveis aos mais diversos atores envolvidos no sistema de justiça criminal, incluindo a Defensoria Pública e o Poder Judiciário.

As soluções, por consequência, exigem postura de responsabilidade e cooperação de todos os órgãos públicos envolvidos, e também da sociedade civil, evitando-se medidas segmentadas e, portanto, insuficientes para atingir o fim a que se destina. O problema tornou-se crônico, entre outras razões, justamente pelo fato de que, na prática institucional, os órgãos públicos envolvidos costumam enfrentá-lo por meio de medidas simplistas que, além de não resolverem o problema, acabam por agravá-lo. Exemplo disso foi o ajuizamento da demanda pela DPDF, o que demonstra muito bem de que forma se chegou a um cenário tão grave em relação à questão prisional.

A solução proposta pela DPDF não era compatível com a complexidade do desafio, pois optou pelo simplório caminho da monetarização da questão. Acumularam pedidos de indenização por danos morais coletivos com danos morais individuais supostamente devidos a cada um dos 14 mil presos em situação de superlotação, os quais, acaso acatados, poderiam trazer efeitos ainda mais desastrosos para o sistema.

Tomando como parâmetro para os danos morais individuais o valor de R\$2.000,00 fixado na ação julgada pelo STF em repercussão geral – montante que inclusive pode ser considerado muito baixo em comparação com outros tipos de demanda por danos morais, tais como, inclusão indevida no Serviço de Proteção Ao Crédito (SPC), atraso em fila de banco etc. – e considerando que aproximadamente 55 mil pessoas passaram pelas unidades prisionais nos últimos cinco anos (prazo de prescrição), pode-se facilmente estimar em R\$110.000.000,00 o resultado prático da ação. Se for considerado que as condenações podem ser em valor superior ao referido anteriormente e incluindo as pessoas que ainda continuarão ingressando diuturnamente no sistema até que a situação seja definitivamente resolvida, esse número ganha proporções ainda maiores, em progressão geométrica.

Diante disso, pode-se afirmar que o resultado prático de um eventual acolhimento dos pedidos deduzidos na ação não seriam a humanização das prisões ou mesmo resguardo da dignidade dos presos. O que ocorreria seria: 1) a imposição imediata aos cofres públicos de uma despesa que poderia ser estimada em, no mínimo, mais de R\$110.000.000,00; 2) a proliferação imediata de 55 mil execuções individuais da sentença; 3) a perpetuação de um círculo vicioso, concedendo-se um *voucher* automático para todos aqueles que diuturnamente ingressam no sistema.

3 QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES DEBATIDAS NO PROCESSO

3.1 Preliminar de inadequação da ACP para pedir a condenação em danos morais individuais

Dentre as preliminares levantadas na defesa do DF, merece referência o debate travado em torno da adequação da Ação Civil Pública para veicular o pedido de indenização por danos morais individuais em favor dos presos. Sustentou-se que essa pretensão não se enquadra dentre aquelas que, por lei, autorizam a tutela coletiva por substituição processual pela DP.

Com efeito, um dos requisitos essenciais para que se torne viável a utilização da ação coletiva atine à “natureza” do direito debatido em juízo. Quanto ao tema, o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), norma que integra o microsistema que rege as ações coletivas no direito brasileiro, dispõe expressamente o seguinte:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Sendo assim, apenas caberá a defesa coletiva em juízo quando se tratar de direitos: 1) difusos, caracterizado pela natureza indivisível, indeterminabilidade e origem fática comum; 2) coletivos, relativos àqueles de natureza indivisível de titularidade de uma categoria específica; e, por fim, 3) individuais homogêneos, atinentes aos direitos que, embora individualizável, decorrem de origem comum.

Não se incluem dentre os direitos que podem ser tutelados por meio de ação coletiva, portanto, aqueles de natureza unicamente individual heterogênea.

No caso em referência, a DP postulou a condenação do DF ao pagamento de indenização por danos morais a “[...] todos os presos que estavam em situação de superlotação quando do cumprimento da prisão”. Ocorre que, a reparação civil apenas poderá ser reputada como devida após uma análise individualizada e pormenorizada das condições em que tais presos estavam submetidos. Essa é inclusive a orientação contida no precedente obrigatório firmado pelo STF, já citado anteriormente:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

O que se viu no caso, no entanto, foi a ausência de qualquer alegação relacionada a dados concretos da realidade de cada um dos detentos, tais como, espaço físico individual disponível nas celas, a salubridade dos ambientes, as condições estruturais do presídio e as deficiências na prestação das assistências material, de saúde e laboral.

Por conseguinte, era inviável que o benefício fosse concedido por sentença judicial a toda a coletividade, independentemente de qualquer indagação acerca do local e das condições a que efetivamente estavam submetidos na prisão. São diversas unidades prisionais, cada uma delas divididas em pavilhões e finalmente em celas, todas diferentes entre si.

Decisão coletiva em que ausente a homogeneidade poderia, inclusive, inviabilizar a fase de execução, ante a ausência de um mesmo critério na avaliação do conteúdo probatório e na análise de dados de todos os substituídos.

Não se poderia cogitar também do reconhecimento do direito de forma condicionada à prova futura da situação de fato de cada substituído, por ocasião da liquidação e execução individual do título judicial, pois representaria a mera enunciação de regra genérica abstrata, sem correspondência com a situação concreta julgada. A atuação judicial não se presta à emissão de sentenças condicionais, que nada estatuem concretamente quanto ao direito objeto do litígio, limitando-se a repetir a norma jurídica, em tese, incidente no caso concreto, sem efetiva verificação deste e da existência ou não, de fato, do direito postulado em favor dos substituídos processuais.

A necessidade de comprovação do dano em cada caso também é chancelada pela jurisprudência Corte Europeia de Direitos Humanos, que se posicionou no sentido de reconhecer a responsabilidade civil do Estado por danos morais causados a detentos submetidos a essas condições, desde que o

tratamento degradante atinja um nível mínimo de gravidade para dar causa à indenização, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto, tais como, a duração do encarceramento, seus efeitos físicos e mentais e as condições efetivas da detenção, como o espaço físico individual na cela, a privacidade no uso dos lavatórios, a ventilação e a iluminação das celas e a higiene. É o que se deduz dos casos *Ananyev and Others v. Russia*, *Torreggiani and Others v. Italy* e *Stella and Others v. Italy*³.

Essa preliminar foi rejeitada em primeira instância. Porém, ao julgar a apelação do DF, o TJDFT a acolheu, sob o fundamento de que

[...] diante da impossibilidade de se aferir individualmente a suposta lesão provocada a cada preso encarcerado em condições indignas e, muito menos, a extensão pessoal e a mensuração pecuniária suficiente a reparar os danos morais de forma particular, imperativo o reconhecimento da heterogeneidade dos direitos e interesses postulados em caráter individual.⁴

3.2 Razões de mérito – Discussão quanto aos pressupostos para responsabilização civil do estado

3.2.1 Do pedido de danos morais coletivos

Superado pedido de danos morais individuais, conforme indicado no tópico precedente, quanto ao pedido de indenização por danos morais coletivos, o reconhecimento dessa modalidade de responsabilidade pressupõe, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁵: 1) a conduta antijurídica (ação ou omissão) do agente, pessoa física ou jurídica; 2) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (comunidade, grupo, categoria ou classe de pessoas); 3) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; 4) o nexo causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo (*lato sensu*).

3 Disponíveis, respectivamente, em hudoc.echr.coe.int/sites/engpress/pages/search.aspx?i=003-3800862-4354469, hudoc.echr.coe.int/sites/eng. Acesso em: 23 jul. 2021.

4 Trecho do voto do relator do acórdão.

5 (REsp 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010).

A despeito do acolhimento inicial do pedido pelo juízo de primeira instância, os requisitos referidos não se encontravam presentes, conforme se demonstrou na contestação e na apelação do DF, a qual restou acolhida pelo Tribunal.

a) *Da conduta antijurídica do DF – não ocorrência de omissão culposa*

A situação de superlotação possui natureza complexa e estrutural, cuja solução traz enormes desafios para o gestor público. Portanto, salvo a demonstração de grave e reiterada omissão estatal, não se pode condenar o ente público pela simples ocorrência de superlotação. É preciso verificar as providências que, dentro do seu campo de atribuições e possibilidades, foram adotadas pelo Estado com vistas a, ao menos, minorar o problema.

Nesse passo, é de se salientar que a suposta responsabilidade civil estava fundada numa omissão estatal em viabilizar condições adequadas aos presos, razão pela qual, conforme pensamento doutrinário e jurisprudencial dominantes, caberia ao interessado demonstrar, além do fato e do dano, a existência de falha na prestação do serviço (*faute du service*), ou seja, a culpa do Estado. Nesse passo, Celso Antonio Bandeira de Mello (2006) afirmou que “[...] para a sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva”.

Igualmente, a orientação firmada na jurisprudência do STF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, “D.J.” de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido.

Na situação debatida, foram anexadas na defesa informações elaboradas pela Secretaria de Estado de Segurança e Paz Social que indicavam uma séria de medidas adotadas pela Pasta para enfrentar o problema, tais como, a criação de milhares de vagas no âmbito do Sistema Penitenciário do Distrito Federal nos últimos anos, a construção em curso de quatro Centros de Detenção Provisória, que viabilizariam a criação de mais 3.200 vagas e a elaboração de projetos de implantação de novo setor na Papuda, que acrescentaria 6.400 vagas ao Sistema nos próximos anos.

Assim, não haveria que se cogitar omissão a justificar a condenação do ente público.

*b) Ausência de ofensa a interesses jurídicos
fundamentais, de natureza extrapatrimonial*

Conforme se extrai da tese firmada pelo STF em repercussão geral, não basta a ocorrência de superlotação para que ocorra a violação à dignidade dos presos e, via de consequência, incida a responsabilidade civil do Estado. É preciso também que se demonstre que as condições do encarceramento são degradantes.

Veja-se como ficou o enunciado da tese:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Por conseguinte, não é suficiente a alegação de superlotação, é preciso que se comprove a causação de uma ofensa moral decorrente das condições de encarceramento como um todo. É imperioso, portanto, que sejam analisados outros aspectos, tais como, a duração do encarceramento, seus efeitos físicos e mentais e as condições efetivas da detenção, como o espaço físico individual na cela, a privacidade no uso dos lavatórios, a ventilação e a iluminação das celas e a higiene.

No presente caso, além de não terem sido invocados pela DPDF qualquer outro aspecto específico além da situação física, o que se extraiu das informações prestadas pela Secretaria de Segurança Pública é que as condições de cumprimento da pena nas unidades do DF eram razoáveis. A qualidade e quantidade da alimentação diária fornecida aos internos eram supervisionadas por nutricionistas, com elaboração de cardápio específico para aqueles submetidos à dieta especial e controle diário de suas condições. Eram baixos

os índices de mortalidade dentro do Sistema Prisional, não tendo havido registro de rebeliões ou amotinamentos de presos nos últimos 16 anos, o que é bem incomum em comparação com outros Estados da Federação. Além disso, eram adotadas políticas de prevenção e combate a doenças contagiosas, além de diversos programas destinados à saúde dos presos, supervisionados pela Secretaria de Saúde do DF.

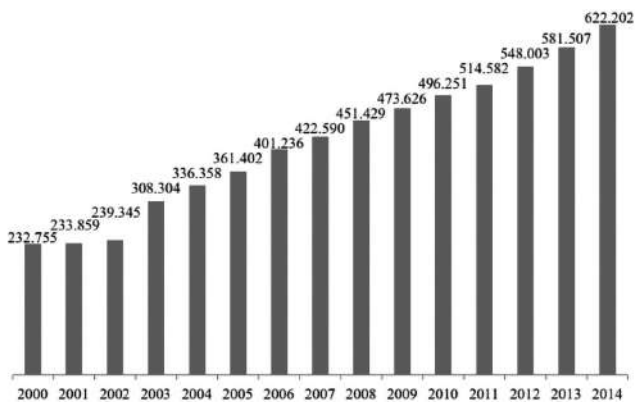
c) Ausência de nexos causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo (lato sensu).

Por fim, não se pode verificar um nexo causal entre uma omissão ou ação estatal e o suposto dano ao interesse coletivo. Como afirmado anteriormente, as causas da superlotação são difusas e estruturais, podendo ser atribuída a uma série de fatores e atores envolvidos na questão.

As falhas do sistema de justiça, como, por exemplo, o uso excessivo de prisões provisórias, a falta de estrutura das Varas de Execução Penal, o excesso prazal no cumprimento da pena ou demora na concessão de benefícios etc., certamente contribuem para a ocorrência dos fatos alegados como causa para a pretensão. Pode-se citar também como causa da superlotação a “lógica do hiperencarceramento”, pelo qual se imagina que o único meio de enfrentar a criminalidade é a prisão.

A título de exemplo, merece menção estudo do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), pelo qual se verificou que, em catorze anos, a população carcerária brasileira aumentou 270%. Veja-se o gráfico a seguir:

Gráfico 1 – Evolução da população prisional no Brasil



Fonte: Relatórios Estatísticos Sintéticos do Sistema Prisional Brasileiro - 2000 a 2013. <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-sinteticos>.

Ora, diante desse quadro, evidentemente que o Estado não estava preparado para absorver um aumento tão grande como esse em tão pouco tempo, motivo pelo qual não se pode cogitar da ocorrência denexo de causalidade entre a omissão estatal e o fato supostamente danoso.

A despeito dos argumentos anteriores, o Juízo de primeira instância acabou por acolher o pedido de danos morais coletivos, fixando-os em R\$1.000.000,00. O fundamento foi o de que

[...] (1) a não manutenção de condições materiais básicas dos presídios é flagrantemente antijurídica, por ofensa ao mandamento constitucional expresso no art. XLIX do art. 5º da CF/88 e a inúmeras normas regentes da execução penal já mencionadas acima; (2) há manifesta ofensa a interesses jurídicos extrapatrimoniais, a saber, à própria dignidade, integridade física e psicológica dos presos, bem como à legítima expectativa de toda a sociedade de adequado cumprimento das penas legalmente previstas; (3) a ilicitude verificada é intolerável e injustificável, com nefastos efeitos para o contingente carcerário e para a sociedade como um todo, ante a propagação em espiral da exclusão e da violência sociais; (4) há causalidade jurídica entre as múltiplas omissões estatais e os danos causados à coletividade.

Ao apreciar a apelação interposta por esta PGDF, no entanto, o TJDF, por maioria, houve por bem reformar a condenação, julgando totalmente improcedente a pretensão. O voto vencedor foi elaborado pelo desembargador José Divino, que, em relação a este capítulo, considerou que:

[...] diante da complexidade que envolve o tema relativo à realidade do sistema prisional, da identificação da existência de problemas nos mais diferentes graus, do reconhecimento dos esforços envidados pelos diversos atores envolvidos e responsáveis pela questão, da razoável dúvida a respeito da existência de uma vulneração social tão grave a ponto de justificar o reconhecimento de um dano coletivo, da ausência de evidência no sentido de que uma indenização em pecúnia se prestaria para minorar o problema vivenciado pelos detentos, entendo que a pretensão exposta na inicial é improcedente.

Veja-se como ficou a ementa do acórdão:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. superlotação carcerária. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INADEQUAÇÃO DA AÇÃO COLETIVA PARA PLEITEAR O PAGAMENTO DE DANOS INDIVIDUAIS HETEROGÊNEOS. OCORRÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ENTRE O DISTRITO FEDERAL E A UNIÃO. PRELIMINARES REJEITADAS.

RE N.º 580.252/MT. EXEGESE. DANO MORAL COLETIVO. REQUISITOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. I - O fato de o STF ter reconhecido, no julgamento da ADPF 347, a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, não autoriza, de maneira automática, a existência de uma presunção absoluta de que todos os encarcerados nos diversos estabelecimentos prisionais brasileiros estão em condições indignas. II - Tal impressão é reforçada pela ênfase conferida pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento do RE n.º 580.252/MT, à necessidade de se avaliar cada caso concreto com muito critério, de forma a se verificar se, além da superlotação, o preso também se encontra em situação evidentemente indigna, que viole, de maneira patente, a sua existência, exigindo-se, assim, não só que se alegue, mas que se comprove a ocorrência da submissão às condições aviltantes. III - Nesse contexto, seria, no mínimo, contraditório admitir a existência de um dano moral coletivo pela mera presunção de que a situação vivenciada por absolutamente todos os indivíduos que estão detidos nos estabelecimentos prisionais do Distrito Federal é tão precária a ponto de violar patentemente sua dignidade e, de maneira reflexa, causar profunda perplexidade social. IV - No julgamento do REsp n.º 1.502.967/RS, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que o dano moral coletivo somente ficará caracterizado se ocorrer uma lesão a valores fundamentais da sociedade e se essa vulneração ocorrer de forma injusta e intolerável, o que não ocorre na espécie. V - Ademais, deve-se resguardar o erário com o dispêndio de numerário que, sabidamente, não se prestará nem para solucionar, ainda que parcialmente, os problemas verificados e - tampouco - para minorar o sofrimento de quem se encontra detido, evitando-se, com isso, agravar a situação de escassez de recursos, retirando aporte indispensável para áreas fundamentais da sociedade. VI - Deu-se provimento ao recurso do réu. Prejudicado o recurso da autora. (Acórdão 1163499, 07029216920178070018, Relator: ALFEU MACHADO, , Relator Designado: JOSÉ DIVINO 6ª Turma Cível, data de julgamento: 3/4/2019, publicado no PJe: 12/4/2019).

3.2.2 Outros temas debatidos na causa

Merecem referência também outros temas trazidos à discussão no processo e que, no entanto, não chegaram a ser enfrentados pelo TJDF, por terem ficado prejudicados em razão da rejeição total do pedido.

a) *Do dever constitucional do Estado de prover a Segurança Pública – a proibição de proteção deficiente*

Como era fato notório à época, o DF passava por grave crise financeira, razão pela qual se sustentou que a pretensão deduzida implicaria, na prática, em impedir que os órgãos de Segurança Pública do DF realizassem novos investimentos na melhoria da estrutura do sistema, o que acabaria por limitar a atuação do sistema carcerário.

Ora, esse resultado não goza de proteção do ordenamento jurídico brasileiro, pois, dentre os deveres constitucionais expressos imputados ao Estado, encontra-se o de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, tal como se extrai do art. 144, *caput*, da CF.

Além disso, haveria violação direta ao princípio da proporcionalidade, na vertente do seu corolário da “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*). Referido postulado significa que ao Estado é defeso abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Sobre o tema, disse Ingo Sarlet (2005):

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, [...], um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

[...]

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).

Referido princípio tem encontrado albergue na jurisprudência do STF, consoante se deduz do acórdão cuja ementa se transcreve:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE

DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. [...]

O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. [...] DENEGADA. (HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012).

Sendo assim, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação à proteção deficiente, solicitou-se que o pedido fosse compatibilizado para, no caso de ser acolhido, todos os valores indenizatórios serem destinados à abertura de novas vagas no sistema prisional do DF.

b) Do resultado do reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” – Decisão “estruturada” – incompatibilidade com o pedido indenizatório

Ademais, aduziu-se se que o problema trazido a conhecimento judicial pela DPDF revela a ocorrência do denominado “estado de coisas inconstitucional”, decorrente de um quadro de suposta violação sistêmica e generalizada de direitos fundamentais.

Ocorre que esse instituto é absolutamente incompatível com o provimento meramente indenizatório postulado na ação, na medida em que a solução do problema perpassa por uma atuação dialogada e estruturada pelos diversos atores envolvidos. A questão somente poderá ser resolvida a partir de um compartilhamento de responsabilidades por uma pluralidade de órgãos envolvidos.

Nessa modalidade de lide, dada a complexidade da situação, o Judiciário se depara com o que se convencionou chamar de “litígio estrutural”, marcado por alcançar grande número de pessoas, envolver diversas entidades e depender de ordens de execução complexa. Assim, ao juiz cabe, como resposta a tais demandas, fixar “remédios estruturais”, destinados à formulação e execução de políticas públicas.

Pertinente, nesse ponto, a advertência Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015):

Não é possível alcançar esses objetivos, necessário para superação do quadro de inconstitucionalidades, por meio dos instrumentos tradicionais de jurisdição constitucional. Sem embargo, são a dramaticidade e a complexidade da situação que justificam ou mesmo impõem a heterodoxia dos remédios judiciais. No entanto, as cortes devem ser cientes das próprias limitações. Devem saber que não podem resolver o quadro atuando isoladamente, e que de nada adiantará proferirem decisões impossíveis de serem cumpridas. Cortes devem adotar ordens flexíveis e monitorar a sua execução, em vez de adotar ordens rígidas e se afastar da fase de implementação das medidas. Em vez de supremacia judicial, as cortes devem abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções. O ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico.

No presente caso, o que se apresenta é um quadro de problemas estruturais na política pública relativa ao sistema penitenciário do DF, motivo pelo qual a solução de modo algum pode se dar por meio de uma simples condenação pecuniária.

Sendo assim, requereu-se que, em vez da condenação pecuniária, fossem consideradas suficientes as providências que têm sido adotadas pela SSP para enfrentar o problema, no âmbito da sua discricionariedade técnica.

c) Overruling – necessidade de revisão do precedente do STF

Por fim, também como pedido subsidiário, foi pleiteado na contestação que, no caso de se acolher o pedido, requer-se que seja proferida por esse juízo uma sentença contendo solução que revele uma evolução do entendimento firmado pelo STF no precedente vinculante (*overruling*).

O fato é que a decisão do STF impôs aos Estados uma situação de perplexidade insuperável: ao tempo em que viabilizou drenagem de seus já parcos recursos para o pagamento de indenizações individuais aos presos, acabou por criar óbice insuperável para a solução definitiva da questão da superlotação carcerária, que é a construção de novos presídios. Esse fato indicou que, por razões pragmáticas, a Corte Suprema, mais cedo ou mais tarde, teria um encontro marcado com a revisão desse precedente, especialmente que ele gerasse um efeito cascata nas instâncias inferiores e desse margem à proliferação de condenações dos entes públicos.

Por isso é que se propôs que, de logo, no presente caso concreto, fosse a sentença proferida na linha da tese vencida proposta pelo ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que a reparação dos danos morais fosse efetivada preferencialmente por meio da remição de um dia de pena por cada três a sete dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal, remanescendo o direito ao ressarcimento dos danos morais em pecúnia apenas para aqueles que já tiverem cumprido integralmente a pena.

Essa solução parte do pressuposto de que a reparação em dinheiro não apenas não minora a violação à dignidade do preso, como tende a perpetuá-las, produzindo distorções. Além disso, é consentânea com uma lógica de despatrimonialização dos danos morais e tem sido admitida pela Corte Europeia de Direitos Humanos como forma de enfrentamento estrutural do problema⁶.

Outrossim, evita que o baixo valor de uma eventual indenização produza uma situação maior de desvalor para o preso e traz também benefícios ao sistema prisional, haja vista que necessariamente contribuirá para reduzir a superlotação.

6 CEDH, Caso Rexhepi et al. v. Itálie, j. em 16.09.2014.

4 CONCLUSÃO

Em conclusão, observa-se que a situação de superlotação das unidades prisionais não é exclusividade do Distrito Federal, tratando-se problema de ordem sistêmica e estrutural que afeta todo sistema penitenciário nacional, que não poderia ocorrer sem a contribuição de falhas imputáveis aos mais diversos atores envolvidos no sistema de justiça criminal, incluindo a DP e o Poder Judiciário. O resultado da ação ajuizada pela DP/DF, de seu turno, não seriam a humanização das prisões ou mesmo resguardo da dignidade dos presos, importando em despesa que poderia ser estimada em, no mínimo, mais de R\$110.000.000,00, a proliferação de mais de 55 mil execuções individuais da sentença e a perpetuação de um círculo vicioso de condenações em favor de aqueles que diuturnamente ingressam no sistema.

Em relação aos danos morais individuais, ficou evidenciado que a Ação Civil Pública era via inadequada para o fim buscado, havendo o TJDFT acolhido preliminar apresentada pela PGDF. Considerou-se, no caso concreto, a impossibilidade de se aferir individualmente a suposta lesão provocada a cada preso encarcerado em condições indignas e a extensão pessoal e a mensuração pecuniária suficiente a reparar os danos morais de forma particular.

Quanto aos danos morais coletivos, houve reforma do capítulo condenatório pela segunda instância, haja vista que não se observou omissão culposa pelo DF, provas dos danos alegados e de nexos de causal entre a conduta do ente público e os prejuízos alegados.

Foram invocadas como tese também a proibição da proteção deficiente, a necessidade de compatibilização da eventual condenação com o problema estrutural apresentado, além da necessidade de superação do precedente firmado pelo STF. Esses temas, no entanto, não chegaram a ser objeto de enfrentamento no acórdão que decidiu definitivamente a causa, por terem sido considerados prejudicados em decorrência do afastamento da responsabilidade civil do Estado.

Como resultado final da lide, os pedidos foram totalmente rejeitados, prevalecendo o acórdão proferido pelo TJDFT, que reformou parcialmente a sentença, acolhendo as razões de defesa trazidas pela PGDF em juízo.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/06/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 set. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 130764/PR*. Relator: Min. Moreira Alves, 12 de maio de 1992. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1507614pr>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus: 104410/RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 06 de abril de 2012, *Diário da Justiça Eletrônico*, 27 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580252/MS*. Relatora: Min. Alexandre de Moraes, 16 de fevereiro de 2017. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 172025/RJ*. Relator: Min. Ilmar Galvão, 08 de outubro de 1996. *Diário de Justiça*, 19 dez. 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (6. Turma Cível). Acórdão 1163499/DF. *Apelação Cível 0702921-69.2017.8.07.0018*. Relator: Desembargador Alfeu Machado; Relator Designado: Desembargador José Divino, 03 de abril de 2019, *PJE*, 12 abril 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMPOS, Carlos Alexandre. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico*, 1º set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 23 jul. 2021.

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

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, jun. 2005.

CASO 444/1988 (A. R. DE M. E OUTROS): O MAIOR E MAIS ANTIGO PROCESSO TRABALHISTA DA PGDF

Bruno César Gonçalves Teixeira¹

Resumo: O presente trabalho tem como escopo apresentar, compartilhar e detalhar o caso nº 444 de 1988 (A.R. de M. e outros), o maior e mais antigo processo trabalhista da PGDF, com o intuito de colaborar com a Revista da PGDF, Edição nº 43, denominada *As vitórias da PGDF* – Edição especial em comemoração ao aniversário de 60 anos.

Na esteira das celebrações dos 60 anos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF), atendendo ao chamamento para a edição especial da revista jurídica, denominada *As Vitórias da PGDF*, compartilho minha experiência exitosa em um processo trabalhista emblemático desta Casa Jurídica: o caso nº 444 de 1988 (A.R. de M. e outros), o maior e mais antigo processo trabalhista da PGDF.

No dia 25 de março de 1988 (antes da promulgação da atual Carta Magna), 191 empregados da Terracap ajuizaram uma Reclamação Trabalhista na 7ª Junta de Conciliação e Julgamento² de Brasília/DF. Os referidos reclamantes eram sempre representados pela primeira empregada listada na petição inicial, denominada “A.R. de M.”. Por isso, o caso era conhecido na Justiça do Trabalho de Brasília (ainda é, em verdade) como “Processo 444 de 1988: A.R. de M. e outros”.

1 Procurador do Distrito Federal. Procurador-Chefe da Procuradoria Trabalhista (PRORESP/PGDF). Advogado Trabalhista. Ex-Advogado da União com atuação na Coordenação Trabalhista (COTRAB/PRU1/AGU). Ex-Assessor de ministro no Tribunal Superior do Trabalho (TST). Mestrando em Direitos Sociais. Pós-Graduado em Direito do Trabalho, Direito Civil e Direito Público. E-mail: bruno.teixeira@pg.df.gov.br.

2 As Juntas de Conciliação e Julgamento (JCJ) foram criadas em 1932, por Getúlio Vargas, e eram compostas de forma paritária, havendo em cada JCJ dois representantes classistas – um julgador indicado pelos sindicatos laborais e um pelos sindicatos patronais –, chamados de “vogais”, e um juiz presidente, de livre nomeação pelo Governo. As Juntas foram extintas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 24, de 9 de dezembro de 1999, sendo substituídas por Varas do Trabalho.

Embora já se tenha transcorrido mais de 32 anos de tramitação processual, o processo ainda está em curso. Ao todo, são mais de 16 mil páginas (81 volumes). Este procurador recorda-se que, assim que assumiu a titularidade do processo, em 2016, recebeu ligações diversas de outros procuradores que, outrora, já haviam atuado no citado processo, alertando sobre a importância e a dificuldade de atuação nesse caso específico.

À época, a PGDF representava judicialmente a Terracap nesse processo. O processo tramitava no meio físico. Ou seja, toda vez que se publicava uma intimação deste processo, este procurador era obrigado a esvaziar todo o seu carro pessoal (porta-malas e bancos traseiros) para poder comportar os mais de 80 volumes de processos físicos, já que a 7ª Vara de Brasília/DF não permitia a carga parcial do processo. Ou se levava nada ou se levava tudo. Ademais, pelo fato de a Terracap ser uma pessoa jurídica de direito privado, os prazos eram simples (sem contagem dobrada) e havia a necessidade de se efetivar e comprovar o preparo recursal no prazo alusivo ao recurso. Destarte, este procurador tinha que ir pessoalmente ao prédio da Terracap buscar as guias de custas e de depósito recursal pagas pela empresa, antes de protocolar a peça. Por essas e outras dificuldades que a saudosa e brilhante³ procuradora do Distrito Federal, ex-Chefe da Propes, Dra. Luciana Ribeiro Melo, dizia que esse era o processo trabalhista “mais cabeludo” de toda a PGDF.

Pois bem. Chega de bastidores. Vamos ao processo. A Reclamação trabalhista de 1988 buscava o cumprimento de cláusula de acordo coletivo de trabalho, entabulado entre a Terracap e seus empregados em 1986, que previa o reajuste salarial de 90% sobre o valor dos salários então em vigor – ano de 1986 –, escalonado em três parcelas de 10%, no período de março a maio de 1986, e três parcelas de 20%, no período de junho a agosto do mesmo ano.

No dia 25/10/1993, houve o trânsito em julgado da decisão do e. Regional que reconheceu o direito dos reclamantes ao reajuste salarial de 90%, decorrente de Acordo Coletivo do biênio 1985–1986. Em 2003, com o Mandado de Intimação nº 97/2003, a Terracap recebeu a seguinte ordem: “Intime-se a Executada, por mandado, a, no prazo de 48 horas, proceder à incorporação aos Exequentes do reajuste salarial equivalente a 90% (noventa por cento), com efeitos retroativos a 1º/12/2002, sob pena de configuração de crime de desobediência.”.

3 Embora este procurador não a tenha conhecido pessoalmente, a competência e o brilhantismo da D.ra Luciana Ribeiro Melo são características unânimes em toda a Casa. Lembro-me do dia de seu enterro, que vários colegas procuradores chegaram chorando ao prédio da PGDF, comentando comigo da excelente pessoa e profissional que ela era.

O referido mandado foi cumprido pela Terracap, sendo incorporado aos salários dos reclamantes o percentual de reajuste salarial de 90%, a partir de 1º/12/2002. “Ocorre que a incorporação foi realizada de forma absolutamente equivocada”. À época, utilizou-se como base de cálculo para a incorporação do percentual de 90% o salário vigente em “outubro de 2002” (e não o salário de 1986, conforme ficou definido no Acordo Coletivo de Trabalho e na decisão transitada em julgada na fase de conhecimento), o que acarretou na formação de um passivo trabalhista de “centenas de milhões de reais”.

É importante ressaltar o tamanho financeiro do equívoco: em vez de reajustarem em 90% o salário de 1986, reajustaram em 90% o salário de 2002! As estimativas dão conta de que seriam necessários, aproximadamente, 200 milhões de reais para quitar apenas os atrasados desse passivo. Isso tudo para apenas 191 reclamantes. Em um cenário mais pessimista, considerando a formação de um novo passivo, de 2009 a 2019, chegar-se-ia a cifra de quase 900 milhões de reais.

Esse processo é deveras conhecido no seio da 7ª Vara do Trabalho de Brasília/DF e o referido juízo já reconheceu a teratologia do ato da empresa reclamada, por várias vezes, *in litteris*:

(fls. 13.476/13.478) [...] Ao determinar a impossibilidade de redução salarial dos reclamantes, interpretei como **antecipação espontânea o reajuste exagerado e absurdo** realizado pela reclamada sobre os salários dos exequentes. Embora restasse muito claro na decisão de fls. 2444/2448 que **os reajustes deveriam incidir sobre o salário de março/86**, até porque é nesse sentido a cláusula coletiva cujo cumprimento de objetiva, a reclamada resolveu adotar como base de cálculo **os salários vigentes em outubro/2002**. **Esse exagerado reajuste que não tem amparo na coisa julgada, mas foi pago espontaneamente por longos anos, prevalece.**

(fls. 14.122/14.127) [...] O assunto já foi tratado no despacho de fls. 12.953/12.954 no sentido de que **a decisão judicial foi mal compreendida pela reclamada que, irresponsavelmente, deferiu aos Autores um reajuste estratosférico e não deferido na sentença condenatória**, caracterizando-se como aumento espontâneo.

(fls. 14.426/14.432) [...] No que tange à reincorporação do percentual, oportuno destacar que a fração, da forma como foi incorporada pela empresa executada no ano de 2002, **contrariava os comandos exarados no feito na fase de conhecimento, porquanto adotado como base de cálculo do percentual a ser incorporado o salário de 2002 e não aquele definido no título executivo, o praticado em 1986.** (grifos nossos).

Desde 31/07/2006 (ou seja, já na fase de execução), o processo é conduzido pela PGDF, considerando a relevância do caso, os valores vultosos e o eventual conflito de interesses do corpo jurídico da empresa estatal.

Em março de 2009, após sete anos de pagamentos a maior (2002 a 2009), a Terracap, por meio da decisão DIRET nº 320/2009, provocada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), reconheceu o equívoco e confessou que havia incorporado o percentual em uma base de cálculo errada. Dessa maneira, alterou a base de cálculo e passou a utilizar o salário de 1986 como referência. “Atualmente, de 2009 até hoje, a Terracap paga o reajuste de 90% com a base de cálculo correta – salário de 1986”. Correta porque é o que ficou definido no Acordo Coletivo de Trabalho, na fase de conhecimento e é, ademais, a própria lógica da pretensão posta na petição inicial que deu início ao processo.

Todavia, o e. Regional da 10ª Região, provocado pelos empregados da Terracap, em janeiro de 2011, considerou que essa alteração na base de cálculo (realizada em 2009) não poderia ter sido efetivada, porque feriria o princípio da estabilidade financeira (recebimento de boa-fé) e porque transcorrido estava o prazo decadencial de revisão administrativa (5 anos – Lei nº 9.784/99). Observa-se a ementa desse acórdão do TRT-10 de 2011:

EXECUÇÃO TRABALHISTA. DIFERENÇA SALARIAL. INCORPORAÇÃO NOS CONTRACHEQUES A PARTIR DE 2002 EM VALOR SUPERIOR AO DEFERIDO NO TÍTULO EXECUTIVO. REVISÃO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA. LEI FEDERAL 9.784/99 RECEPCIONADA NO ÂMBITO DISTRITAL. PERCEBIMENTO DE BOA-FÉ. (grifo nosso).

Desde então, a Terracap e o Distrito Federal vêm tentando demonstrar que não há que se falar em “aumento espontâneo” diante de um ato que todos sabem que nasceu viciado, fruto de uma equivocada manifestação de vontade do agente. Defende-se que se trata de um ato nulo, que não gera efeitos, que não sofre os efeitos da preclusão e que não se convalida com o decurso do tempo. Ademais, ressalta-se, sequer se poderia falar em coisa julgada diante de um erro material claro, como no caso.

Demais disso, o Distrito Federal sempre pugnou pela tese de que a determinação transitada em julgado na fase de conhecimento, que é a correta – referente ao salário de 1986 – não deveria sucumbir à determinação da fase de execução, que é a incorreta – referente ao salário de 2002. O princípio da estabilidade financeira não poderia albergar valores provenientes de um ato nulo, equivocado e teratológico, proferido no ano de 2002, mas que continua a gerar efeitos financeiros significativos à Terracap.

Diante de um acordo coletivo de trabalho e de uma decisão judicial transitada em julgado que apresentam como base de cálculo de um reajuste de 90% o salário de 1986, não pode ser considerada válida e razoável a conclusão de ignorar essas determinações e utilizar como base de cálculo o salário de 2002. Há um intervalo de dezesseis anos de diferença. Ou se respeita a coisa julgada da fase de conhecimento (CF/88, art. 5º, XXXVI), ou se reconhece que não há que se falar em coisa julgada da fase de execução diante de um erro crasso como esse.

Mesmo diante desse cenário catastrófico para a Terracap e, conseqüentemente, para o Distrito Federal, a e. 1ª Turma do TRT-10, por maioria – vencido o desembargador André Damasceno –, no bojo do acórdão publicado em maio de 2019, concedeu tutela provisória de urgência, favorável aos reclamantes, nos seguintes termos:

2.3.4- CUMPRIMENTO IMEDIATO DA DECISÃO. PARÂMETROS DA INCORPORAÇÃO DO REAJUSTE.

[...]

Em síntese, dou parcial provimento ao recurso para **determinar a imediata incorporação do reajuste, com base no salário de 2002, o que deve ser comprovado, pela executada, no prazo de 30(trinta) dias após a publicação deste acórdão.**

Quanto às parcelas vencidas, cujo montante será liquidado com urgência, observando-se as prioridades previstas em lei, e tendo em vista que os beneficiários são todos idosos, **devem ser pagas tão logo apresentado o cálculo respectivo pelo órgão de Primeiro Grau de Jurisdição, nos termos legais, sem quaisquer efeitos suspensivos**, pois estamos tratando de execução definitiva e prolongada muito além do prazo razoável para o cumprimento da res judicata. (grifos nossos).

O voto vencido do desembargador André Damasceno, do e. TRT-10, no bojo desse acórdão regional, resumiu bem o cenário fático-jurídico e as conseqüências desastrosas da decisão para a Terracap. Visualiza-se, *in verbis*:

Divergi para garantir a aplicação do Teto Constitucional (do DF) e para dar provimento parcial ao agravo da executada **para que se considere como base de cálculo aquela definida na coisa julgada (que foi cumprida de forma errada, e agora querem perpetuar... mas a coisa julgada continua, e não foi rescindida), de forma a sanar os erros da fase de execução, apresentando ainda ressalvas de fundamentação. O erro da empresa não vira coisa julgada, e a “integração” do erro nos salários demandaria novo proc. de conhecimento, data venia.**

[...]

Não se trata de discutir se houve má-fé no cumprimento da coisa julgada - de forma hiper vantajosa aos empregados-, mas de cumprir o que efetivamente foi determinado.

[...]

Veja-se que o erro no cumprimento da decisão judicial é de tal ordem que transforma os servidores da empresa pública em credores de super salários, inviabiliza a empresa pública, e desequilibram o orçamento do Distrito Federal, perpetuando-se e transformando-se de direitos trabalhistas em previdenciários, a perder de vista. (grifos nossos).

Percebe-se que o desembargador Regional André Damasceno foi no cerne da questão: a coisa julgada é uma só e não foi rescindida. O que se pugna é apenas e tão-somente o cumprimento do que transitou em julgado na fase de conhecimento e que, obviamente, está em plena harmonia com o negociado no acordo coletivo de trabalho. Tanto a sentença transitada em julgado, quanto o ACT são uníssonos: a base de cálculo é o salário de 1986.

Diante dessa tutela provisória de urgência, exarada no acórdão regional de maio de 2019, que determinou a imediata incorporação do reajuste, com base no salário de 2002, e que determinou o pagamento do passivo “tão logo apresentado o cálculo respectivo pelo órgão de Primeiro Grau de Jurisdição, nos termos legais, sem quaisquer efeitos suspensivos”, não restou outra saída ao Distrito Federal senão o ajuizamento de uma Suspensão de Tutela Provisória⁴ ao presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

No bojo da Suspensão, argumentou-se que a manutenção da decisão ocasionaria um dispêndio imediato de – aproximadamente – 200 milhões de reais à Terracap, acarretando em um verdadeiro colapso financeiro na empresa estatal do Distrito Federal, a ponto de ser necessário suspender ou paralisar o cumprimento de suas atividades públicas essenciais, tais como, drenagem pluvial, pavimentação asfáltica, construção e manutenção de calçadas e de meios-fios, plantio de gramas e árvores, bem como podas de árvores.

De acordo com o documento encaminhado pela Terracap e juntado na Suspensão – Ofício nº 022/2019 – Diraf/Terracap:

Efetivadas as medidas determinadas pela Egrégia Corte Regional do Trabalho, as consequências para a saúde financeira desta empresa serão **desastrosas, na medida em que o cumprimento da decisão judicial em**

4 Processo nº 1000379-35.2019.5.00.0000 – TST.

destaque importará em um valor aproximado de **200 milhões de reais, sem falar nas incorporações inerentes aos empregados que continuam na folha de pagamento da TERRACAP.** (grifos nossos).

De acordo com o Anexo XI da Lei Orçamentária Anual de 2019, a Terracap possuía, à época, a previsão de investimento orçado em R\$ 338.995.000,00, conforme se verifica adiante:

Figura 1 – Previsão de investimento orçado Terracap – 2019

GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL SECRETARIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO		06/01/2019 14:07:20		
Demonstrativo dos Recursos Destinados a Investimentos por Órgão		R\$ 1,00		
Órgão/Unidade/Esfera	Orçamento Fiscal	Orçamento da Seguridade Social	Orçamento de Investimento	Total
19205 - BRB DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A			200.000	200.000
19902 - FUNDO DE MODERNIZAÇÃO E REAPARELHAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA - FUNDAP	721.896			721.896
19911 - FUNDO DA RECEITA TRIBUTÁRIA DO DF - PRO-RECEITA	530.000			530.000
20 - SECRETARIA DE ESTADO DE ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO DISTRITO FEDERAL	137.792.637		338.995.000	476.787.637
20101 - SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DO DISTRITO FEDERAL	38.895.365			38.895.365
20201 - COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA - TERRACAP			338.995.000	338.995.000
20202 - FUNDAÇÃO DE APOIO À PESQUISA - FAPDF	98.896.672			98.896.672

É dizer: considerando a estimativa de pagamento na ordem de 200 milhões de reais, somente o cumprimento imediato da referida tutela provisória inviabilizaria o exercício da atividade da Terracap no ano de 2019 em mais de 60%.

Em face da natureza política⁵ do pedido de Suspensão de Tutela Provisória e diante da relevância do processo para todo o Distrito Federal, o despacho dos memoriais, junto ao presidente do TST, D.r João Batista Brito Pereira, contou com a presença do governador do Distrito Federal, D.r Ibaneis Rocha Barros Junior, bem como da procuradora-geral do Distrito Federal, D.ra Ludmila Lavocat Galvão Vieira de Carvalho.

5 “NATUREZA JURÍDICA DO PEDIDO DE SUSPENSÃO. O pedido de suspensão de segurança é um ato postulatório, e, como todo ato postulatório, contém pedido e causa de pedir. O pedido é o da sustação da eficácia da decisão impugnada, sem que se peça sua anulação ou reforma. A causa de pedir é a violação a um dos interesses juridicamente protegidos previstos nas hipóteses de cabimento já examinadas (segurança, saúde, economia e ordem públicas). Esse é o mérito do pedido de suspensão de segurança, o que o distingue de um recurso. Rigorosamente, o pedido de suspensão destina-se a tutelar interesse difuso. [...] O Superior Tribunal de Justiça entende que o juízo exercido no julgamento do pedido de suspensão ostenta feição política, daí resultando não ser cabível o recurso especial. Isso porque tal apelo extremo visa combater argumentos – que digam respeito a exame de legalidade, e não a análise de juízo político.” (CUNHA, 2013, p. 608).

Felizmente, no dia 28 de maio de 2019, o e. presidente do TST deferiu o pedido do Distrito Federal para “[...] cassar os efeitos da tutela provisória na decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região no Processo nº 0044400-03.1988.5.10.0007”⁶. Merecem destaques os seguintes trechos da decisão:

Conforme relatado, a questão em debate naquele feito envolve a possibilidade de **um ato nulo da administração pública gerar efeitos pecuniários significativos em favor de empregados, bem como o contraponto da coisa julgada formada na ação de conhecimento e daquela formada no julgamento do primeiro agravo de petição.**

O interesse público, no presente caso, é manifesto. A TERRACAP é uma empresa pública pluripessoal (51% pertence ao Distrito Federal). Trata-se de empresa pública dependente (art. 2º, inc. III, da Lei Complementar 101/2000), razão pela qual os entes públicos criadores repassam valores à referida entidade, quando necessário.

Além disso, o risco grave à economia pública revela-se patente. Caso seja mantida a tutela provisória, a entidade terá que arcar com acréscimo de despesa milionária.

Ressalte-se que, ainda que não se tratasse dos mais de 200 milhões de reais mencionados na petição inicial, são quase duas centenas de empregados que teriam diferenças salariais

calculadas com base diversa (a base de cálculo de 2002 é muito superior à base de 1986), além de parcelas vencidas devidamente corrigidas e com incidência de juros. O cumprimento imediato da medida inviabilizaria a adequada prestação de serviços públicos pela entidade e oneraria indiretamente o erário dos entes públicos criadores de forma excessiva, sem que houvesse previsão orçamentária para o aludido repasse.

De outra parte, é notório o risco à ordem pública, porquanto eventual conhecimento e provimento de recurso em Tribunal Superior tornaria inviável a repetição do indébito na hipótese de pagamento aos empregados no curso da execução.

Quanto ao aspecto da matéria de mérito, o processo TRT-0044400-03.1998.5.10.0007 comporta exame detalhado do respeito às coisas julgadas, a eficácia preclusiva e sua perda pela incorporação dos valores no percentual deferido, a necessidade de observância dos princípios administrativos e do princípio da irredutibilidade salarial e a possibilidade

6 Processo nº 1000379-35.2019.5.00.0000 – TST.

de rescisão da coisa julgada formada no julgamento do primeiro agravo de petição.

Esse quadro evidencia a presença de manifesto interesse público, bem como a iminência de grave lesão à ordem e à economia públicas.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido para cassar os efeitos da tutela provisória na decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região no Processo nº 0044400-03.1988.5.10.0007. (grifos nossos).

Muito que bem. Resolvida estava, então, a questão mais urgente e imediata da suspensão da liminar que inviabilizaria o exercício da Terracap no ano de 2019. Em verdade, caso se tivesse que cumprir essa tutela provisória, além do pagamento imediato dos 200 milhões de reais aos 191 reclamantes, ainda tinha que se alterar a base de cálculo novamente para o salário de 2002 e, inevitavelmente, surgiria um novo passivo trabalhista, eis que de 2009 a 2019 o pagamento foi efetivado considerando a base de cálculo do salário de 1986. Seria um dispêndio ciclópico!

Entretanto, ainda faltava a parte mais difícil do processo: o enfrentamento do mérito, em sede extraordinária (TST) e em fase de execução, em que só é admitido Recurso de Revista⁷ por ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal. Todos os advogados (públicos ou privados) conhecem a dificuldade de conseguir que uma instância extraordinária reconheça que a violação à Constituição Federal era, de fato, direta e literal (em regra, esbarra-se no velho óbice processual da violação “indireta ou reflexa”).

Este procurador possuía pleno conhecimento de que a tarefa era deveras hercúlea. Elaborar um Recurso de Revista, em fase de execução, de um processo de 1988, de mais de 16 mil páginas (81 volumes), com 191 reclamantes e com inúmeros obstáculos processuais (prequestionamento, transcendência, impossibilidade de reexame de fatos e provas, etc.), era como se estivesse a enfrentar uma verdadeira “corrida de obstáculos”.

Programei-me e separei uma semana inteira para elaborar o Recurso de Revista. No final, a peça contou com sete capítulos, distribuídos em 79 páginas. O capítulo principal, que enfrentava o verdadeiro mérito da questão, ficou assim ementado:

7 CLT. Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: [...] § 2o Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

6) DO ERRO TERATOLÓGICO. INCORPORAÇÃO DE 90% SOBRE O SALÁRIO DE 2002 (E NÃO O DE 1986). ATO NULO NÃO GERA EFEITOS E NÃO SE CONVALIDA COM O DECURSO DO TEMPO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA FASE DE EXECUÇÃO NÃO PREVALECE SOBRE O COMANDO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO DA FASE DE CONHECIMENTO. ERRO MATERIAL NÃO TRANSITA EM JULGADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E MORALIDADE (ART. 5º, II E ART. 37, CAPUT, CF/88), AO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV, CF/88), AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA (ART. 5º, LV, CF/88), BEM COMO À COISA JULGADA (ART. 5º, XXXVI, CF/88).

Este procurador tinha plena convicção de que, caso o ministro relator no TST chegasse a ler a peça e a enfrentar o fundo da matéria, alguma opinião divergente deveria surgir. Era de se indignar o fato de que, de 1988 a 2019, em 31 anos de processo, a Terracap e o Distrito Federal nunca tenham recebido uma única decisão judicial de mérito favorável nesse processo. Recursos e mais recursos e todos os posicionamentos judiciais, ao final, sempre, lamentavam-se do equívoco efetivado pela Terracap em 2002, mas mantinham a determinação de pagamento com a base de cálculo errada, em razão do princípio da estabilidade financeira (recebimento de boa-fé) e do transcurso do prazo decadencial de revisão administrativa (5 anos – Lei nº 9.784/99).

Os ventos começaram a soprar diversamente a partir de 2020. O processo foi distribuído para a 4ª Turma do TST, com a relatoria do ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. Depois de inúmeros memoriais e despachos com os integrantes da Turma, o processo foi pautado para o dia 05/02/2020.

Recordo-me que, em fevereiro de 2020, embora já se falasse de um tal “coronavírus” em países diversos, ainda não havia nenhum tipo de restrição presencial no Brasil. O auditório da 4ª Turma do TST estava lotado para a sessão. Dezenas de empregados da Terracap (em sua maioria, aposentados) e dezenas de familiares dos empregados já falecidos estavam presentes à sessão, todos vestidos com uma camisa preta com os dizeres: “Caso 444 de 1988 – 32 ANOS DE ESPERA!”.

Rememora-se: estávamos a tratar de um pagamento imediato de aproximadamente 200 milhões de reais a 191 reclamantes, sem considerar a incorporação de um reajuste de 90% com a base de cálculo referente ao salário de 2002 nos futuros contracheques. O cálculo mais pessimista da Terracap, levando em conta o novo passivo que seria gerado de 2009 a 2019, indicava um valor de quase 900 milhões de reais.

Pelo lado dos reclamantes, este procurador sabia que sustentaria um dos advogados mais aplaudidos e respeitados no seio laboral, em especial no TST,

José Alberto Couto Maciel (OAB/DF – 513). Autor de mais de quarenta livros especializados em Direito do Trabalho, sendo que um deles, *Direito do Trabalho ao alcance de todos*, alcançou a cifra de venda de mais de 750.000 exemplares. Diante dessas circunstâncias, a sustentação oral pelo Distrito Federal se tornou ainda mais desafiadora.

A sessão foi tensa e emblemática. Ocorreram algumas interrupções nos votos dos ministros em razão de manifestação da plateia. Mas, no final, deu tudo certo: pela primeira vez, depois de 32 anos de trâmite processual, conseguiu-se uma decisão favorável meritória (e, melhor ainda, colegiada). Assim restou redigida a decisão final da sessão da 4ª Turma:

Decisão: por unanimidade: I - julgar prejudicado o agravo de instrumento da Terracap; II - **conhecer e dar provimento ao recurso de revista do Distrito Federal, para restabelecer a sentença que determinou que a base de cálculo dos adiantamentos de 90% fossem os salários dos meses de março a agosto de 1986 e determinar que os pagamentos dos retroativos sejam feitos pelo regime de precatórios**. Obs.: Falou pelos Agravantes, Agravados e Recorridos o Dr. José Alberto Couto Maciel. Obs.: Falou pelo Agravado e Recorrente o Dr. Bruno César Gonçalves Teixeira. (Grifo nosso).

Além da correção da base de cálculo, ainda se conseguiu a determinação judicial de que os pagamentos retroativos fossem efetivados via precatório. Tudo isso era inédito para a Terracap, ao menos na Justiça do Trabalho.

O acórdão da 4ª Turma foi publicado no dia 21/02/2020. Lendo o acórdão atentamente, a impressão que se tem é que, finalmente, os julgadores se debruçaram sobre o cerne da questão e enxergaram o óbvio: a interpretação equivocada (e milionária) de um comando sentencial não pode se perpetuar *ad eternum*, sob a justificativa de estabilidade financeira ou de transcurso do prazo decadencial de revisão administrativa. Visualizam-se os trechos elucidativos e significativos do acórdão:

6) BASE DE CÁLCULO DOS ADIANTAMENTOS DE 90% - SALÁRIOS DE 1986 OU DE 2002

Quanto ao tema objeto de irresignação maior da Terracap e do Distrito Federal, o acórdão regional, proferido na execução da sentença, posicionou-se da seguinte forma:

A interpretação do título executivo, no momento do cumprimento da obrigação de fazer em 2002, foi realizada pela própria devedora, que procedeu à incorporação com base nos salários da competência da efetivação da ordem. Inexiste, assim, decisão teratológica.

Frise-se que a parcela foi deferida em razão de decisão judicial, não podendo a reclamada, sem determinação em sentido contrário, proceder à alteração do reajuste concedido aos exequentes. Logo, para além da expressa proibição prevista no art. 468, da CLT, a redução salarial dos exequentes não se mostra compatível com o princípio da proteção, este de algum modo consagrado também na referida disposição legal.

Ademais, reitero que a eg. 1ª Turma determinou que o reajuste de 90% (noventa por cento) seria aplicável aos índices futuros de reajustes salariais (fls. 2.592/2.596), sendo razoável a interpretação de que a base de cálculo é o salário percebido à época do cumprimento da obrigação de fazer.

Inexiste violação aos princípios da congruência, da inércia do juízo, da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e à coisa julgada, porquanto se trata de interpretação razoável do comando constante da decisão proferida em sede de conhecimento, realizada pela própria agravada quando cumprida a obrigação de fazer (p. 15.413–15.414 – grifos nossos).

O título executivo judicial, constituído pela sentença (págs. 1.493–1.497) exarada no processo de conhecimento e confirmada pelo TRT (págs. 1.588–1.591) e TST (págs. 1.726–1.729), está assim expresso:

5. ADIANTAMENTOS SALARIAIS

5.1 - Aduzem os reclamantes que representados pela Associação dos Servidores da TERRACAP-ASTER firmaram acordo coletivo, fls. 219/222, prevendo adiantamento salarial de 90%, obedecidos as especificações da alínea 'd' do documento mencionado, o qual não foi pago pela reclamada. Pedem o pagamento das antecipações salariais, com a integração ao salário para os efeitos que indicam.

5.2 - A reclamada alega, em síntese, que cumpriu com as normas dos Decretos-Leis n.ºs 2283 e 2284 de 1986.

5.3 – O ajuste de fls. 219/221, homologado pelo Senhor Governador do Distrito Federal constitui ato jurídico perfeito, cujas cláusulas aderiram aos contratos de trabalho de todos os reclamantes, como autoriza o art. 444/CLT e tem inteira prevalência sobre as normas dos Decretos-Leis invocados, em decorrência do princípio 'pacta sunt servanda' combinado com o da 'norma mais favorável', como preleciona o Prof. Amauri Mascaro Nascimento, em 'aspectos Jurídicos do Plano de Estabilização da Economia', pág. 15. Por isso, tem-se que as normas avençadas no instrumento de fls. 219/221, quando mais favorável aos reclamantes, devem ser aplicadas, independentemente

de norma em contrário, em respeito ao princípio constitucional insculpido no art. 153, § 3º, da E.C. nº 01/69 e Emendas Complementares.

5.3.1 - Corolário da decisão supra é a procedência do pedido da alínea 'a' da inicial, deferindo-se a cada um dos reclamantes os adiantamentos salariais assegurados na alínea 'd' do documento de fls. 220/1, os quais integram o cálculo dos direitos cuja base seja o salário, conforme for apurado em execução e observada a postulação inicial. (p. 1.495–1.496 – grifos nossos).

A parte dispositiva da sentença, que fez coisa julgada, traz o seguinte comando:

8. ISTO POSTO, resolve a 7ª JCJ-DF, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE a ação para condenar a reclamada a pagar aos reclamantes, em 48 horas, conforme for apurado em execução, as verbas deferida no item 5.3.1, acrescidas de juros e correção monetária. (p. 1.497 – grifos nossos).

Os pedidos formulados na inicial, a que faz referência a sentença, são:

a - PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO SALARIAL, acordada no item “d” do Acordo, no percentual de 90%, a partir de março até agosto/86, dentro das especificações ali contidas e já noticiadas no item “3” desta Reclamatória, conforme se apurar em execução de sentença, com os consectários legais;

[...]

d - Integração dos referidos percentuais, sobre quaisquer reajustes salariais posteriores, tudo como se apurar em execução de sentença (p. 41–42 – grifos nossos).

O acordo entre a Terracap e a Aster, no ponto referido na inicial e na sentença (correspondente às fls. 220/1 do processo antes da digitalização), tem o seguinte teor:

d) Nos meses de março a agosto de 1986 será concedido, a título de novo adiantamento salarial, 90% (noventa por cento) sobre o salário em vigor, obedecidas as seguintes especificações:

- 10% (dez por cento) em março de 1986;
- 10% (dez por cento) em abril de 1986;
- 10% (dez por cento) em maio de 1986;
- 20% (vinte por cento) em junho de 1986;
- 20% (vinte por cento) em julho de 1986;
- 20% (vinte por cento) em agosto de 1986 (p. 193–195).

Da simples leitura do comando sentencial, que defere o pedido na forma do item 5.3.1 da sentença e de acordo com o documento de fls. 220/1, conclui-se que os adiantamentos deferidos foram sequenciais e tiveram por base os meses de março a junho de 1986. Ou seja, não se aplicou o percentual de 90%, de plano, mas tendo em vista parcela referente ao salário de cada mês específico do período abrangido pelo acordo.

Assim, do ponto de vista da simples leitura dos elementos que constituem a coisa julgada, chega-se à conclusão de que a base de cálculo dos adiantamentos salariais escalonados deferidos pela sentença exequenda era os salários dos meses de referência de cada parcela, abrangendo o período de março a agosto de 1986.

Nesse sentido, é de se distinguir entre os salários que servem de base de cálculo dos adiantamentos (1986) e o salário do mês em que se implementou a sentença exequenda (2002).

Assim, do ponto de vista da mera leitura do comando sentencial, com suas referências expressas, não se pode dizer, como o fez a decisão recorrida, que seja *“razoável a interpretação de que a base de cálculo é o salário percebido à época do cumprimento da obrigação de fazer”* (p. 15.414). **Aqui não se está em sede de interpretação do comando sentencial, mas de sua aplicação literal, ou seja, nos termos do item 5.3.1 da sentença e do item “d” do documento de fls. 220/1.**

Questão que se coloca então diz respeito ao fundamento adicional da decisão recorrida, no sentido de que *“a interpretação do título executivo, no momento do cumprimento da obrigação de fazer em 2002, foi realizada pela própria devedora, que procedeu à incorporação com base nos salários da competência da efetivação da ordem”* (p. 15.413).

A Terracap, em seu recurso de revista, impugnou especificamente esse segundo fundamento, ao sustentar que, *“de fato, houvera equívoco no ano de 2002, em que a TERRACAP de boa fé promoveu a incorporação, a partir de 1º.12.2002, do multimencionado índice ao salário”* (p. 15.776 – grifos nossos) e que *“desse modo, por não ter utilizado o parâmetro correto, qual seja, o salário de 1986, a TERRACAP não pode ser penalizada ‘ad aeternum’ pelo equívoco, que por meio de decisão da sua Diretoria Colegiada (DIRET nº 30/2009), promoveu a devida correção e alterou a base de cálculo para considerar o salário de 1986”* (p. 15.778 – grifos nossos), concluindo que *“em verdade, entre dezembro/2002 a março/2009, os empregados receberam salário a maior, fruto de um ato nulo, estando entre as atribuições da Administração Pública revogar ou anular seus atos eivados de incorreção ou ilegalidade, conforme a notória Súmula 473 do STF* (p. 15.784 – grifos nossos).

O Distrito Federal foi ainda mais veemente e contundente, justificando sua intervenção no processo como assistente, ao sustentar que:

Ocorre que a incorporação foi realizada de forma absolutamente equivocada. À época, utilizou-se como base de cálculo para a incorporação de 90% o salário vigente em Outubro de 2002 (e não o salário de 1986, conforme ficou definido no Acordo Coletivo de Trabalho e na decisão transitada em julgada na fase de conhecimento), o que acarretou na formação de um gigantesco passivo trabalhista.

Salta aos olhos o tamanho financeiro do equívoco: em vez de reajustarem em 90% o salário de 1986, reajustaram em 90% o salário de 2002!

Até hoje, a Terracap já pagou, por meio de acordos e conciliações, mais de 80 milhões de reais neste processo! Caso a decisão seja mantida, as estimativas dão conta de que seriam necessários outros 200 milhões de reais! Tudo isso para 191 Reclamantes!

Desde a data de 31/07/2006 (Ofício nº 517/2006-GAB/PRGDF), o processo também é conduzido pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal, considerando o eventual conflito de interesses do corpo jurídico da empresa estatal.

Em março de 2009, a Terracap, por meio da decisão DIRET nº 320/2009, reconheceu o enorme equívoco e confessou que havia incorporado percentual maior que o devido.

Destarte, alterou a base de cálculo e passou a utilizar o salário de 1986 (consoante estipulado na fase de conhecimento e no Acordo Coletivo de Trabalho). Por conseguinte, de dezembro de 2002 a março de 2009, 191 empregados da Terracap receberam (invariavelmente) salário a maior, fruto de um ato teratológico. (p. 15.844–15.845).

Como se percebe, houve equívoco por parte da Terracap ao implementar o comando sentencial exequendo, que não se convalida com o tempo, nos termos da Súmula 473 do STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (grifos nossos).

Assim, **tenho como demonstrada a violação dos arts. 5º, XXXVI, e 37, caput, da CF, invocados no recurso do Distrito Federal**, por ofensa da decisão recorrida à coisa julgada e ao princípio da moralidade administrativa, interpretando o comando sentencial exequendo em descompasso com sua literalidade e permitindo se perpetuasse equívoco da administração, por ela mesma detectado e oportunamente corrigido.

Nesses termos, dou provimento ao agravo de instrumento, no particular, por possível violação dos arts. 5º, XXXVI, e 37, *caput*, da CF. (grifos nosso).

Em face desse acórdão turmário, os reclamantes opuseram Embargos de Declaração, que foi provido apenas para esclarecimentos. Após, os reclamantes interpuseram Embargos à SbDI-I/TST, que teve seu seguimento denegado pelo ministro presidente da 4ª Turma do TST. Finalmente, os reclamantes ajuizaram um Agravo em Embargos à SbDI-I/TST. O ministro relator votou no sentido de conhecer do agravo e, no mérito, negar-lhe provimento. Atualmente, o processo está com o julgamento suspenso na SbDI-I/TST, em razão de pedido de vista regimental formulado pelo ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

É certo que essa longa batalha ainda não se encerrou. Nada obstante, só de se ter conseguido bloquear o pagamento imediato e milionário das cifras em 2019, bem como de se ter alcançado uma decisão colegiada do TST – meritória e favorável –, em sede de execução, em 2020, após 32 anos de reveses, já é uma grande vitória de toda a PGDF. Continuaremos na luta, incansavelmente, para que a referida decisão não seja reformada.

Quando se diz que é uma vitória de toda a PGDF, não é apenas uma força da retórica. Praticamente todos os procuradores do Distrito Federal que, um dia, foram lotados na área trabalhista, participaram (ainda que indiretamente) desse processo. É de se imaginar quantas manifestações e recursos que a PGDF já efetivou nesse processo ao longo dessa jornada.

Por fim, com o receio de se estar cometendo injustiças pela omissão, não poderia deixar de registrar a colaboração com a minha pessoa, expressa e efetiva, nesse processo, dos procuradores Sebastião do Espírito Santo Neto, Rosana Alves Filgueiras Nunes, Alan do Nascimento Gomes e Hugo Fidelis Batista.

Parabéns, PGDF!

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452 de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, *Diário Oficial da União*, 1 fev. 1999.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Suspensão de Tutela Provisória nº 1000379-35.2019.5.00.0000*. Relator: Min. João Batista Brito Pereira. Brasília, DF, 17 de julho de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 0044400-03.1988.5.10.0007*. Relator: Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho. Brasília, DF, 17 de julho de 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

CRIMINALIZAÇÃO DO DEVEDOR CONTUMAZ DE ICMS. UMA VITÓRIA DA SOCIEDADE

Luciana Marques Vieira da Silva Oliveira¹

Resumo: Este trabalho aborda as razões de decidir dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC 399.109 e do Supremo Tribunal Federal (STF) no RHC 163.334, os quais chancelaram a tese de que comete o crime do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90 o contribuinte que reiteradamente cobra o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) do consumidor e não o repassa ao Estado. O foco central deste artigo é analisar os argumentos aventados pelas partes e terceiros interessados no julgamento dos referidos processos e demonstrar as inúmeras consequências que a prática reiterada de declarar e não pagar o ICMS gera na ordem econômica, tributária e social. A análise dos julgamentos será feita especialmente pela explicação da sistemática legal do ICMS, concebido para ser um imposto neutro e incidente sobre o consumo. Será ainda avaliado se há coerência entre os referidos julgamentos e o que fora decidido pelo STF no RE 574.706, ocasião em que se retirou o ICMS da base de cálculo de Programa de Integração Social (PIS)/Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Por fim, serão avaliadas as consequências práticas que as referidas decisões terão no âmbito penal e tributário.

1 INTRODUÇÃO

As Procuradorias Estaduais Fiscais sempre tiveram grande dificuldade em combater o devedor contumaz de ICMS, aquele que declara e não paga, de forma recorrente, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Isso porque a jurisprudência entendia que se tratava de mero inadimplemento tributário, que não gerava repercussão penal e tampouco permitiria a responsabilização do patrimônio pessoal dos sócios gerentes e administradores (art. 135, III do CTN), conforme Súmula n° 430 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

1 Especialista em planejamento Tributário – UNB. Especialista em Direito Tributário pelo IBET (Instituto Brasileiro de Estudos Tributários), Mestranda no Mestrado Profissional em Direito Tributário na FGV/SP, Procuradora do Distrito Federal, Advogada. E-mail: luciana.marques@pg.df.gov.br

Com isso, esses devedores causavam rombos na arrecadação fiscal dos Estados, ficando impunes, já que o patrimônio das empresas era esvaziado e as execuções fiscais ajuizadas frustradas em recuperar esse crédito tributário.

Nada obstante, em um único Estado, Santa Catarina, o Tribunal de Justiça entendia que a prática anteriormente relatada configurava o crime do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, conhecido como apropriação indébita tributária. E havia casos de Recurso Especial (REsp) e *Habeas Corpus* (HC) no STJ relativos a esse tema pendentes de apreciação.

Foi então que surgiu a ideia de pleitear à Câmara Técnica das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal o ingresso dos Estados como *amici curiae* nos referidos casos para tentar emplacar a tese da criminalização da conduta em âmbito nacional e, por consequência, poder mudar a interpretação de que a prática não permitiria a responsabilização do patrimônio dos sócios gerentes e administradores, conforme art. 135, III do Código Tributário Nacional (CTN).

A ideia foi aceita e, a partir de 2017, as Procuradorias do Distrito Federal e de Santa Catarina, por seus representantes na Câmara Técnica, assumiram a relatoria dos casos e passaram a trabalhar o ingresso dos Estados nos casos perante o STJ e sua continuidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

O tema ganhou enorme repercussão nacional e foi provavelmente um dos casos tributários de maior relevância para os Estados, conforme amplamente noticiado nos veículos de comunicação mais lidos do país. O pleito dos Estados foi acolhido pelo STJ e STF, que entenderam pela criminalização da conduta.

O presente artigo trata, portanto, sobre a decisão do STF que entendeu que comete o crime do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, popularmente conhecido como apropriação indébita tributária, aquele contribuinte que, de forma reiterada e com dolo de apropriação, deixa de repassar ao Fisco Estadual o ICMS cobrado do consumidor e declarado nos livros fiscais.

O julgamento em questão foi proferido, em dezembro de 2019, no RHC nº 163.334, que, por sua vez, chancelou a decisão proferida pelo STJ no HC nº 399.109. A ementa do julgado do STF assim dispôs:

Ementa: Direito penal. Recurso em Habeas Corpus. Não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço. Tipicidade. 1. O contribuinte que deixa de recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. 2. Em primeiro lugar, uma interpretação semântica e sistemática da regra penal indica a adequação

típica da conduta, pois a lei não faz diferenciação entre as espécies de sujeitos passivos tributários, exigindo apenas a cobrança do valor do tributo seguida da falta de seu recolhimento aos cofres públicos. 3. Em segundo lugar, uma interpretação histórica, a partir dos trabalhos legislativos, demonstra a intenção do Congresso Nacional de tipificar a conduta. De igual modo, do ponto de vista do direito comparado, constata-se não se tratar de excentricidade brasileira, pois se encontram tipos penais assemelhados em países como Itália, Portugal e EUA. 4. Em terceiro lugar, uma interpretação teleológica voltada à proteção da ordem tributária e uma interpretação atenta às consequências da decisão conduzem ao reconhecimento da tipicidade da conduta. Por um lado, a apropriação indébita do ICMS, o tributo mais sonogado do País, gera graves danos ao erário e à livre concorrência. Por outro lado, é virtualmente impossível que alguém seja preso por esse delito. 5. Impõe-se, porém, uma interpretação restritiva do tipo, de modo que somente se considera criminosa a inadimplência sistemática, contumaz, verdadeiro *modus operandi* do empresário, seja para enriquecimento ilícito, para lesar a concorrência ou para financiar as próprias atividades. 6. A caracterização do crime depende da demonstração do dolo de apropriação, a ser apurado a partir de circunstâncias objetivas factuais, tais como o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de “laranjas” no quadro societário, a falta de tentativa de regularização dos débitos, o encerramento irregular das suas atividades, a existência de débitos inscritos em dívida ativa em valor superior ao capital social integralizado etc. 7. Recurso desprovido. 8. Fixação da seguinte tese: O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990.

(RHC 163334, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020).

Com as referidas decisões, o STF e STJ fixaram um novo paradigma de responsabilização penal e tributária no tocante ao ICMS.

Assim, para que se tenha clareza do marco histórico que esse julgamento representa no Direito Tributário e no Direito Penal Econômico, faremos um panorama de como era a situação da jurisprudência antes do julgamento e quais eram as consequências práticas vivenciadas pelos Estados.

Em seguida, analisaremos em detalhes as decisões proferidas pelo STJ e pelo STF, os argumentos levantados pelas partes e terceiros interessados no julgamento e as consequências práticas advindas dessa nova realidade jurídica pós-julgamento do RHC n° 163.334.

2 DO PANORAMA DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA ANTES DO JULGAMENTO DO HC 399.109 PELO STJ E DO RHC 163.334 PELO STF

É fundamental que se entenda que as decisões do STJ e STF no HC n° 399.109 e no RHC n° 163.334 terão consequências reflexas sobre questões eminentemente tributárias e efeitos diretos nas questões penais. Isso porque os fundamentos dos votos vencedores de ambos julgamentos explicam em detalhes a dinâmica de funcionamento do ICMS e como devem ser interpretadas inúmeras questões jurídicas ligadas a este imposto.

2.1 Do panorama penal sobre a interpretação do crime do art. 2º, inciso II, da Lei n° 8.137/90 antes do julgamento do HC 399.109 pela Terceira Seção do STJ

Havia, no âmbito do STJ, uma divergência de interpretação acerca do alcance do art. 2º, inciso II da Lei n° 8.137/90 entre a Quinta e a Sexta Turma, conforme exposto no voto vista do ministro Reynaldo da Fonseca no bojo do HC n° 399.109².

Na Quinta Turma, prevalecia o entendimento de que todo não recolhimento de ICMS declarado e cobrado, fosse ICMS próprio ou ICMS-ST (Substituição Tributária), configurava o crime do art. 2º, inciso II, da Lei n° 8.137/90.

Por sua vez, na Sexta Turma, havia divergência entre os ministros, entendendo alguns que o crime só se configuraria na hipótese de ICMS-ST (Substituição Tributária).

Aqueles ministros que limitavam a configuração do tipo penal aos casos de ICMS-ST assim o faziam por entenderem que a expressão “cobrado ICMS” só poderia ser interpretada como sendo relativo ao contribuinte de ICMS, no caso o comerciante.

2 Superior Tribunal de Justiça STJ, *Habeas Corpus*, HC 399.109 SC. Relator ministro Rogério Schietti. DJ 31/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701067980&dt_publicacao=31/08/2018. Acesso em: 12 jan. 2020.

Assim, entendiam que o consumidor não podia ser considerado contribuinte do ICMS, de modo que não poderia ser cobrado ICMS. Por consequência, entendiam que o crime estaria configurado apenas na hipótese de cobrança do ICMS do substituído tributário não repassado pelo substituto.

Em razão dessa divergência entre a Quinta e a Sexta Turma do STJ, o então presidente da 3ª Seção do STJ, o ministro Rogério Schietti, resolveu submeter a pacificação da interpretação do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90 à Seção, por meio de três precedentes: o REsp nº 1.598.005, o REsp nº 1.643.858 e o HC nº 399.109. Ao final, os dois recursos especiais não prosperaram por razões processuais, tendo sido julgado o mérito apenas do HC 399.109.

Ao final do julgamento do HC 399.109, ficou consolidado o entendimento pela 3ª Seção do STJ de que a interpretação a ser dada ao art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90 é a de que comete o referido crime o contribuinte que deixa de recolher aos cofres públicos o ICMS próprio ou o ICMS-ST, cobrado no preço da mercadoria ou serviço e declarado nos livros fiscais.

Teceremos mais comentários sobre a decisão do STJ, em tópico seguinte, quando será analisado igualmente o julgamento do STF no RHC 163.334.

2.2 Da Jurisprudência do STJ sobre a responsabilidade tributária contida no art. 135, III, do CTN. Relação com o art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90

O CTN, ao dispor sobre responsabilidade tributária, prevê, nos arts. 134 e 135, as hipóteses de responsabilidade de terceiros pelo crédito tributário. O caso de responsabilidade de terceiros que se pretende analisar, art. 135, III, do CTN, trata especificamente da responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes ou administradores pelos créditos decorrentes de obrigação tributária resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A grande dificuldade de precisar o alcance do referido dispositivo é estabelecer em que circunstâncias fáticas pode se considerar ter havido ato praticado com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos. A jurisprudência pátria, em especial o STJ, cuidou de fixar algumas conclusões sobre o tema.

Dentre elas, a principal e que mais interessa ao presente estudo, sobretudo seu verdadeiro alcance, é a de que o “simples inadimplemento” do tributo não caracteriza infração legal e, portanto, não gera responsabilização pessoal dos sócios-gerentes e administradores, nos termos do art. 135, III do CTN. Este entendimento está plasmado na Súmula nº 430 do STJ, que dispõe:

“O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.”

Na prática, a preocupação dos Estados sempre foi a extensão desse entendimento do STJ para empresas que assumem o não pagamento de tributos como atividade natural, usual e frequente, eximindo os sócios, gerentes e administradores de quaisquer responsabilidades fiscais. Especialmente quando se tem o inadimplemento de tributos indiretos, assumidos integralmente pelo consumidor, como é o caso do ICMS.

E mais, os representantes dessas empresas têm a plena convicção de que dificilmente sofrerão redirecionamento da execução fiscal, de modo a ameaçar seu patrimônio pessoal, e, com isso, mantêm a prática de esvaziamento patrimonial da empresa devedora contumaz, gerando a frustração da cobrança executiva.

Ademais, contam com o congestionamento das execuções fiscais, que segundo relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominado *Justiça em números*, de 2019³, representam mais de 30 milhões de processos e tem uma taxa de congestionamento de 90%. O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos.

Por essa razão, a prática de declarar e não pagar ICMS se tornou uma epidemia nacional. Uma estratégia comercial perniciososa à sociedade e à concorrência, por vezes, orientada por profissionais conhecedores das brechas do universo jurídico. A jurisprudência majoritária, até então vigente, era insuficiente para combater essa prática.

Os julgamentos do RHC nº 163.334 no STF e do HC nº 399.109 no STJ trazem um novo panorama penal e tributário, com uma revogação parcial da Súmula nº 430 do STJ no tocante ao inadimplemento usual de ICMS. Isso se dá justamente pela diferenciação do inadimplemento de ICMS do inadimplemento de tributos diretos.

A diferença entre os tributos diretos e tributos indiretos repassados juridicamente ao consumidor, como ICMS, ficou cristalina no julgamento, com repercussão geral, do RE nº 574.706 e do RE nº 240.785. Os referidos precedentes trataram da retirada do ICMS da base de cálculo de PIS/COFINS.

3 Conselho Nacional de Justiça. CNJ. *Justiça em Números 2019*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 12 jan. 2020.

É crucial, portanto, para que se entenda as decisões proferidas pelo STJ e STF, nos HC n° 399.109 e RHC n° 163.334, respectivamente, compreender a estrutura do ICMS e sua dinâmica de cobrança.

3 ANÁLISE DAS RAZÕES DE DECIDIR DO RHC 163.334 E DO HC 399.109. CORRELAÇÃO COM O JULGAMENTO DO RE 574.706

Como afirmado anteriormente, conhecer as premissas e os princípios que embasam a sistemática de cálculo e cobrança do ICMS é requisito básico para se compreender e analisar a lógica dos argumentos das decisões do STJ e do STF.

A compreensão da dinâmica e dos princípios que regem o ICMS permitirá, ademais, rechaçar argumentos típicos de que a partir do referido julgamento se estaria a criminalizar todo e qualquer inadimplemento de tributo. Nada mais equivocado e falacioso, conforme se provará ao longo deste artigo.

3.1 A sistemática de cálculo e cobrança do ICMS. Princípios da neutralidade econômica e da repercussão legal obrigatória

O ICMS é tributo calculado por dentro do preço da mercadoria e repassado jurídica e economicamente de forma integral ao consumidor. Trata-se de tributo que visa a onerar o consumo e ser neutro do ponto de vista concorrencial.

Sobre o princípio da neutralidade econômica do ICMS, lecionou Ricardo Lobo Torres (2004), que este significa “[...] sob a perspectiva do processo de circulação da riqueza, que não distorce a formação dos preços”.

Ademais, é um tributo sujeito ao princípio da repercussão legal obrigatória, o que denota que a carga econômica do ICMS deve repercutir sobre o contribuinte de fato.

Ainda sobre a neutralidade do ICMS, vale citar lições de Sacha Calmon e Misabel Derzi (2004), tratando sobre o princípio da não-cumulatividade do ICMS:

“É importante notar que tanto o ICMS quanto o IPI não são impostos que devam ser suportados, economicamente, pelo contribuinte de direito (o comerciante ou industrial). São, a rigor, impostos sobre o consumo, não devendo onerar a produção ou o comércio. [...] Aliás, um dos fundamentos mais importantes para a adoção do princípio da não cumulatividade repousa na neutralidade da concorrência[...]

Tais tributos não oneram a força econômica do empresário que compra e vende ou industrializa, porém a força econômica do consumidor, segundo ensina Herting. [...]

Entretanto, não apenas no Brasil, mas em diversos sistemas tributários forâneos, **o legislador abandonou a expressão imposto sobre o consumo para adotar outras**, como imposto sobre operação de circulação, imposto sobre a produção industrial. **Não se trata de uma preocupação técnica, voltada a ajustar o nome ao formalismo jurídico. Antes, por motivos psicológico-tributários, quer-se vincular o imposto ao empresário, tornando-o pouco perceptível aos olhos dos consumidores leigos e não empresários.** (grifos nossos).

Tem-se, portanto, como absolutamente equivocado tentar equiparar do ponto de vista jurídico o ICMS a outros tributos diretos, como Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), Imposto de Renda (IR), Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), entre outros, para afirmar que todos são considerados para a formação do preço, como “custos” ou despesas do produto e que são repassados de uma maneira ou de outra ao consumidor.

Não se discute que todo tributo é repassado, de uma forma ou outra, ao consumidor, por meio do preço. Esse é o repasse econômico. Para saber por qual preço deve vender sua mercadoria, o comerciante coloca na composição do preço seus custos com a produção e obviamente as despesas tributárias que oneram a sua atividade econômica, como IR, IPTU, etc. Esses tributos são despesas já arcadas e que somente serão recuperadas se embutidas no momento da formação do preço, são exações sobre o patrimônio ou renda da própria empresa.

No caso dos tributos indiretos, como o ICMS, o legislador queria tributar o consumo, a capacidade contributiva perseguida, portanto, é a do consumidor, e não a do comerciante. A eleição do comerciante como contribuinte deu-se apenas porque, à época em que formulada a legislação, o meio mais eficiente de se cobrar o imposto sobre o consumo era por meio da imposição de uma obrigação aos comerciantes ou prestadores de serviço.

Já o ICMS incidente na futura venda da mercadoria/serviço não onera, por assim dizer, o comerciante/prestador de serviço, visto que este somente será devido se a mercadoria/serviço for vendida(o). Ademais, seu valor será arcado definitivamente pelo consumidor.

No entanto, da mesma forma que o ICMS não onera o comerciante a ponto de ser considerado uma despesa operacional, o seu ingresso no caixa da empresa não pode ser considerado como receita operacional da empresa que

permita fazer frente ao pagamento de despesas operacionais, como pagamento de salários e fornecedores, entre outros.

Esse aliás foi o fundamento usado pelas empresas no STF para excluir o ICMS da base de cálculo da PIS/COFINS (Vide ADC18, RE 240.785, RE 574.706), alegando, em síntese, que o ingresso do ICMS cobrado do consumidor na venda de mercadoria não configuraria receita da empresa, mas, sim, receita do estado, sendo a empresa mera intermediária entre o consumidor e o Estado no pagamento do ICMS. Foram os próprios contribuintes do ICMS (comerciantes e prestadores de serviços tributáveis) que sustentaram uma espécie de vínculo tributário direto entre o consumidor e o Estado, colocando-os como meros repassadores de receita.

3.2 Da decisão do STF no RE nº 574.706 (Repercussão Geral), RE nº 240.785 e ADC nº 18 e seu impacto sobre o julgamento do RHC nº 163.334 e HC nº 399.109

As próprias empresas reconheceram que o ICMS não é um custo ou despesa operacional da empresa, porque, caso contrário, o ingresso do pagamento do ICMS teria que ser reconhecido como faturamento, para poder ser utilizado no pagamento desses custos/despesas operacionais da empresa.

Note-se que, por ocasião do julgamento do RE nº 240.785, que tratou sobre a incidência de PIS/COFINS sobre o ICMS, o ministro Gilmar Mendes, que restou vencido, chegou a mencionar em seu voto que o ICMS incidente sobre a venda constituiria uma disponibilidade econômica de caixa da empresa, que integraria o preço e que seria empregada consoante discernimento do vendedor.

Esse posicionamento, entretanto, restou vencido, tendo decidido o STF que a receita advinda do pagamento do ICMS pelo consumidor não integra o patrimônio da empresa, não constitui receita da empresa, mas, sim, mero ingresso de caixa, sob pena de se considerar que as empresas faturam ICMS. No RE nº 240.785 sobre o tema, ficou assim decidido:

TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. **O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.** (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001, grifo nosso).

E esse entendimento foi consolidado no julgamento do RE nº 574.706, julgado em 15/03/2017, com repercussão geral (Tema 69), que assim decidiu:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

O mesmo entendimento estava vigente na Medida Cautelar da ADC nº 18, que foi julgada monocraticamente como prejudicada, em face da decisão obtida em Repercussão geral no RE nº 574.706.

Entendeu o STF que não seria possível a incidência de PIS/COFINS sobre o ICMS porque a empresa supostamente não teria disponibilidade sobre aquela receita, já que seria de titularidade do Estado, competindo à empresa o mero repasse.

Por ocasião do julgamento, foi debatido o fato de que admitir que a empresa não tem disponibilidade financeira sobre o ICMS incidente em suas vendas seria mera ficção jurídica, já que, ao transitar pelo caixa da empresa, há recorrentemente utilização desses valores para fazer frente às despesas operacionais.

O ministro Roberto Barroso, de forma muito realista e perspicaz, conhecedor da realidade das procuradorias estaduais, assim disse na ocasião do julgamento:

A verba transferida pelo consumidor ao estabelecimento contribuinte não é carimbada a título de ICMS. Existem diversas possibilidades para o destino do montante pago pelo consumidor, que não envolvem ele ser inteiramente utilizado para quitar o valor de ICMS embutido na mercadoria.

Por exemplo: ele pode utilizar este valor para investir no mercado financeiro até que chegue a data do efetivo recolhimento; ele pode compensar créditos com outras operações do estabelecimento; ele pode simplesmente descumprir obrigação tributária e ficar com o dinheiro.

Nada obstante, o STF entendeu que não haveria essa disponibilidade, que essa receita não poderia ser usada pela empresa, porque de titularidade exclusiva do Estado.

Cabe mencionar trecho do voto da ministra relatora Carmen Lúcia, em que cita o entendimento de Roque Antônio Carrazza, advogado dos contribuintes no tema:

O punctum saliens é que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS leva ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos destes tributos “faturam ICMS”. A toda evidência, eles não fazem isto. **Enquanto o ICMS circula por suas contabilidades, eles apenas obtêm ingressos de caixa, que não lhes pertencem, isto é, não se incorporam a seus patrimônios, até porque destinados aos cofres públicos estaduais ou do Distrito Federal.** Reforçando a ideia, cabe, aqui, estabelecer um paralelo com os clássicos ensinamentos de Aliomar Baleeiro acerca dos “ingressos” e “receitas”. (grifo nosso).

Seria uma contradição lógica inadmissível que o ICMS fosse excluído da base de cálculo de PIS/COFINS por não ser receita de titularidade da empresa, mas que não se considerasse espécie de apropriação indébita tributária (art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90) a utilização desse montante para pagamento de despesas diversas da empresa.

Ora, se o ICMS nunca foi um custo ou despesa operacional da empresa, porque onera exclusivamente o consumidor, se a receita advinda do ICMS não é da empresa, como elas alegam nos RE nº 240.785, nº 574.706 e ADC nº 18, como não vislumbrar dolo deliberado de apropriação indébita na conduta de cobrar o ICMS do consumidor no preço da mercadoria e não o repassar ao Estado?

Há dolo deliberado de apropriar-se de quantia de terceiro e lesar o Estado e a sociedade quando a empresa cobra o ICMS e não repassa ao Estado. Se a receita que advém do pagamento do ICMS pelo consumidor não tem correspondente despesa operacional, configura-se mero ingresso momentâneo de caixa, a sua utilização para pagamento de despesas com pessoal, com fornecedores, configura indevido, ilegal e imoral financiamento público de atividade privada. Financiamento esse que se dá em detrimento de toda sociedade, que depende da arrecadação dos impostos para ser atendida na prestação dos serviços públicos básicos.

Curiosamente, porém, os argumentos na esfera penal para afastar a tipificação do crime do art. 2º, II, da Lei 8.137/90 partem sempre da premissa de que o não recolhimento do ICMS incidente sobre vendas não tem intenção de lesar o Estado, porque decorreu da utilização da receita advinda do ICMS para pagamento de dificuldades financeiras da empresa em despesas operacionais, seja pagamento de salários ou de fornecedores. Uma espécie de argumento de “piedade” com as empresas, que permite uma evasão fiscal perniciosa e custosa a toda sociedade, que sofre gravemente os efeitos da crise fiscal dos Estados.

Após o julgamento em repercussão geral do RE n° 574.706, que tratou de ICMS próprio, não cabe mais aqui a diferença formal de que no caso do ICMS o contribuinte de direito é o comerciante e, portanto, não haveria que se falar em apropriação indébita,

Caso contrário estar-se-ia a admitir duplo locupletamento ilícito por parte do comerciante, que, além de não ter recolhido o ICMS cobrado e arcado pelo consumidor para fazer frente a outras despesas que não o repasse ao Estado, ainda poderá excluir aquele ICMS declarado e não pago da incidência de PIS/COFINS.

3.3 Da qualificação contábil dos impostos sobre vendas e da utilização de artifício violador da livre concorrência e da ordem tributária

Toda empresa em sua gestão deve seguir regras contábeis referentes à escrituração de seus livros fiscais seja para fins gerenciais, seja para fins tributários. Essas normas cogentes de gestão e escrituração dos livros fiscais devem ser observadas por todas as empresas, para fins de conferir veracidade e fidedignidade às demonstrações contábeis.

Um evento econômico não pode ser apreendido pelos livros contábeis da empresa da forma que lhe interessar, mas, sim, segundo normas.

Nesse sentido e pensando na transparência das demonstrações contábeis brasileiras, inclusive para permitir a atração do capital estrangeiro, foi criado o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), por meio da Resolução CFC n° 1.055/05. O CPC tem como objetivo:

[...] o estudo, o preparo e a emissão de Pronunciamentos Técnicos sobre procedimentos de Contabilidade e a divulgação de informações dessa natureza, para permitir a emissão de normas pela entidade reguladora brasileira, visando à centralização e uniformização do seu processo de produção, levando sempre em conta a convergência da Contabilidade Brasileira aos padrões internacionais.

Essa entidade central emite pronunciamentos contábeis que vinculam os profissionais de contabilidade e as empresas sobre os mais diversos temas.

Assim, sobre o tema receitas, a referida entidade possui o Pronunciamento Conceitual Básico CPC n° 30, que em seu item 7 define a receita como sendo “[...] o ingresso bruto de benefícios econômicos durante o período **prove-niente das atividades normais de uma entidade que resultam no aumento do Patrimônio Líquido**, porém, não se relacionam ao aumento de capital promovido pelos acionistas” (grifo nosso).

O mesmo CPC 30, no item 8, menciona que

[...] a receita inclui somente os ingressos originários de suas próprias atividades. As quantias cobradas por conta de terceiros – tais como tributos sobre vendas, tributos sobre bens e serviços e tributos sobre valor adicionado não são benefícios econômicos que fluam para a entidade e conseqüentemente não resultam em aumento do patrimônio líquido. Portanto, são excluídos da receita.

Desse modo, a contabilização das vendas deverá ser feita por seu valor bruto, inclusive impostos, sendo que tais impostos, as devoluções e abatimentos deverão ser registrados em contas devedoras específicas, as quais serão classificadas como contas redutoras de vendas.

Sobre o tema, o livro *Curso de Contabilidade para gestores, analistas e outros profissionais*, de Márcio Luiz Borinelli e Renê Coppe Pimentel, assim dispôs:

Após a receita bruta vem, em seguida, uma conta redutora chamada de “dedução da receita bruta”. Dentro dessa conta estão as vendas canceladas, os abatimentos e os impostos incidentes sobre as vendas. **Essas contas são subtrações da receita bruta e diferem, substancialmente, de custos e despesas, porque normalmente, não representam sacrifício e esforços feitos pelas organizações. Por exemplo, quando uma montadora de veículos vende um produto, a empresa inclui o IPI e, logo em seguida, exclui, já que o IPI não é um sacrifício da empresa, mas, sim, é um imposto pago pelo comprador. [...] Nota-se que a receita líquida é o valor resultado do esforço produtivo e de vendas da empresa; é esse, efetivamente, o valor que ela dispõe para cobrir todos os custos e despesas, pois o valor da receita bruta total não é de exclusividade da organização, uma vez que parte dele é pertencente ao governo. Assim, após deduzida a parcela que cabe ao governo, bem como o valor das devoluções e abatimentos, têm-se o valor efetivo das vendas para fazer frente aos custos e despesas.** (p. 153, grifos nossos).

Fica claro, portanto, que o ICMS, ao contrário de outros tributos embutidos no preço como custo do produto ou despesa operacional, não afeta esse cálculo operacional da empresa e não altera a eficiência da empresa. Não deturpa, portanto, a concorrência, sendo, por isso mesmo, neutro.

As empresas devedoras contumazes do ICMS, entretanto, gozam de uma vantagem concorrencial desleal, pois fazem um financiamento de sua atividade com o dinheiro público que seria destinado ao pagamento do ICMS.

Assim, essas empresas devedoras contumazes têm a sua disposição além do lucro bruto, o valor do ICMS cobrado e arrecadado do consumidor e não

repassado para o Estado, para utilizar na expansão de suas atividades ou mesmo reverter em proveito dos proprietários das empresas.

Desse modo, o ICMS que é um imposto que se pretende neutro e incidente sobre o consumo, quando cobrado do consumidor, devidamente pago e não recolhido ao Estado, passa a ser utilizado como instrumento de falseamento da concorrência. Esta prática, caracteriza ainda violação à livre concorrência, conforme artigo 36, I da Lei 12.529/2011.

Não compete à sociedade, representada pelo Estado, financiar a ineficiência das empresas. Ademais, se não há uma punição exemplar ao devedor contumaz, que declara e não paga ICMS de forma estratégica, o concorrente de mercado dele, que recolhe devidamente os tributos, terá uma desvantagem desleal na competição do mercado, sendo praticamente induzido a adotar prática evasiva semelhante para conseguir concorrer.

Imperioso notar que igualmente não procedem argumentos aventados no bojo dos processos no sentido de que a redação do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90 somente permitiria criminalizar o não repasse de ICMS no caso do ICMS decorrente de substituição tributária, mas não na hipótese de ICMS próprio.

3.4 Da improcedência dos argumentos que pretendem restringir o alcance do art. 2º, inciso II da Lei 8.137/90 aos casos de não recolhimento de ICMS-ST

A redação da Lei 8.137/90 fala que constitui crime “[...] deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de **sujeito passivo** de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos” (grifo nosso).

O CTN classifica como sujeito passivo (art. 121) o contribuinte e o responsável. Daí porque a interpretação de que o artigo só contempla a hipótese do responsável tributário que deixa de repassar o tributo do substituído tributário, feita por uma parte da doutrina, não se sustenta, porque restringe o alcance normativo da lei, indevidamente.

Nesse contexto, é certo que não cabe ao intérprete defender que a conduta típica em tais casos seria apenas a do substituto tributário, de modo a excluir a tipicidade das condutas de contribuintes do tributo que retenham os valores de ICMS recebidos em operações próprias.

É que o legislador não fez nenhuma distinção nesse sentido, o que, pela legalidade penal, afasta eventual discricionariedade do aplicador da norma em punir somente os substitutos tributários ou somente os contribuintes do

imposto por operação própria pela prática da figura típica prevista no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90.

Não há que se abrandar tal regra. Uma vez inobservado o dever legal de transferência dos tributos recebidos, há a materialização do tipo penal, seja o agente substituto tributário seja contribuinte do imposto por operação própria.

O tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, dispensa elemento subjetivo específico, exige apenas o ato voluntário de deixar de repassar aos cofres públicos o valor do tributo descontado ou cobrado de terceiro na condição de sujeito passivo da obrigação. Trata-se de jurisprudência pacífica do STJ. A hipótese é de delito formal.

À evidência, o dolo é genérico e consiste na conduta de receber o tributo de terceiro e deixar de transferi-lo ao Estado (dolo de *non facere*). Não há mero inadimplemento tributário. A opção legislativa é pela penalização de conduta para evitar a prática de não repassar ao fisco valor que integrou o preço da mercadoria e foi descontado de terceiro. A ideia é combater a sonegação fiscal.

Outros argumentos recorrentes usados pelos contribuintes que defendem a criminalização da conduta de declarar e não pagar ICMS somente quando se tratar de ICMS-ST e não ICMS próprio são os seguintes:

- a) a conduta no ICMS-ST seria mais grave, porque o tributo não repassado ICMS-ST era de responsabilidade de terceiro e este arcou com o ônus econômico e poderá sofrer (em tese) consequências jurídicas do inadimplemento;
- b) o consumidor não é contribuinte de ICMS e por isso não se poderia falar em tributo “cobrado” ou “descontado”.

O primeiro argumento, apesar de muito utilizado por alguns nomes da doutrina penal e tributária e por excelentes ministros, deve ser também analisado de forma sistemática, pela especificidade do ICMS e de acordo com a jurisprudência do STJ sobre substituição tributária.

O STJ, em sede de recurso julgado pelo rito repetitivo, citando lições de Alfredo Augusto Becker, afirmou que a substituição tributária consiste em uma atribuição de responsabilidade tributária que exclui a responsabilidade originária do substituído (comerciante final) e a transfere integralmente ao substituto (distribuidor ou industrial), de modo que o ICMS-ST também é devido única e exclusivamente pelo substituto.

Em caso de inadimplemento da ICMS-ST, quem será cobrado o imposto será exclusivamente o substituto.

Desse modo, em nada se pode diferenciar a hipótese do ICMS próprio e do ICMS-ST para fins de adequação ao art. 2º, II da Lei 8.137/90, já que em nenhuma das hipóteses o consumidor ou o comerciante (substituído) será apenado com o inadimplemento, porquanto a responsabilidade tributária é toda do substituto. Não há diferença ontológica entre as situações. Confira-se o precedente:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. MONTADORA/FABRICANTE (SUBSTITUTA) E CONCESSIONÁRIA/REVENDEDORA (SUBSTITUÍDA). VEÍCULOS AUTOMOTORES.

VALOR DO FRETE. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO QUANDO O TRANSPORTE É EFETUADO PELA MONTADORA OU POR SUA ORDEM. EXCLUSÃO NA HIPÓTESE EXCEPCIONAL EM QUE O TRANSPORTE É CONTRATADO PELA PRÓPRIA CONCESSIONÁRIA. ARTIGOS 8º, II, "B", C/C 13, § 1º, II, "B", DA LC 87/96. ARTIGO 128, DO CTN. APLICAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

[...]

4. O artigo 128, do CTN (cuja interpretação estrita se impõe), dispõe que, sem prejuízo do disposto no capítulo atinente à Responsabilidade Tributária, "a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação".

[...]6. Nesse segmento, Paulo de Barros Carvalho, enfatizando que o substituído permanece à distância, como importante fonte de referência para o esclarecimento de aspectos que dizem com o nascimento, a vida e a extinção da obrigação tributária, consigna que: "A responsabilidade tributária por substituição ocorre quando um terceiro, na condição de sujeito passivo por especificação da lei, ostenta a integral responsabilidade pelo quantum devido a título de tributo. Enquanto nas outras hipóteses permanece a responsabilidade supletiva do contribuinte, aqui o substituto absorve totalmente o debitum, assumindo, na plenitude, os deveres de sujeito passivo, quer os pertinentes à prestação patrimonial, quer os que dizem respeito aos expedientes de caráter instrumental, que a lei costuma chamar de 'obrigações acessórias'. Paralelamente, os direitos porventura advindos do nascimento da obrigação, ingressam no patrimônio jurídico

do substituto, que poderá defender suas prerrogativas, administrativa ou judicialmente, formulando impugnações ou recursos, bem como deduzindo suas pretensões em juízo para, sobre elas, obter a prestação jurisdicional do Estado.” (In “Direito Tributário - Fundamentos Jurídicos da Incidência”, Ed. Saraiva, 4ª ed., 2006, São Paulo, págs. 158/177)

7. Consequentemente, “o tributo é indevido pela concessionária nesse caso, não por que houve sua incidência na operação anterior, mas, antes, porquanto em sendo o regime da substituição tributária, técnica de arrecadação, e sendo uma das características da técnica a consideração presumida da base de cálculo, nas hipóteses em que um dos dados que a integram não se realiza na operação promovida pelo substituído, **deve o Fisco buscar a diferença junto ao substituto.**

Com efeito, cobrando o valor faltante do substituído, como faz o requerido, está considerando como sujeito passivo quem não figura na relação jurídico-tributária.” (REsp 865.792/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 23.04.2009, DJe 27.05.2009).

8. É que a responsabilização da concessionária (substituída) pelo ICMS referente à não inclusão pelo substituto do valor do frete (que este último não realizara) na base de cálculo do imposto, à luz da Cláusula Terceira, § 3º, do Convênio ICMS 132/92, conspira contra a ratio essendi da sistemática da substituição tributária progressiva. Isto porque a exigência do valor “remanescente” do substituído contraria a sujeição passiva atribuída integralmente ao substituto (montadora), este, sim, integrante da relação jurídica tributária.

9. [...]Natureza da relação jurídica entre substituto e substituído [...] Todo o problema referente à natureza das relações jurídicas entre substituto e substituído resolve-se pelas três conclusões adiante indicadas. O fundamento científico-jurídico sobre o qual estão baseadas as três conclusões foi exposto quando se demonstrou que a valorização dos interesses em conflito e o critério de preferência que inspiraram a solução legislativa (regra jurídica) participam da objetividade da regra jurídica e não podem ser reexaminados, nem suavizados pelo intérprete sob o pretexto de uma melhor adequação à realidade econômico-social.

As três referidas conclusões são as seguintes: Primeira conclusão: Não existe qualquer relação jurídica entre substituído e o Estado. O substituído não é sujeito passivo da relação jurídica tributária, nem mesmo quando sofre a repercussão jurídica do tributo em virtude do substituto legal tributário exercer o direito de reembolso do tributo ou de sua retenção na fonte.

Segunda conclusão: Em todos os casos de substituição legal tributária, mesmo naqueles em que o substituto tem perante o substituído o direito de reembolso do tributo ou de sua retenção na fonte, o único sujeito passivo da relação jurídica tributária (o único cuja prestação jurídica reveste-se de natureza tributária) é o substituto (nunca o substituído).

Terceira conclusão: O substituído não paga 'tributo' ao substituto.

A prestação jurídica do substituído que satisfaz o direito (de reembolso ou de retenção na fonte) do substituto, não é de natureza tributária, mas, sim, de natureza privada.

[...] 150. Inexistência de relação jurídica entre substituído e Estado A inexistência de qualquer relação jurídica entre substituído e Estado é conclusão que decorre facilmente das duas premissas já analisadas. Primeira: embrião e conceito do substituto legal tributário. Segunda: natureza da relação jurídica entre substituto e substituído.

[...] (Alfredo Augusto Becker, in "Teoria Geral do Direito Tributário", Ed. Noeses, 4ª ed., 2007, São Paulo, págs. 581/586 e 595/601) 10. Impende ainda ressaltar que a transportadora não tem qualquer vinculação com o fato gerador do ICMS incidente sobre a comercialização de veículos, o que reforça a tese de que não subsiste qualquer saldo de imposto a ser cobrado da concessionária que contratou o serviço de transporte.

11. Ademais, o artigo 535, do CPC, resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

12. Recurso especial provido, para declarar a inexigibilidade da cobrança de complementação da base de cálculo do ICMS da concessionária de veículos, invertendo-se o ônus de sucumbência.

Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 931.727/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 14/09/2009, grifos nossos).

No tocante ao segundo argumento, qual seja, a afirmação de que o termo cobrado constante do art. 2º, inciso II da Lei 8.137/90 estaria sendo interpretado de forma vulgar, já que o consumidor não é cobrado ICMS, e, sim, o preço da mercadoria, cabe igualmente rememorar a sistemática constitucional do ICMS.

O termo “cobrado” é recorrente na legislação tributária, seja na Constituição, seja na Lei Complementar nº 87/96, quando se trata da técnica da não cumulatividade e do direito ao crédito. Desse modo, a interpretação do termo “cobrado” deve ser feita em consonância com a sua utilização nesses diplomas normativos, de forma sistêmica e harmônica.

A Constituição quando fala sobre o princípio da não-cumulatividade no art. 155, § 2º, inciso I, usa o mesmo termo “cobrado” quando dispõe:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços *com o montante cobrado* nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; (grifo nosso).

De igual modo o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, ao tratar do direito de crédito assim, dispôs:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é **assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado** em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação. (grifo nosso).

Obviamente que o termo “cobrado” se refere à operação em que o comerciante figura como consumidor de mercadoria ou matéria-prima de seu fornecedor e paga dentro do preço da mercadoria o ICMS. ICMS este que futuramente lhe gerará crédito. Nessa hipótese, o ICMS é responsabilidade do produtor que vende a matéria-prima (contribuinte de direito), mas curiosamente nessa hipótese o comerciante entende que ele é, sim, cobrado o ICMS, e não apenas o preço da mercadoria, já que ser cobrado ICMS é condição para o aproveitamento do crédito. Esse fato está a demonstrar como um mesmo termo é interpretado diferente de acordo com a vontade do leitor.

De igual modo, se o consumidor é apenas cobrado o preço da mercadoria, em que estariam embutidos todos tributos e custos, o que justifica a sua

exclusão do faturamento e base de cálculo de PIS/COFINS, tal qual veementemente defendido por inúmeros tributaristas pátrios no RE 574.706?

Não há como conciliar as duas teses, sem incorrer em contradição, com a máxima vênia aos que pensam diversamente.

O entendimento de que o ICMS é um imposto sobre o consumo, neutro e que não onera uma riqueza do comerciante é essencial para compreensão da necessidade de se conferir um tratamento diferenciado na esfera penal ao devedor de ICMS declarado e não pago.

4 CONCLUSÃO

A análise detalhada dos argumentos que fundamentaram o julgamento do RHC nº 163.334 e do HC nº 399.109 no STF e STJ, respectivamente, permite concluir que as referidas decisões se mostraram condizentes com os princípios e regras que regem o ICMS, que foi concebido como um imposto neutro e incidente sobre o consumo.

Ademais, o STF manteve a coerência com o que fora decidido no bojo do RE nº 574.706, em repercussão geral. No referido precedente, o STF, por maioria, concluiu que o ICMS não integraria a base de cálculo de PIS/COFINS, por não ser receita das empresas, mas mero ingresso de caixa sobre o qual as empresas não teriam disponibilidade, já que pertencente a terceiro (Estado).

Assim, parece haver uma contradição lógica inaceitável admitir que o não recolhimento desse ICMS, sobre o qual os comerciantes alegaram não ter disponibilidade, seria mero inadimplemento e não configuraria o crime do art. 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90, popularmente nominado como apropriação indébita tributária.

Ao declarar, cobrar e não recolher o ICMS próprio ou por substituição tributária, o comerciante ou prestador de serviço deturpa toda a lógica desse tributo indireto, elaborado para onerar única e exclusivamente a força econômica do consumidor, e acaba por financiar suas ineficiências operacionais ou sua expansão comercial às custas da sociedade.

Essa conduta agrava de forma séria a regressividade do tributo, aumentando ainda mais as desigualdades sociais, além de tornar inviável a prestação de direitos sociais fundamentais por parte do Estado.

Há ainda uma grave consequência no não repasse do ICMS que é a violação à livre concorrência. Se o ICMS é um tributo neutro, que pretende não deturpar a formação de preços, o empresário que se apropria do montante pago

a título de ICMS pelo consumidor obtém vantagem concorrencial ilícita em relação ao concorrente que honra seus compromissos fiscais com os Estados.

Igualmente, não subsistem a um maior exame os argumentos no sentido de que o Direito Penal estaria sendo usado com mera função arrecadatória e punindo-se o inadimplemento civil. O bem jurídico tutelado pelo art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 é uma ordem tributária e econômica justa e equilibrada, sem a qual não é possível se garantir a livre iniciativa e o Estado Social de Direito.

Inclusive, justamente para evitar o argumento de que se estaria a punir todo e qualquer inadimplemento, o STF decidiu, conforme tese elaborada pelo ministro relator Roberto Barroso, aprovada por 9 votos a 1, que somente seria passível de enquadramento penal a conduta reiterada de inadimplemento, em que ficasse provado o dolo de apropriação. Ou seja, não se estaria a punir aquele que tenha esquecido por descuido de um pagamento ou aquele que não tenha recolhido ao Estado o ICMS, porque efetivamente não recebeu pelo preço da mercadoria ou por qualquer outro motivo de força maior devidamente provado no caso concreto. Nada obstante, aquele contribuinte que fazia do não pagamento de ICMS uma praxe e, com isso, lesava a sociedade e a concorrência, de forma desleal, não mais poderá arguir em seu favor a defesa de ser apenas um mero devedor. O STF e o STJ acabaram, portanto, com a impunidade fiscal e tributária que vigorava para esse devedor contumaz.

As decisões do STJ e STF nos HC nº 399.109 e RHC nº163.334 aplicaram, portanto, de forma ponderada e coerente o Direito Penal. Promoveram correção de distorções importantes no sistema jurídico, extirpando a impunidade fiscal e penal antes existente para os devedores contumazes, sem, no entanto, criminalizar todo e qualquer inadimplemento de ICMS.

Por fim, diante do novo paradigma penal e tributário instaurado pelas decisões, entende-se que a Súmula nº 430 do STJ resta revogada, ainda que parcialmente, no tocante ao inadimplemento de ICMS, permitindo, assim, a responsabilização pessoal, nos termos do art. 135, III, do CTN, dos gerentes e administradores de empresa que utilizem o não pagamento reiterado de ICMS como modelo de negócio.

A PGDF pode se orgulhar de ter sido parte ativa dessa mudança jurisprudencial, que representou uma vitória para a sociedade.

5 REFERÊNCIAS

BORINELLI, Márcio Luiz; PIMENTEL, Renê Coppe. *Curso de Contabilidade para gestores, analistas e outros profissionais*. São Paulo; Atlas, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. ICMS não cumulatividade e temas afins. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *O princípio da não cumulatividade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2004 (Pesquisas tributárias, Nova Série, 10). p. 105–138.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da não cumulatividade e o IVA no direito comparado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *O princípio da não cumulatividade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2004 (Pesquisas tributárias, Nova Série, 10). p. 139–170.

_____. Conselho Federal de Contabilidade. *Resolução 1.055, de 7 de outubro de 2005*. Disponível em https://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/Res_1055.pdf, acesso em 25/09/2020.

_____. *Decreto 3.000, de 26 março de 1999*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3000.htm.

_____. *Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em 29/02/2020.

_____. *Lei 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 25/09/2021.

_____. *Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp87.htm. Acesso em 25/09/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus, HC 399.109/SC*. Relator Ministro Rogério Schietti, julgado em 22/09/2018, DJe 31/08/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 931.727/RS*, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 14/09/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1299303/SC*, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.598.005/SC*, Relator Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2018, DJe 18/09/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp 1.643.858/SC*, Relatora Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 23/05/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 430*. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_41_capSumula430.pdf, Acesso em 25/09/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, DF*, Relator Min. Celso de Mello, Julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus*, RHC 163.334 SC. Relator Min. Roberto Barroso. DJE 03/02/2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5562955>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário RE 574.706/PR*, Relatora Min. Carmen Lúcia, DJE 02/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário RE 240.785*, Relator Min. Marco Aurélio, DJE 16/12/2014.

ADPF 357: O FEDERALISMO COOPERATIVO E O FIM DA PREFERÊNCIA DA UNIÃO NO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Diego Jorge Tenório Tavares¹

Resumo: Este artigo tem por objetivo demonstrar a importância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 357 nesse atual contexto de hegemonia da União em relação aos demais entes da federação brasileira. O texto tem início com um esboço da teoria do federalismo, abordando o traçado histórico e suas principais características. Em seguida, passa-se à análise da Constituição de 1988, quando se registram os propósitos de construção de um federalismo cooperativo, de equilíbrio. Finalmente, demonstram-se a concentração de poder em torno da União e o quão oportuno é o julgamento procedente da referida ADPF.

1 INTRODUÇÃO

O constituinte originário reestruturou a federação brasileira não apenas ao inserir os municípios no rol de entes políticos, mas ao prever de forma expressa a cooperação entre eles. Pelo novo panorama, União, Estados e Municípios se articulariam sem hierarquia. E irmanados no sentimento nacional, construiriam, juntos, uma sociedade mais justa e igualitária. A palavra de ordem da federação é esta: cooperação.

Em contextos de crise econômica, entretanto, a União concentra a maior parte das receitas, e os entes subnacionais são artífices de uma guerra fiscal na busca por sobrevivência. Os conflitos federativos assomam à pauta da Suprema Corte, o que agita o debate sobre a eficácia do modelo de integração brasileiro.

A proposta deste estudo é, de forma sumária, demonstrar os privilégios do ente federal e reverberar a importância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 357, que catalisou a esperança de outros vinte Estados para, no tocante à recuperação do crédito tributário, expurgar do ordenamento a hierarquia entre os entes de direito público.

1 Bacharel em Direito e em Ciências Militares. Especialista em Direito Processual Civil. Procurador do Distrito Federal, lotado na PROPREC. E-mail: diego.jorge@pg.df.gov.br.

O primeiro tópico conterá uma digressão histórica, expondo os modelos clássico e cooperativo, além das características da forma federativa de Estado. No segundo tópico, será feita uma sumária análise da Carta de 1988. Finalmente, serão comentadas as principais questões de direito envolvendo a ADPF n° 357, gestada nesta Casa Jurídica.

2 ESBOÇO DO FEDERALISMO

2.1 Concepção histórica dos paradigmas dual e cooperativo

Do ponto de vista formal, o exemplo genuíno da forma federal se deu nos Estados Unidos, a partir da Constituição de 1787 (HORTA, 2000). Da aglutinação de treze Estados independentes (antigas colônias inglesas), então tangenciados por uma Confederação, prestigiou-se um sistema que, além das regras gerais visando a uniformizar a nação, mantivesse os costumes e diversidades locais, fosse pelas assembleias nas comunas, fosse pela legislatura do Estado (TOCQUEVILLE, 1987).

O modelo federal emergiu do espírito democrático da época, do afã de controlar o poder, evitando arbítrios das autoridades e preservando as identidades regionais². Àquela ocasião, foram publicados 85 artigos, assinados por Publius e confinados na obra *Os Artigos Federalistas*. Do emblemático artigo 51, infere-se que, nas grandes nações, a forma federativa é a mais adequada, pois, além de manter íntegro o território, é capaz de legitimar o poder no seio da própria sociedade (MADISON; HAMILTON; JAY, 1999).

Seguindo essa perspectiva, Horta (2001) destacou a conexão do federalismo com a liberdade, já que havia sido a fórmula primeira de protesto contra a presença desmedida do Estado na vida em sociedade. Há, por assim dizer, um componente revolucionário na aliança federativa clássica, que teve o condão de transformação do *status quo* (SILVA, 2003).

Do paradigma norte-americano, viu-se um enlace que uniu estados (*foedus*) a um novo Estado (MORAES, 2009). Conferiu-se “vida própria” às entidades federativas, sem se dissolver, contudo, o laço imanente a todo Estado. Eis o federalismo dual, surgido na fase liberal do Estado. A distribuição de competências deu-se de uma forma estanque: à União se reservavam os poderes enumerados; aos Estados, os remanescentes.

2 Sobre o tema, Arendt (2011) enunciou a correlação entre a federação e a separação de poderes no governo. No dizer da filósofa, esta era a consequência mais importante dessa forma de Estado.

Na década de 30, o Estado Social demandava atuação comissiva do Poder Público. Era preciso repartir os ônus das políticas sociais, donde a reserva aos Estados de um campo próprio de competências e a atuação em condomínio legislativo com a União (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010). Inaugura-se, assim, o federalismo moderno, de cooperação (HORTA, 1996): a União edita as normas gerais, enquanto os Estados-Membros aperfeiçoam os temas de acordo com as suas peculiaridades.

Para Horta (2001), a forma mais perfeita desse modelo foi atingida com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Nesse caso, havia a necessidade de intermediar o diálogo entre segmentos distintos, ainda mais na década de 90, quando a República Democrática Alemã foi incorporada à República Federal Alemã (HORBACH, 2017). Por prestigiar instrumentos de atuação conjunta, o federalismo calhou em cenários de desigualdade.

O fato é que, entre os escopos dual e cooperativo, “[...] a organização federativa seduziu a muitas nações, ao se organizarem constitucionalmente nos séculos XIX e XX” (MOREIRA NETO, 1988).³ Ranieri (2013) ensinou que a forma federal é a mais utilizada pelos Estados atualmente, a despeito de, na Europa, ser notável a adoção do modelo unitário.

2.2 Características do federalismo

Há lugares-comuns na teoria da federação. E o primeiro deles é a autonomia política e administrativa da União e Estados-Membros (ALMEIDA, 2013). A esses entes, é assegurada a prerrogativa de criar e executar suas leis (autolegislação), de gerir sua máquina e eleger seus governantes (autoadministração e autogoverno), além de, no tocante aos Estados-Membros, garantir-se uma ordem constitucional própria (autonormatização). Assim, existem, no território do Estado Federal, em princípio, duas ordens constitucionais, que não se chocam, e devem funcionar em harmonia (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

3 Sobre o tema, Dallari (2013) apontou duas justificativas para a preferência pelo Estado Federal: a necessidade de fortalecimento dos Estados (fala-se aqui em Estados soberanos), já que, sozinhos, é mais difícil manter uma sólida estrutura militar e custear uma crescente rede de serviços públicos; e a preservação dos particularismos, pois o pacto não extingue os valores próprios e demais características das unidades integradas. Nesse sentido, Ferreira (2001) lecionou que o modelo em pauta é indispensável para países de grande extensão territorial e com vasta diversidade de condições naturais, haja vista que se está diante de um Estado composto, divisível em diversas partes internas, unidos entre si por um vínculo de sociedade.

Ao se argumentar que o federalismo mantém a unidade dialética (HORTA, 1996), preservando o todo na diferença entre suas partes, somente por meio de uma Constituição rígida essa unidade é alcançada. Vale dizer, é imprescindível a um Estado federal um diploma rígido e no qual o princípio federalista figure como cláusula pétrea, insuscetível de abalo por reformas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010). Nesse pacto político, tampouco deve existir direito de secessão, de forma que o laço federativo seja irrevogável, protegido por norma expressa.

Outra marca do federalismo é a repartição de competências. Indispensável que se tenha um campo de competências próprias, definindo objetos possíveis de regulação, de modo a efetivar a autonomia. Esses dois vetores aqui tratados (competência e autonomia) são os pilares estruturantes da federação (BARROSO, 2000).

Não se pode prescindir, ainda, de um Tribunal que arbitre os conflitos federativos. No Brasil, particularmente, esse ofício fora confiado constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal (STF) (art. 102, I, "f", CF/88).

Outro ponto que caracteriza a federação é a participação dos Estados-Membros na formação da vontade federal. Isso se vê, por exemplo, com a instituição do Senado; com a possibilidade de eleição do Chefe do Executivo pela via indireta – quando colégios eleitorais de congressistas elegem o Presidente; e por meio da modificação da Constituição Federal por obra de representantes estaduais (ALMEIDA, 2013).

A última característica do Estado Federal é a repartição de rendas. A divisão de receitas serve para confirmar, na prática, a condição autônoma dos entes menores. Seria inútil deter uma carteira de competências sem um lastro financeiro correspondente.

Feitas essas considerações, passa-se à apreciação do federalismo brasileiro.

3 O FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1 A previsão constitucional

Antes de passar à Constituição de 1988, vale dizer que a experiência federativa brasileira foi pendular, de avanço e retrocesso. Se em 1934 foi projetado um federalismo de equilíbrio, com um rol de competências concorrentes, em 1937, a participação dos Estados nesse condomínio foi reduzida, além de ter se tornado praxe a subtração de receitas dos entes menores (LEAL, 2012). A Constituição de 1946 reverdeceu o sentimento de arranjo entre as entidades

políticas, ao implantar uma pauta regional, calcada na colaboração financeira (HORTA, 1996). Mas a Carta de 1967 tornou proeminente a figura da União e representou a “[...] centralização política no mais alto grau que se poderia conceber no período republicano” (HORTA, 1996).

A Constituição de 1988 veio para recompor a equação federativa. Inspirada na doutrina do *pouvoir municipal*, difundida pelos publicistas dos séculos XVIII e XIX, a atual Lei Maior confere à autonomia municipal “[...] uma dignidade federativa jamais lograda no direito positivo das Constituições antecedentes” (BONAVIDES, 2015).

Demais disso, destacou a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios na cabeça dos artigos 25, 32 e 29 e vedou, expressamente, a preferência entre os entes (artigo 19, III). Esse último dispositivo instaurou de vez a paridade federativa (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014), rompendo com a primazia da União, marca primeira da antiga Carta.

Sob influência da Lei Fundamental de Bonn (ALMEIDA, 2013) e operacionalizando os clamores por maior cooperação entre os entes, previu-se um elenco de competências materiais comuns e legislativas concorrentes (artigos 23 e 24), sendo dado aos Estados e Municípios complementar as diretrizes superiores, as ideias-princípio editadas pela União, de acordo com suas realidades respectivas (HORTA, 2001). Finalmente, elencou o princípio federativo como uma de suas cláusulas pétreas (art. 60, §4º, I).

Como sói reconhecer, a intenção do constituinte foi mesmo consagrar a igualdade federativa, a autonomia dos entes e, sobretudo, a cooperação, visando ao soerguimento de uma sociedade justa, a teor dos artigos 3º e 170 da Carta Política. É preciso, contudo, escutar a eficácia jurídica desse arcabouço.

3.2 Sobre os desequilíbrios do pacto federativo

O primeiro aspecto a revelar dissonância na própria norma posta é a autonomia dos Estados-Membros. Silva (2014) apontou uma incoerência no artigo 25, quando estabelece que estes serão regidos “pelas Constituições e leis que adotarem”, mas devem observar os princípios da Carta Federal.

E sobre o tema dos princípios, especificamente, Leony (2012) observou que o STF agasalha um sem-número de princípios indeterminados, que vai de encontro à conclamada autonomia. Discorrendo sobre o “princípio” da simetria de forma detida, ele registrou o seguinte: ao deparar-se com situações sem regras expressas na Constituição estadual, o Supremo tem estendido, reiteradamente, as regras do plano federal. Nesse particular, o doutrinador alerta para a falta de critério objetivo, além da “unilateralidade interpretativa”,

uma vez que apenas os Estados se sujeitam ao modelo da União, e nunca o contrário (LEONCY, 2014).

Aragão (2010) também denunciou a cultura pró-federal, em detrimento dos demais entes. Analisando as cláusulas contratuais regentes dos empréstimos, o jurista advertiu que as garantias sempre recaem sobre receitas vitais, imprescindíveis (repasses, *royalties* ou até mesmo tributos), e o abuso, diz ele, repousa na metodologia de cálculos, formulados pela União sem participação dos devedores. Nessa senda, de superioridade da União, cita ainda o artigo 160, parágrafo único, da Constituição: o fato de aquela reter créditos de repasse constitucional sem a intimação do devedor representa uma violência federativa, uma intervenção às avessas, pois compromete os serviços públicos dos entes subnacionais sem a observância do devido processo. É como se a União, ele arrematou, dispusesse de uma cláusula geral de autoexecutoriedade.

É relevante acrescentar a prerrogativa da União em conceder isenções e benefícios fiscais e, com isso, reduzir o Fundo de Participação dos Estados e Municípios. Como tais verbas são a única fonte considerável de renda da maioria dos entes menores (BARROSO, 2000), o que se vê é a política partidária nacional atropelando a mensagem cooperativa⁴.

Vem a calhar o escólio de Moreira Neto (1988), que comparou a quantidade de incisos no artigo 22, das competências privativas (29), com a lista das concorrentes (dezesseis). Essa diferença levou Moraes (2009) a vociferar contra a desmedida concentração de matérias, quase a totalidade a ser regulada⁵.

No terreno da jurisprudência, decisões do Supremo validavam esse consciente coletivo, de cultura pró-federal, de prioridade e escalonamento. Para comprová-lo, basta se fiar no abalizado estudo de Tavares (2008): de dezessete decisões da Corte sobre conflitos federativos, apenas cinco foram favoráveis às leis estaduais; as doze restantes, inconstitucionais, seja porque ostentavam caracteres de norma geral, seja porque as leis usurpavam competências privativas da União.

Em fechamento dos desequilíbrios do modelo cooperativo (que não esgota a questão e não desconhece a guerra horizontal do Imposto sobre

4 RE 705423, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-020 DIVULG 02-02-2018 PUBLIC 05-02-2018 – Tema 653 da sistemática de repercussão geral

5 Em igual sentido, Almeida (2013) apontou para o exagero em se prever nesse elenco as competências dos incisos XX e XXIX (consórcios e propaganda comercial). Isso porque, argumentou a doutrinadora, estes seriam temas de competência concorrente (produção e consumo e responsabilidade por dano ao consumidor, incisos V e VIII, do artigo 24, respectivamente).

Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), por exemplo⁶), cabe registrar a repartição do bolo tributário. Barroso (2000) enunciou a generosidade da Carta atual, que reduziu, no plano ideal, o percentual da União (de 69,2% para 57,8%) e aumentou o montante dos Estados e Municípios (22,2% para 26,4%; e de 8,6% para 15,8%, respectivamente). Ao se analisar a dimensão real, contudo, verifica-se um hiato: em 2012, por exemplo, aos cofres da União foi destinado aproximadamente 70% de toda massa de valores (GOMES, 2015). Esse patamar foi mantido até 2018 (LIMA, 2020), o que torna corrente o escólio de Machado (2014): “[...] voltamos a ser um Estado Unitário, tamanha é a concentração do poder de tributar em mãos da União”.

O contexto do ajuizamento da ADPF n° 357, portanto, é de uma igualdade quebradiça: a União é figura de proa; demais entes, em naufrágio.

4 A ADPF 357: O PRIVILÉGIO DA UNIÃO QUANTO AO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O artigo 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN) e o artigo 29, parágrafo único, da Lei n° 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais – LEF) previam uma hierarquia na recuperação do crédito tributário: se o sujeito passivo da execução fiscal tem débito com mais de uma pessoa jurídica de direito público, a União estaria à frente do concurso de preferência; em seguida, os Estados e Distrito Federal; por último, os municípios. O escólio de Baleeiro e Derzi (2018) é pedagógico no ponto:

O parágrafo único do art. 187 do CTN admite o concurso de preferências de créditos tributários, entre pessoas de Direito Público, na seguinte ordem de prioridades: I) a União; II) Estados, DF, Territórios; III) Municípios. **Por outras palavras, paga-se em primeiro lugar à União. Se sobraem recursos, pagam-se os Estados, DF e Territórios em rateio, não tendo qualquer deles preferência sobre outro. Se ainda sobraem recursos, é a vez dos Municípios, também em rateio, sem preferências de um em relação ao outro.** Já era assim no Direito anterior, desde o Código Civil, art. 1.771, e o Decreto-lei n.º 960/1938, art. 60, parágrafo único. (grifo nosso).

O produto da hierarquia de créditos tributários é este: havendo pluralidade de penhoras sobre um mesmo bem, primeiro se adimpliam os créditos da União, e eventual saldo restante servia aos demais entes.

6 No particular, ver: Affonso (2000).

Acrescente-se, por relevante, que tais dispositivos foram promulgados à luz da Carta pretérita (1967). Mesmo assim, a preferência continuou válida na jurisprudência do STF, por meio do enunciado 563 de sua súmula. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também aplica a norma⁷. No ponto, há enunciado de sua súmula, inclusive⁸.

Sucede que, sob pena de discriminação inválida, não cabe ao exegeta prestigiar justificativas que, ainda que racionais, não encontrem ressonância nos valores do sistema (MELLO, 2014). E do sistema federativo de 1988, com efeito, ressoam somente a paridade e o viés de cooperação, jamais a preferência.

O impacto da preferência da União pode ser ilustrado neste relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (BRASIL, 2020):

Em razão da própria natureza de sua atividade jurisdicional, a Justiça Federal é a responsável pela maior parte das arrecadações: 42% do total recebido pelo Poder Judiciário, sendo o único ramo que retornou aos cofres públicos valor superior às suas despesas. **Tratam-se, majoritariamente, de receitas oriundas da atividade de execução fiscal, ou seja, dívidas pagas pelos devedores em decorrência de ação judicial. Dos R\$ 47,9 bilhões arrecadados em execuções fiscais, R\$ 31,9 bilhões (66,5%) são provenientes da Justiça Federal e R\$ 15,8 bilhões (33%) da Justiça Estadual (grifo nosso).**

É preciso aquilatar a quadra trazida pelo CNJ: em 2019, a União amealhou 67% de todas as receitas em execução fiscal do Brasil. Parafraseando Carvalho (2015), a prioridade no concurso de credores permitiu à União pôr o pé no pescoço dos demais entes.

A ADPF n° 357, gestada na PGDF, surgiu para desfazer esse estado de coisas e reequacionar o crédito tributário no Brasil. Com o objetivo de impugnar os artigos 187, parágrafo único, do CTN, e 29, parágrafo único, da LEF, a petição foi protocolada em 28 de julho de 2015 e subscrita pelos seguintes procuradores: Marcelo Cama Proença Fernandes, Flávio Jaime de Moraes Jardim, Luciana Marques Vieira da Silva Oliveira, Tatiana Muniz Silva Alves, Karla Aparecida de Souza Motta e Paola Aires Corrêa Lima.

7 Estes precedentes confirmam a prioridade da Fazenda federal em detrimento dos Estados: REsp 131.564/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2004, DJ 25/10/2004 ; EREsp 167.381/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2002, DJ 16/09/2002 ; EDcl no REsp 167.381/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/1998, DJ 26/10/1998 ; REsp 8.338/SP, Rel. MIN. PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/1993, DJ 08/11/1993)

8 Ver súmula 497: Os créditos das autarquias federais preferem aos créditos da Fazenda estadual desde que coexistam penhoras sobre o mesmo bem.

A exordial elucidou o contexto político de elaboração dos dispositivos impugnados, demonstrando o descolamento dos valores constitucionais vigentes. Em seguida, fixou as premissas do hodierno pacto federativo para defender um regime tributário comum, avesso a privilégios. Finalmente, discorreu sobre os reflexos do concurso de preferência no plano prático. É válido consignar este trecho:

Não se pode perder de vista, ademais, que a União, valendo-se do concurso de preferência instituído no CTN e na LEF, portanto, subjugando o pacto federativo, pode simplesmente perseguir bens encontrados em execuções movidas pelos Estados, Municípios e pelo DF, quando estes, a muito custo, conseguem localizar algum patrimônio do devedor comum apto a satisfazer seus débitos fiscais.

Com efeito, não obstante o percurso feito para encontrar bens de contribuintes inadimplentes, os Estados, o DF e os Municípios podem sofrer intervenções no prosseguimento de execuções fiscais, gerando distorções incalculáveis no sistema de arrecadação tributária.

Isso porque basta que a União, a partir da notícia de que foram localizados pelos Estados, DF ou Municípios bens de um contribuinte devedor comum, indique tal bem à penhora em execução própria, para que todo o trabalho de localização levado a efeito pelos demais entes seja perdido. E, na maioria das vezes, o valor obtido com a alienação do bem não satisfaz ambas as pretensões.

Diante desse cenário de desvirtuamento da ordem constitucional, torna-se impositivo o provimento da presente arguição.

Cuida-se de arguição emblemática, pelo impacto direto nas finanças e por inaugurar uma nova cultura federativa, de inflexão na jurisprudência. Por esse motivo, catalisou a esperança de mais de vinte Estados, representados como *amicus curiae* pela Câmara Técnica do Colégio Nacional dos Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG), além dos municípios de São Paulo e Porto Alegre.

Os procuradores Luís Fernando Belém Peres e Marcelo Cama Proença Fernandes participaram de audiência em 25 de setembro de 2019 com a ministra Carmem Lúcia, relatora do feito. Entregues os memoriais tanto da PGDF, como da Câmara Técnica do CONPEG, o feito foi incluído em pauta em 09 de outubro de 2020. Após voto favorável da eminente relatora, o julgamento foi interrompido, por pedido de destaque do ministro Alexandre de Moraes. Finalmente, em 24 de junho de 2021, o Plenário do Supremo conheceu da ADPF e, por maioria, julgou o pleito parcialmente procedente. Ou por outra:

declarou-se a não recepção dos artigos em disputa e se cancelou o enunciado 563 da súmula da jurisprudência.

A autonomia na recuperação dos créditos dos Estados, Distrito Federal e Municípios vai ao encontro do modelo cooperativo de 1988. Ao sepultar a preferência e permitir o redimensionamento dos bilhões de reais disputados em execuções fiscais Brasil afora, o julgamento da ADPF n° 357 eleva a autonomia dos entes menores, repercute diretamente na entrega de políticas públicas e promove a aliança federativa a um novo nível. Eis a razão da ampla cobertura pela imprensa⁹. Em todas as reportagens e referências ao feito, viu-se enaltecido deveras o ofício da PGDF.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, foi possível identificar a intenção do constituinte em se cercar de mecanismos que garantissem uma nova aliança federativa, sob os auspícios da isonomia e paridade.

Sob a égide da atual Carta Política, observou-se, no entanto, um vácuo de eficácia material desse pacto, notadamente ao se considerarem o vasto elenco de competências privativas da União e o fato de esta deter a maior parcela das receitas. Persiste no Brasil uma cultura pró-federal, que, por muito tempo, legitimou a aplicação de normas vetustas, anacrônicas, ultrapassadas – entre elas, os artigos 187, parágrafo único, do CTN e o artigo 29, parágrafo único, da LEF.

O julgamento procedente da ADPF 357, ao expurgar tais normas do ordenamento, lança luz sobre o modelo cooperativo, reforça a inflexão na jurisprudência, importante refluxo no movimento de centralização do Estado. Nessa arguição, de ampla cobertura e repercussão nacional, a PGDF foi o cérebro e o pulmão mesmo do debate sobre um país mais justo, de compartilhamento de riquezas, jamais tributário de impérios ou preferências.

6 REFERÊNCIAS

AFFONSO, Rui de Brito Álvares. Descentralização e reforma do Estado: a federação brasileira na encruzilhada. *Economia e Sociedade*, n. 14, jun. 2000.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁹ Por exemplo, disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/06/24/governo-federal-perde-preferencia-na-cobranca-de-tributos.ghtml>. Acesso em: 08 jul. 2021.

ARAGÃO, Alexandre de Souza. Federalismo em crise: aspectos constitucionais dos contratos de empréstimo entre entes federativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 22, maio/jun./jul. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 16.

ARENDDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel. *Direito Tributário Brasileiro: CTN comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. v. v, São Paulo, 1934.

BARROSO, Luis Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios. *R. Dir. Proc. Geral Rio de Janeiro*, n. 53, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 24 set. 1980.

BRASIL. Lei nº 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. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 27 out. 1966.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 131.564/SP. Relator: Min. Castro Meira, 14 de setembro de 2004. *Diário de Justiça*, 25 out. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Embargos de Divergência em Recurso Especial 167.381/SP. Relator: Min. Francisco Falcão, 09 de maio de 2002. *Diário de Justiça*, 16 set. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Embargos de Declaração no Recurso Especial 167.381/SP. Relator: Min. Garcia Vieira, 22 de setembro de 1998. *Diário de Justiça*, 26 out. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 705423 SE. Relator: Min. Edson Fachin, 23 de novembro de 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, 05 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial 8.338/SP*. Relator: Min. Peçanha Martins, 08 de setembro de 1993. Diário de Justiça, 08 nov. 1993.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Denis Dela Vedova. *O ICMS na guerra fiscal entre Estados: uma abordagem sob a ótica dos tribunais superiores*. Salvador: Juspodivm, 2015.

HORBACH, Beatriz Bastide. STF redescobre federalismo cooperativo – notas sob a perspectiva alemã. *Consultor Jurídico*, 11 fev. 2017. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-11/stf-redescobre-federalismo-cooperativo-notas-visao-alema>. Acesso em: 28 jul. 21.

HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. *Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 9, 1996. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista9/revista9%20%20RAUL%20MACHADO%20HORTA%20%20Tend%C3%A2ncias%20atuais%20da%20Federa%C3%A7%C3%A3o%20brasileira.pdf>. Acesso em: 25 jul. 21.

HORTA, Raul Machado. Constituições federais e pacto federativo. *Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 17, 2000. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20RAUL%20MACHADO%20HORTA%20%E2%80%93%20Constitui%C3%A7%C3%B5es%20Federais%20e%20pacto%20federativo.pdf>. Acesso em: 23 jul. 21.

HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito contemporâneo. *Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 19, 2001. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista19e20/revista19e20%20%20RAUL%20MACHADO%20HORTA%20%20O%20Federalismo%20no%20Direito%20Constitucional%20Contempor%C3%A2neo.pdf>. Acesso em: 29 jul. 21.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2012.

LEONCY, Léo Ferreira. Uma releitura do “princípio da simetria”. *Consultor Jurídico*, 24 nov. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>. Acesso em: 27 jul. 21.

LEONCY, Léo Ferreira. Contribuição de Pertence para o federalismo brasileiro. *Consultor Jurídico*, 17 maio 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-17/observatorio-constitucional-contribuicao-pertence-federalismo-brasileiro>. Acesso em: 26 jul. 21.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Desequilíbrios no Federalismo Fiscal Brasileiro. *Interesse Público – IP*, ano 22, n. 122, p. 229–247, jul./ago. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 35. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers 1787–1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. Federação Brasileira: necessidade de fortalecimento dos Estados-membros. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, n. 100, out./dez. 1988.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Manole, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. Aporias Acerca do ‘Condomínio Legislativo no Brasil: uma análise a partir do STF. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 2, n. 6, abr./jun. 2008.

TAVARES, André Ramos. Normas gerais e competência legislativa concorrente: uma análise a partir de decisões do STF. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 73/74, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COM O PODER PÚBLICO RELATIVO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Edvaldo Nilo de Almeida¹

Resumo: O texto tem como intuito tratar juridicamente o êxito da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) na ação de execução de título executivo extrajudicial promovida pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), com o objetivo de requisição de pagamento da quantia milionária e condenação ao cumprimento de obrigações de fazer previstas em Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) concernentes ao meio ambiente do trabalho, utilizando-se os métodos bibliográfico e documental, com ênfase nas fontes de estudo do Direito Constitucional e da Teoria Geral do Direito. Nessa senda, o problema central a ser respondido é se o referido ajuste com o poder público é juridicamente válido. Conclui-se que os TACs são transações que estabelecem cláusulas que devem observar as normas constitucionais e legais estabelecidas no ordenamento jurídico e que supostas alegações de descumprimento do princípio da boa-fé não são suficientes para superar os obstáculos jurídicos impostos pelo princípio da legalidade administrativa e pelo postulado da supremacia do texto constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Em comemoração ao aniversário de 60 anos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF), o Edital nº 1, de 28 de maio de 2021, fez o chamamento de trabalhos para o 43º volume da *Revista Jurídica da PGDF* – edição especial, com a temática das experiências de sucesso vivenciadas, na defesa dos interesses do ente distrital, no âmbito contencioso ou consultivo, no intuito de promover a sua memória institucional e resgatar fatos relevantes da história desse órgão central do sistema Jurídico do Distrito Federal. Assim

1 Pós-Doutor em Direito Financeiro e Tributário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Democracia e Direitos Humanos do *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH) associado à Universidade de Coimbra. Pós-Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/Espanha. Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Procurador do Distrito Federal. E-mail: edvaldo.almeida@pg.df.gov.br

sendo, vem-se relembrar um êxito na Justiça do Trabalho que rendeu elogio a este signatário por meio de Portaria de Elogio Formal – MEMO 34/2014 – GAB/PGDF. Trata-se de ação de execução de título executivo extrajudicial em desfavor do Distrito Federal promovida pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), com o objetivo de requerer pagamento de R\$ 21.660.000,00 em 10 de dezembro de 2013 e condenação ao cumprimento de obrigações de fazer previstas em Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), por suposto descumprimento parcial de obrigações firmadas.

O referido TAC, de nº 12/2013, foi assinado em 28/02/2013, pelo secretário de Estado de Saúde e pelo MPT, com fundamento em premissas ilegais e inconstitucionais, estipulando-se cinco cláusulas que, em síntese, estabeleciam que, no prazo máximo de 90 dias da assinatura do Termo, o Distrito Federal comprometia-se a solucionar praticamente todos os problemas referentes à saúde e à higiene dos empregados das empresas de vigilância de todos os hospitais e centros de saúde² subordinados à Secretaria de Saúde do DF. Em outras palavras, o TAC de nº 12/2013 comprometeu o Distrito Federal a providenciar, no prazo máximo de 90 dias, aos empregados das empresas de vigilância de todos os hospitais e centros de saúde subordinados à Secretaria de Saúde do DF:

(Cláusula Primeira) Local para servir de vestuários dotados de armários;

(Cláusula Segunda) Instalação sanitária, passagens cobertas e higiene permanente nos postos de trabalho;

(Cláusula Terceira) Refeitório ou local para refeição em condições adequadas;

(Cláusula Quarta) Guaritas e postos de trabalho com condições de conforto e segurança;

(Cláusula Quinta) Água potável e fresca, com a observância da proporção de quantidade superior a 250ml por hora/homem de trabalho, bem como bebedouros de jato inclinado e guarda protetora.

Nesse rumo, o MPT afirmou que o Distrito Federal não cumpriu integralmente com os termos do TAC nº 12/2013, com base em planilha elaborada pela própria Assessoria Técnica da Procuradoria Regional do Trabalho do DF (MPT-DF) e um levantamento político, desatualizado e descontextualizado do Sindicato dos Empregados em Empresas de Segurança e Vigilância (SINDESV) que apontaram para o suposto descumprimento de 114 obrigações.

2 Registra-se que hoje, no Distrito Federal, são quase 150 Hospitais e Centros de Saúde subordinados à Secretaria de Saúde do DF. Esse número é bastante dinâmico e aumenta mensalmente. Disponível em: <https://www.saude.df.gov.br/category/informacoes/>. Acesso em: 12 dez. 2013.

Defendeu-se nos embargos à execução, com fundamento no art. 730 do Código de Processo Civil (CPC), que tanto o TAC, quanto as multas impostas deveriam ser declaradas nulas, por infringirem os princípios constitucionais da separação de poderes, da razoabilidade e da proporcionalidade, os arts. 37 e 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), as regras e os princípios constitucionais orçamentárias estabelecidos nos arts. 165 e 167 da CF/88, os arts. 15 e 16 da Lei Complementar n° 101/2000, os arts. 3°, 4°, 58, 59 e 60 da Lei n° 4.320/64, as normas legislativas distritais (arts. 71, §1°, V, 100, XVI, 105, parágrafo único, 147, 149, 150, 151 e 152, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal), o art. 586 do CPC, os arts. 104, 107, 115, 116, 138 e 139, 843, 848 e 849 do Código Civil e a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal (STF) (Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) de n° 16) e trabalhista (Súmula n° 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)).

Decerto, o título executivo extrajudicial referendado pelo MPT é incerto e ilícido, sendo composto de cláusulas de conteúdo claramente duvidoso sob o ponto de vista jurídico e de dívida substancialmente imprecisa. Ademais, buscou-se demonstrar que o título executivo extrajudicial referendado pelo MPT é inexigível, pois a Administração do DF, especialmente o secretário de Estado de Saúde à época, empenhou-se em otimizar e garantir a fiscalização e cumprimento de condições de trabalho adequadas, com higiene e segurança dos empregados terceirizados de vigilância.

2 DO TAC E DA AUSÊNCIA DE CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO E/OU PROVA VÁLIDA QUE COMPROVE A EXISTÊNCIA DE DÍVIDA LÍQUIDA, CERTA E EXIGÍVEL QUE AUTORIZA A PROPOSIÇÃO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO

O MPT escolheu, equivocadamente, o rito da ação execução para pleitear em juízo o que entende fazer jus. Isso porque o rito da ação de execução não comporta discussões acerca da comprovação de existência ou não do direito ou dívida pleiteada, exigindo prova juridicamente válida que expresse reconhecimento ou, pelo menos, comprovação da existência da dívida que se almeja receber em juízo. Assim, o TAC tem força executiva atribuída por lei, porém, não se equipara ao título executivo judicial (sentença). Desse modo, como título executivo extrajudicial, para ser executado, deve ser líquido, certo e exigível.

Quanto ao preenchimento do requisito certeza, este só se faz presente a partir do momento em que não há dúvidas acerca do conteúdo da prestação, que nem de longe é o caso dos autos. A obrigação supostamente assumida é de conteúdo manifestamente duvidoso. Exige-se do Distrito Federal, sem

dotação orçamentária legalmente aprovada e específica e previsão de licitação pública, num prazo irreal de, no máximo, 90 dias, a construção de diversas obras públicas e prestação de serviços. Decerto, não se trata de uma empresa privada, mas, sim, de um ente federativo. Logo, o secretário de Saúde do Distrito Federal não possui competência legal para assumir tais obrigações jurídicas, que possuem um iter procedimental legal na Administração Pública, que requer lei de meios/orçamentária aprovada pela Câmara Distrital e licitação pública, nos termos legais.

Além disso, o título executivo é incerto, pois o caráter de protocolo de intenções que norteou a assinatura do TAC n° 12/2013, numa demonstração do propósito do secretário de Saúde do Distrito Federal de atender as reivindicações do *parquet*, depende de lei orçamentária de iniciativa do Chefe do Poder Executivo e de todos os demais atos administrativos indispensáveis à concretização do intento. Ou seja, também é de se ver que o ajuste em foco incluiu a prática de atos por terceiros, até mesmo o Poder Legislativo e outros órgãos integrantes da administração distrital, sobre os quais o secretário de Saúde não possui injunção, nem dispõe de poder para exigir seu cumprimento, o que realça a incerteza do título ora arguido. Outrossim, também se sabe que, para um acurado título ser dotado de liquidez, faz-se necessário que a determinação do valor do crédito por ele reconhecido dependa de simples operação aritmética. Na prática, o exequente arbitrou unilateralmente um valor em total desacordo ao disposto no próprio item II do TAC n° 12/2013.

Pois bem, a obrigação supostamente assumida é incerta, imprecisa e totalmente abstrata no que tange ao *quantum debeat*, referindo-se a todos os hospitais e centros de saúde subordinados à Secretaria de Saúde do DF, bem como a números indeterminados de obras públicas não realizadas e prestação de serviços de higiene não adequados. Isto é, hodiernamente, o Distrito Federal possui, aproximadamente, 150 hospitais e centros de saúde subordinados à Secretaria de Saúde do DF e o número de empresas de vigilância só aumenta exponencialmente. Decerto, a incerteza do título extrajudicial é gritante, uma vez que o número de empresas de vigilância que prestam serviços nos hospitais públicos e centros de saúde subordinados à Secretaria de Saúde do DF é bastante dinâmico e cresce quase que quinzenalmente.

Ademais, o MPT não aponta de forma específica e determinada as obras públicas não realizadas e os serviços não prestados, a saber: (i) vestuários dotados de armários, instalações sanitárias, passagens cobertas; (ii) refeitórios ou locais para alimentação em condições adequadas; (iii) guaritas e postos de trabalho com condições de conforto e segurança e fornecimento de água potável e fresca, com a observância da proporção de quantidade superior a 250ml por hora/homem de trabalho e bebedouros de jato inclinado e guarda

protetora; (iv) número de instalações sanitárias mantidas limpas e desprovidas de odores. Em outras palavras, o suposto número de obrigações jurídicas descumpridas pelo DF, segundo alega o MPT para quantificar a suposta dívida, é inegavelmente impreciso e não tem fundamento em critério objetivo. Assim, a petição do MPT não tem qualquer tipo de parâmetro ou critério de proporcionalidade. De um lado, de maneira abstrata e geral, afirma o descumprimento de 114 cláusulas; de outro, que o Distrito Federal cumpriu de forma parcial as obrigações estabelecidas no TAC de nº 41/2005. Desse modo, o MPT faz uma miscelânea curiosa de dois TACs (nº 12/2013 e nº 41/2005), sendo que esse último nem foi trazido aos autos judiciais, para ao fim e ao cabo, sem o mínimo de lógica e razoabilidade, apontar o descumprimento de 114 obrigações jurídicas e quantificar o valor exorbitante da pretensa dívida. Ora, nem mesmo o MPT consegue coerentemente quantificar a suposta dívida, uma vez que não foi efetuado procedimento de fiscalização atual, imparcial e válido juridicamente, a fim de verificar qual o valor mais adequado para a suposta multa, caso fosse devida.

No que diz respeito à exigibilidade, é válido destacar que o que autoriza a exigibilidade é tão-somente o não cumprimento do título. Ou seja, necessário se faz, na presente execução, que reste comprovado o descumprimento voluntário dos termos do TAC pela executada, para que se torne exigível, possibilitando a cobrança da multa firmada entre as partes, o que não é a hipótese. Nesse caso concreto, porém, o Distrito Federal demonstra com provas robustas o enorme volume de documentos que objetivou o cumprimento das exigências discriminadas no TAC. Lado outro, é obrigação do MPT e do Poder Executivo federal a fiscalização do cumprimento das obrigações e provar eventuais irregularidades, o que também não ocorreu. A execução extrajudicial serviu-se de relatório elaborado pelo SINDESV e de inspeção em apenas três localidades (Hospital do Guará, Centro de Saúde nº 6 de Taguatinga e Centro de Saúde nº 2 do Recanto das Emas) por analista Processual pertencente aos quadros funcionais do Ministério Público da União (MPU). Há de se destacar que o relatório SINDESV e a sucinta e lacônica inspeção do MPU se deram de forma sobejamente irregular, porque as vistorias e averiguações ocorreram sem a presença de servidor competente representando a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. De mais a mais, a formalização do documento pelo SINDESV não possui data e não há assinatura do responsável que a elaborou, sendo provavelmente preparada antes do TAC nº 12/2013. Além disso, as alegações são relativas, ou seja, algumas se caracterizam como abusivas e outras como não verdadeiras, como, por exemplo, a declaração de que no Parque de Apoio (SIA) não haveria vestiário e armário para os vigilantes. Portanto, o título em questão padece de iliquidez também por esses fatos, na medida em que é necessário provar as cláusulas em que efetivamente houve

descumprimento do TAC. Isto é, para aparelhar a presente execução, não basta ao MPT unilateralmente indicar o número de cláusulas em que entende ter havido o descumprimento do TAC n° 12/2013. Ao contrário, é necessário definir o exato período de eventual descumprimento sob o crivo do contraditório, dando a oportunidade de o Distrito Federal apresentar suas argumentações, na qual poderá, por exemplo, alegar que já tinha cumprido em determinado dia e em determinado Centro Saúde com as condições estabelecidas no referido TAC de 2013. Isso significa, portanto, que a execução, no que concerne à multa cominatória, carece da liquidez e exigibilidade necessária a ensejar a execução. Nesse passo, o MPT deveria ter proposto a liquidação da multa cominatória, de maneira articulada. Já que o autor assim não procedeu, configurada está a ausência de título líquido. A iliquidez do título induz à falta de interesse de agir, em razão da falta de adequação da via eleita.

Por sua vez, ainda há que se ressaltar que o Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal tem se empenhado em otimizar e garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas. Entretanto, os levantamentos dos locais elaborados pelo SINDESV foram equivocados em alguns pontos, uma vez que a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal tem cumprido suas obrigações, conforme se verifica nos documentos juntados aos autos. Assim sendo, o que se combate e deve mesmo ser combatido é o descumprimento costumeiro, cotidiano e reiterado das obrigações jurídicas válidas ou a manutenção do comportamento desidioso em face dos preceitos de higiene, saúde e segurança por parte dos empregadores ou, ainda, a postura repetitiva de descaso com as condições de trabalho e a relutância e recalcitrância configurada pelo descumprimento contumaz das obrigações, o que não é a hipótese dos autos judiciais.

Ademais, inexistente prova cabal da dívida e havendo, ao contrário da pretensão do MPT, fortes indícios do cumprimento das normas jurídicas, o mais adequado seria a propositura de uma ação ordinária de conhecimento, procedendo-se ao rito ordinário com dilação probatória e todo o contraditório e ampla defesa necessários ao devido processo legal, inclusive a oitiva de testemunhas que deixariam claro que o DF tem se esforçado em otimizar e garantir o cumprimento das obrigações de higiene, saúde e segurança no meio ambiente do trabalho. Não é outra a compreensão no âmbito da jurisprudência dos Tribunais brasileiros, a saber:

TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA REGULARMENTE CUMPRIDO PELO COMPROMISSÁRIO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. Firmado o termo de compromisso de ajuste de conduta e sendo este regularmente cumprido pela parte compromissada, não há possibilidade de o tomador postular judicialmente o que foi objeto de ajuste, sem requerer previamente

a extinção dos seus efeitos jurídicos. Extinção do processo, sem resolução do mérito, que se impõe (TRT-4 - RO: 1205008720095040020 RS 0120500-87.2009.5.04.0020, Relator: MILTON VARELA DUTRA, Data de Julgamento: 07/07/2011).

EXECUÇÃO DE TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTE DE CONDUTA. DESCUMPRIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA. Não tendo o Ministério Público do Trabalho comprovado de forma cabal o descumprimento do compromisso assumido pela Light no TAC, condição *sine qua non* à exigibilidade da multa ali pactuada entre as partes, afigura-se ausente a certeza e liquidez do título executivo apresentado, tal como consignado na r. decisão agravada. (TRT-1 - Data da Publicação no DOU: 04/06/2011. Relator: Desembargador José Araújo Netto, TRT 1º Região).

TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. DESCUMPRIMENTO. As cláusulas penais convencionadas no TAC, devem ter a interpretação restritiva, sob pena de deixar ao alvedrio do Órgão Ministerial a exigência daquela que melhor lhe convier, regra essa que não se ajusta às relações jurídicas em Estado de Direito, porquanto instila insegurança nas relações contratuais. INEXIGIBILIDADE. FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. Os elementos de prova trazidos pelo Órgão ministerial para impulsionar a execução pela ofensa ao TAC, são insuficientes para, nos termos do art. 580, do CPC, lhe impregnar de certeza e liquidez aptos a legitimar sua exigibilidade, na medida em que, sendo o descumprimento dos itens 1 e 2 do TAC, aferíveis individualmente, a exigência da multa no montante proposto pelo Órgão ministerial a torna incerta, por consequência ilíquida e inexigível. (TRT-14 - AP: 53900 RO 0053900, Relator: DESEMBARGADOR CARLOS AUGUSTO GOMES LÔBO, Data de Julgamento: 30/03/2010, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.061, de 07/04/2010).

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público. Obrigação de replantio de espécies nativas com os cuidados pertinentes conforme aprovação do DEPRN. Compromisso parcialmente cumprido, conforme prazo concedido por esse órgão administrativo. Comprovação de motivo plausível para o descumprimento da obrigação no prazo previsto. Inexigibilidade do título na ocasião. Apelação provida, com extinção da execução. (TJ-SP - APL: 9076067482003826 SP 9076067-48.2003.8.26.0000, Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez, Data de Julgamento: 25/08/2011, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 30/08/2011).

Dessa forma, não resta, de forma alguma, comprovado, mediante regular fiscalização, o descumprimento, por parte do ente federativo, das cláusulas ajustadas em TAC com o MPT, sendo totalmente descabido o pagamento de multa prevista no referido Termo, referentes às supostas infrações que não foram constatadas. Logo, à falta de título líquido, certo e exigível, a execução merece ser extinta sem resolução de mérito. Em face do exposto, equivocando-se no instrumento processual escolhido, a conduta mais adequada a ser adotada pelo Judiciário é a extinção do processo sem julgamento de mérito pela ausência do interesse de agir na modalidade adequação, o que se requer preliminarmente. Alternativamente, caso se entenda que o TAC firmado pela parte com o MPT possui natureza jurídica de Acordo, motivo pelo qual deve o processo de execução ser extinto com o julgamento do mérito, em especial quanto à prova de que foram cumpridas as obrigações ajustadas.

3 DA AUSÊNCIA DE INTERESSE/NECESSIDADE DE AGIR E DA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

No caso concreto, pode até haver um interesse em lide (interesse substancial), mas não há um interesse na composição da lide (interesse de agir), pois não se tem uma pretensão resistida. Ou seja, na hipótese, observa-se que não há interesse de agir, pois o MPT não necessita da atuação do órgão jurisdicional para obter o reconhecimento de sua pretensão, pois, conforme se verifica nos documentos comprobatórios, a Administração Pública não tem resistido à sua pretensão de reconhecimento de melhores condições de trabalho aos empregados das empresas de vigilância de todos os hospitais e centros de saúde subordinados à Secretaria de Saúde do DF. Assim sendo, o processo deverá ser extinto, sem exame do mérito, em face da ausência de objeto válido da demanda.

Por sua vez, o exequente postula a satisfação de obrigação de fazer contra o ente federado e suposta multa cominada em razão do descumprimento do TAC nº 12/2013. Todavia, depreende-se, na hipótese judicial examinada, pois, que o MPT apenas poderia aplicar multa a ser suportada, em caso de descumprimento do TAC, ao agente público responsável, e não ao Distrito Federal. O ente estatal e o agente público responsável são pessoas diversas. As supostas obrigações jurídicas assumidas pelo agente público demandam funcionários e verba pública para sua realização, configurando-se, *ipso jure*, inoponíveis ao povo do Distrito Federal, à medida que implicam a realização de despesas não previstas no orçamento do ente político aprovado pelas vias regulares, além de consubstanciarem a assunção de obrigações e penalidade não submetidas à aprovação do legislativo distrital.

Nesse rumo, a aplicação do TAC em que figura como agente passivo o órgão público deve ter por objetivo a regulamentação de um ato ímprobo praticado pelo agente público, que, em regra, utilizou-se da máquina pública, do seu dinheiro, poder, capacidade, para uma conduta lesiva ao erário, o que não é a hipótese dos autos. Assim, se o MPT entende que houve descumprimento da decisão judicial e pretende, por isso, o pagamento da multa cominatória, não deveria ter ajuizado a execução contra o Distrito Federal, que é parte ilegítima para figurar no presente feito. Reconhecida a ilegitimidade passiva *ad causam* do Distrito Federal, esse ente público espera a extinção do feito sem resolução do mérito.

4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES, DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE E DOS ARTS. 37, 165, 167 E 196 DA CF/88

O TAC, também denominado de compromisso de ajustamento de conduta ou de compromisso de ajustamento às exigências legais (CACEL), não é um instrumento supraconstitucional ou supralegal, mas, sim, um documento

[...] destinado a colher do causador do dano ao meio ambiente, entre outros interesses difusos e coletivos, um título executivo de obrigação de fazer e não fazer, mediante o qual, o responsável pelo dano assume o dever de adequar a sua conduta às exigências legais, sob pena de sanções fixadas no próprio termo. (DE MIO; FERREIRA FILHO; CAMPOS, 2005, p. 93).

Decerto, é nulo o TAC que não observa as regras e princípios constitucionais, em face do postulado da supremacia do texto constitucional. Desse modo, nas obrigações de fazer estabelecidas no TAC nº 12/2013, sabe-se que o cumprimento dos direitos a saúde, higiene e segurança dos empregados de vigilância de todos os hospitais e centros de saúde subordinados à Secretaria de Saúde do DF não se satisfazem apenas com a assinatura do TAC pelo secretário de Estado de Saúde e pela procuradora do Trabalho, mas com a movimentação da máquina pública para a feitura das diversas obras e prestação dos serviços almejados. Nesse ponto, é inevitável que o ente federativo deva observar as regras e princípios constitucionais, para a contratação pública das obras, serviços, compras e alienações exigidas no TAC nº 12/2013, pois toda a sua atuação está restrita pelo princípio da juridicidade. Importa destacar que o TAC nº 12/2013 não atende ao interesse público primário, consubstanciado na promoção do direito à saúde, garantido constitucionalmente nos termos do art. 196 da CF. Interpretando tal dispositivo, o STF já afirmou acertadamente o seguinte:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir *se, como e em que medida* o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. (STF - SL: 47 PE, Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076).

Nesse sentido, traz-se à baila trecho de Gustavo Amaral (2010, p. 81), em sua já clássica obra, *in verbis*:

Firmado que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma vulto a alocação de recursos. As decisões alocativas são, como bem captado por Calabresi e Bobbit, escolhas trágicas, pois, em última instância, implicam a negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte.

Decerto, a supracitada obra é bastante focada na questão da interferência judiciária em tema de saúde, estendendo-se a qualquer situação em que o Poder Judiciário e/ou MPT intervenha em decisões alocativas da Administração e, por conseguinte, há que se observar as graves consequências da decisão e seus efeitos iatrogênicos. Nessa senda, compreende-se que o TAC nº 12/2013 fere o art. 196 da CF/88, pois, em razão da inexistência de suportes financeiros para atendimento de todas as necessidades sociais e da necessidade da escolha de recursos para uma política e não para outra, o caso concreto nem de longe obedece aos parâmetros de legitimidade adotados pelo STF, tais como, o número de cidadãos atingidos pela política social eleita, a efetividade e eficácia do serviço prestado e a maximização dos resultados. Com efeito, sabe-se que as necessidades humanas são infinitivas e os recursos financeiros para atender tais necessidades são escassos. De tal modo, a cada desenvolvimento surgem novas necessidades para o seu atendimento e a construção de direitos

subjetivos à prestação material de serviços públicos estatais está sujeita a condição e disponibilidade dos recursos orçamentários. Em outras palavras, as prestações positivas do Estado estão sujeitas à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Assim, verifica-se que o TAC n° 12/2013, impondo o prazo máximo de 90 dias à contratação de obras, serviços, compras e alienações para empresas de vigilância terceirizadas, atinge diretamente o direito à continuidade de outros serviços públicos de saúde obrigatórios e gratuitos. Ora, o Distrito Federal recusa a tese de que seria obrigado a solucionar praticamente todos os problemas referentes à saúde, segurança e higiene dos empregados das empresas de vigilância de todos os hospitais e centros de saúde subordinados à Secretaria de Saúde do DF, até porque, conforme os termos da Súmula n° 331 do TST, a responsabilidade do ente federativo é subsidiária e não principal nessa seara de empregados terceirizados.

Na hipótese dos autos em exame, invoca-se a jurisprudência consolidada do STF no sentido de que a teoria da reserva do possível poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo, a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível (STF, ADPF n° 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04). No caso concreto, conforme as provas dos autos judiciais, a atual Administração Pública vem cumprindo com a implementação de políticas públicas sociais requeridas pelo MPT e apenas há legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário nesse tema quando configurada hipótese de abusividade governamental.

No entanto, a possibilidade de contratação de obras, serviços, compras e alienações também é fruto de previsão constitucional e deve observar a regra constitucional da licitação pública. Assim sendo, o TAC n° 12/2013, sem sombra de dúvidas, não é um caso especificado em lei como exceção ao princípio constitucional da licitação pública, isto é, não está previsto na Lei que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da CF, e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Portanto, esse título executivo é nulo, uma vez que não pode, em hipótese alguma, estabelecer prazos tão enxutos e inexequíveis (máximo de 90 dias) para realização de diversas obras públicas substanciais, compras e prestações de serviços por parte de um ente federativo sem se atentar com o disposto constitucionalmente no art. 37, XXI.

Nesse rumo, do que foi apurado no âmbito do Distrito Federal, derredor dos fatos que culminaram na assinatura do referido TAC, constatou-se ser voz corrente que o secretário de Saúde, imbuído dos melhores propósitos, visando dotar o ente distrital de serviços que melhor atendessem aos anseios

da coletividade, mas se sentindo pressionado pela procuradora do Trabalho, anuiu ao referido ajuste sem prévia consulta à Câmara Distrital e à múnua de respaldo orçamentário para executá-lo. Daí porque as ações executivas destinadas a dar cumprimento a essa transação não bastaram ao seu integral cumprimento. Nesse sentido, foram descumpridas pelo TAC n° 12/2013 algumas regras e princípios constitucionais financeiros³.

De acordo com entendimento amplamente majoritário na jurisprudência do STF e também na doutrina, a arrecadação de receitas e a realização de despesas decorrem de atos-regras (leis, convênios, contratos etc.). Assim, o orçamento é um pré-requisito para a realização das despesas. Logo, entende-se que o orçamento é igualmente lei formal, que prevê as receitas públicas e autoriza os gastos. Ou seja, o orçamento é autorizativo, pois os gestores só podem realizar as despesas que estejam previstas no orçamento. Em outros termos, o orçamento é uma autorização formal e um instrumento de planejamento, cabendo ao governante, diante de situações imprevistas ou excepcionais, sobretudo, quando se depara com escassez de recursos, o dever de dar prioridade a determinadas despesas. Decerto, a lei orçamentária constitui um pré-requisito para a realização das despesas públicas.

Nesse rumo, a norma jurídica é o gênero do qual se diversificam, como espécies, as regras e os princípios jurídicos. Dentre os últimos, estão compreendidos os princípios constitucionais orçamentários dispostos principalmente no capítulo denominado de finanças públicas pelo texto constitucional de 1988 (arts. 163 a 169). Por oportuno, não é demais salientar que os princípios constitucionais orçamentários são normas jurídicas superiores, elementos pertencentes ao sistema constitucional, ocupando hegemonia na pirâmide normativa em relação às normas jurídicas infraconstitucionais. Assim sendo, sua transgressão implica fragmentação da própria Constituição, afigurando por isso mesmo uma inconstitucionalidade de efeito gravíssimo para o ordenamento jurídico. Nesse sentido, o TAC n° 12/2013 é nulo, uma vez que descumpra os princípios constitucionais da legalidade orçamentária, o princípio da indisponibilidade das receitas públicas, o princípio da proibição do estorno de verbas, o princípio do equilíbrio e o princípio da quantificação dos créditos orçamentários.

3 Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais. Art. 167. São vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; V – a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; VI – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; VII – a concessão ou utilização de créditos ilimitados; § 3° – A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

No que diz respeito ao princípio da legalidade orçamentária, o art. 5º, II, da CF/88, dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Também temos o princípio da legalidade administrativa no caput, do art. 37, da CF. Corolário, a doutrina entende a existência do princípio da indisponibilidade das receitas públicas, isto é, os bens, o patrimônio público pertence à coletividade, de sorte que a ninguém é dado o direito de utilizá-lo livremente. Portanto, a lei orçamentária e a lei que instituir créditos suplementares e especiais, aprovados pelo respectivo Poder Legislativo, são os instrumentos legais que autorizam a aplicação dos recursos públicos. Dessa forma, em regra, as despesas são autorizadas por lei e abertas por decreto executivo. Portanto, não pode haver despesa pública sem a autorização legal prévia do Poder Legislativo respectivo. Na hipótese dos autos, não há autorização da Câmara Distrital autorizando a despesa estabelecida pelo TAC nº 12/2013. Por sua vez, outra vertente do princípio da legalidade orçamentária também desobedecida, que é a de que aplicação dos recursos orçamentários, deve ocorrer em respeito às demais normas jurídicas que regulam a gestão governamental. No caso, para a realização de uma despesa pública referida no TAC nº 12/2013, fazia-se necessário observar a lei orçamentária anual e a lei de licitações e contratos públicos, o que não aconteceu.

O TAC nº 12/2013 também deve restar nulo, uma vez que não observa o princípio constitucional da proibição do estorno de verbas, que são as proibições de transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra, ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. Do mesmo modo, a proibição de utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos do orçamento fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos. Assim, a transposição, o remanejamento ou a transferência são vedados constitucionalmente e relacionados como situações de destinação de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para o outro. Logo, o secretário de Saúde não tinha o poder unilateral de remanejar e transpor dotações, o que hoje só é possível com autorização legislativa.

Nessa medida, o TAC nº 12/2013, do mesmo modo, é nulo por não observar o princípio constitucional do equilíbrio orçamentário, que, no aspecto econômico, define que a Administração Pública não deve se endividar para cobrir despesas de empresas de terceirização. Assim, o TAC nº 12/2013 ainda fere o princípio constitucional da programação, que defende que o orçamento deve relacionar os programas de trabalho do Governo, enfatizando as metas e os objetivos a serem alcançados, o que é não é a hipótese dos autos judiciais. Assim, inerente ao princípio da programação, têm-se que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e que são elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pela

Câmara Distrital. Decerto, verifica-se que o princípio decorre da necessidade de estruturação do orçamento em programas ou planejamento governamental.

Nessa senda, há de se destacar que o TAC nº 12/2013 é igualmente nulo por não observar o princípio constitucional da quantificação dos créditos orçamentários, que está previsto no art. 167, VII, da CF/88 e, assim, proíbe a concessão ou utilização de créditos ilimitados, sem exceções. Acrescente-se que, além de não atender ao interesse público primário e a não observância de diversos princípios e regras constitucionais estabelecidas nos arts. 37, XXI, 165, I a III, §4º, 167, I, V, VI, VII, §3º, 196, todos da CF/88, o TAC nº 12/2013 que se pretende anular também viola o princípio da Separação de Poderes. Com efeito, a construção de obras públicas e a prestação de serviços públicos efetivadas, uma vez pautadas na Lei e na Constituição, são realizadas com base na discricionariedade da qual dispõe a Administração Pública. Assim, cabe ao Chefe do Poder Executivo, diante da realidade que enfrenta, consubstanciada na falta de recursos disponíveis, tantas vezes noticiada pela imprensa, adequar as construções de obras públicas e a prestação de serviços públicos às necessidades específicas com as quais se depara.

Importa destacar, com base na razoabilidade e na proporcionalidade, que a verificação das situações em que são necessárias as construções de obras públicas e a prestação de serviços públicos é atribuição da Administração Pública, não cabendo ingerência do MP ou do Judiciário, já que, como demonstrado, a atual gestão governamental tem observado a legalidade estrita, sendo todos os atos pautados na lei em vigência. Verifica-se, assim, que a intervenção decorrente do TAC nº 12/2013 vai de encontro ao Princípio da Separação de Poderes, consolidado no art. 2º da CF. Conclui-se que, a fim de evitar prejuízos à população distrital, não se pode manter acordo manifestamente contrário à supremacia do interesse público e ao princípio da separação de poderes. Sua manutenção pode acarretar prejuízos irreversíveis para a continuidade do ano letivo. Dessa forma, considerando-se que a atuação do Distrito Federal em sua atual gestão administrativa é pautada na Lei e na Constituição e tem como único objetivo manter o acesso à saúde, com solução de continuidade, cabendo ao Poder Executivo determinar os casos em que se faz necessária a colaboração responsável com as empresas de vigilância terceirizadas, com base no poder discricionário, evidente que a anulação do TAC nº 12/2013 se mostra necessária.

Logo, não se pode dar guarida a situações contrárias à lei constitucional somente porque preexistentes, não devendo persistir justamente por que evitadas de nulidades formais graves. Nulidade que se deve acolher, pois o TAC nº 12/2013 foi muito além do que estabelece a CF/98 sobre tais questões. Em face do exposto, a anulação do TAC nº 12/2013 deve se impor, uma vez que o

ajuste não observa diversos princípios e regras constitucionais estabelecidas nos arts. 2º, 37, XXI, 165, I a III, §4º, 167, I, V, VI, VII, §3º, 196, todos da CF/88, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5 DOS ARTS. 71, §1º, V, 100, XVI, 105, PARÁGRAFO ÚNICO, 147, 149, 150, 151 E 152, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL, ARTS. 104, 107, 115, 116, 138, 139, 843, 848 E 849 DO CÓDIGO CIVIL, ARTS. 15 E 16 DA LEI COMPLEMENTAR 101/2000 E ARTS. 3º, 4º, 58, 59, 60 E 70 DA LEI 4.320/1964

Com base nas argumentações já escritas nos tópicos anteriores, verifica-se que o TAC nº 12/2013 é nulo, uma vez que também desobedece aos arts. 71, §1º, V, 100, XVI, 105, parágrafo único, 147, 149, 150, 151 e 152, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal⁴. Nesse sentido, há de se destacar que o

4 Art. 71. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara Legislativa, ao Governador do Distrito Federal e, nos termos do art. 84, IV, ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, assim como aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica. § 1º Compete privativamente ao Governador do Distrito Federal a iniciativa das leis que disponham sobre: V – plano plurianual, orçamento anual e diretrizes orçamentárias; Art. 100. Compete privativamente ao Governador do Distrito Federal: XVI – enviar à Câmara Legislativa projetos de lei relativos a plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, dívida pública e operações de crédito; Art. 105. Os Secretários de Estado serão escolhidos entre brasileiros maiores de vinte e um anos, no exercício dos direitos políticos, aplicando-se-lhes o disposto no art. 19, § 8º. Parágrafo único. Compete aos Secretários de Estado do Distrito Federal, além de outras atribuições estabelecidas nesta Lei Orgânica e nas demais leis: I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração do Distrito Federal, na área de sua competência; II – referendar os decretos e os atos assinados pelo Governador, referentes à área de sua competência; III – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; IV – apresentar ao Governador relatório anual de sua gestão; V – praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Governador do Distrito Federal; VI – comparecer à Câmara Legislativa ou a suas comissões, nos casos e para os fins indicados nesta Lei Orgânica; VII – delegar a seus subordinados, por ato expresso, atribuições previstas na legislação; Art. 147. O orçamento público, expressão física, social, econômica e financeira do planejamento governamental, será documento formal de decisões sobre a alocação de recursos e instrumento de consecução, eficiência e eficácia da ação governamental; Art. 149. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais. § 1º O plano plurianual será elaborado com vistas ao desenvolvimento econômico e social do Distrito Federal, podendo ser revisto ou modificado quando necessário, mediante lei específica. § 6º Os projetos de lei referentes a matérias de receita e despesa públicas serão organizados e compatibilizados, em todos os seus aspectos setoriais, pelo órgão central de planejamento do Distrito Federal; Art. 150. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão encaminhados à Câmara Legislativa, que os apreciará na forma de seu regimento interno; Art. 151. São vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam aos créditos orçamentários ou adicionais; VIII – a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos do orçamento fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive os mencionados

que o secretário de Saúde é autoridade incompetente para firmar o TAC nº 12/2013, uma vez que necessitada de prévia autorização legislativa da Câmara Distrital. Decerto, do ponto de vista estritamente jurídico, abstraídas as indiscutíveis vantagens que sua execução traria e ainda poderá trazer para a população do Distrito Federal, é de ver-se que o citado “Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta” é nulo. Portanto, o TAC nº 12/2013 não constituiu, em si mesmo, ato suscetível a cumprimento e exigibilidade. À semelhança dos atos administrativos complexos, o ajuste em tela dependia de uma série de outros atos administrativos e legislativos para se aperfeiçoar e permitir ao executivo distrital cumpri-lo da forma avençada. Conseqüentemente, à falta de inafastáveis atos complementares, torna-o carecedor de exigibilidade e, mesmo, de validade jurídica, porque o secretário de Saúde que o subscreveu tampouco dispunha de autorização legislativa para fazê-lo.

Por sua vez, nas lições de Carvalho Filho (2001), o TAC é definido como o “[...] ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento as exigências legais”. (p. 4). Seguindo essa posição, o TAC corresponde a uma espécie de transação, mas não do direito em si, haja vista que este é indisponível, considerando que o objeto do acordo envolve direitos transindividuais pertencentes à sociedade, e não aqueles que pactuam. Mesmo para aqueles que não entendem que o TAC é uma espécie de transação, é consolidado na doutrina e na jurisprudência que se aplicam as regras e o princípio do Direito Civil ao TAC. Veja-se a seguinte jurisprudência nesse sentido, por exemplo:

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. ABRANGÊNCIA. O Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta surge como um acordo dentro

no art. 149, § 4º, desta Lei Orgânica, em conformidade com o art. 165, § 5º, da Constituição Federal; IX – a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa; § 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual ou sem lei que autorize sua inclusão, sob pena de crime de responsabilidade. § 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de calamidade pública, e será objeto de apreciação pela Câmara Legislativa no prazo de trinta dias. § 4º A autorização legislativa de que trata o inciso IX dar-se-á por proposta do Poder Executivo, que conterà, entre outros requisitos estabelecidos em lei, os seguintes: I – finalidade básica do fundo; II – fontes de financiamento; III – instituição obrigatória de conselho de administração, composto necessariamente de representantes do segmento respectivo da sociedade e de áreas técnicas pertinentes ao seu objetivo; IV – unidade ou órgão responsável por sua gestão; Art. 152. Qualquer proposição que implique alteração, direta ou indireta, em dotações de pessoal e encargos sociais deverá ser acompanhada de demonstrativos da última posição orçamentária e financeira, bem como de suas projeções para o exercício em curso. *Parágrafo único.* As proposições de créditos adicionais que envolvam anulação de dotações de pessoal e encargos sociais somente poderão ser apresentadas à Câmara Legislativa no último trimestre do exercício financeiro relativo à lei orçamentária.

do procedimento administrativo, possibilitando aquele que esta sofrendo a investigação corrigir a irregularidade por meio de adequação do seu comportamento, atendendo, assim, aos ditames legais. Rege-se pelo disposto nos artigos 585, inciso II, do CPC e artigos 840 e seguintes do CC/2002. Desse modo, suas cláusulas devem ser interpretadas restritivamente e considerando a origem do procedimento investigatório, como a área abrangida na pesquisa e as condições de trabalho naquele local. (Data da Publicação no DOU: 14/06/2010. Relator: Desembargador Flavio Ernesto Rodrigues Silva, TRT 1º Região).

No caso dos autos judiciais, compreende-se que o TAC nº 12/2013 desobedece aos artigos 104, 107, 115, 116, 138, 139, 843, 848 e 849 do Código Civil⁵. Sendo o TAC nº 12/2013 uma espécie do gênero ato jurídico em sentido amplo, nele há uma composição de interesses. Porém, para que o TAC nº 12/2013 seja válido é necessário os seguintes elementos essenciais: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita e não proibida pela lei. Verifica-se, conforme já demonstrado, que o TAC discutido não observa tais elementos essenciais, e. g., a capacidade do agente é indispensável à sua participação válida na seara jurídica, uma vez que o secretário de Saúde não tinha competência para praticá-lo, dada a sua posição em relação aos interesses jurídicos discutidos.

Por sua vez, ainda há que se registrar que o TAC pode ser objeto de eventual arguição de erro, ignorância ou qualquer outro vício de consentimento havido na conciliação extrajudicial que, indubitavelmente, enseja a respectiva anulação, nos termos do Código Civil. Na hipótese dos autos, entende-se que ocorreu o vício de consentimento denominado pelo *Codex* de erro. Embora o legislador equipare nos seus efeitos, tanto o erro, quanto a ignorância, trata-se

5 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei; Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir; Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado; Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado; Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio; Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico; Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos; Art. 848. Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta. Parágrafo único. Quando a transação versar sobre diversos direitos contestados, independentes entre si, o fato de não prevalecer em relação a um não prejudicará os demais; Art. 849. A transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

de institutos diferentes, pois, conforme a ignorância é o total desconhecimento acerca do tema e o erro é a falsa noção a respeito do assunto. Caracteriza-se o erro quando o autor da declaração a emitiu enganosamente ou por ignorância da realidade, entretanto, de maneira espontânea, de forma que o vício incidirá sobre o próprio consentimento, que naturalmente seria manifestado de maneira diversa se o declarante tivesse pleno conhecimento das circunstâncias do negócio. Entretanto, é mister que o erro seja substancial para que se torne fundamento de anulabilidade.

Na hipótese, há de se destacar o que o Secretaria de Estado de Saúde do DF tem se empenhado ao máximo em otimizar e garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas. Porém, ao firmar o TAC nº 12/2013, o secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal argumentou à procuradora do Trabalho que, no prazo de 90 dias, não seria possível solucionar todos os problemas referentes à saúde e higiene dos empregados das empresas de vigilância de todos os hospitais e centros de saúde subordinados à Secretaria de Saúde do DF. Ao mesmo tempo, compreendeu que o TAC seria um protocolo de intenções e que a prorrogação por mais 180 dias para o cumprimento integral dos termos ajustados não teria qualquer empecilho, tanto que o subsecretário da Subsecretaria de Logística e Infraestrutura da Saúde (SULIS), subordinada à Secretaria de Estado de Saúde do DF, requereu expressamente a prorrogação do prazo, afirmando que tal prazo seria o mínimo necessário para a instrução processual relativa à contratação de obras semelhantes àquelas citadas no TAC.

De mais a mais, o TAC nº 12/2013 é igualmente nulo por desobedecer aos arts. 15 e 16 da Lei Complementar nº 101/2000⁶ e arts. 3º, 4º, 58, 59, 60 e 70, da Lei nº 4.320/1964⁷. Dessa forma, uma vez que não atendidas às regras das

6 Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17. Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se: I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições. § 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas. § 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para: I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras.

7 Art. 3º A Lei de Orçamentos compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei. Art. 4º A Lei de Orçamento compreenderá todas as despesas próprias dos órgãos

citadas normas jurídicas da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n° 101/2000) e das Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (Lei n° 4.320/1964), não é possível executar as despesas previstas no “Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta” em apreço. Destarte, sem observância dos arts. 15 e 16 da Lei Complementar n° 101/2000 e arts. 3°, 4°, 58, 59, 60 e 70, da Lei n° 4.320/1964 e, por conseguinte, aprovação perante a Câmara Distrital, o secretário de Saúde não tem poder unilateral para o implemento das obras e demais providências de cunho estrutural.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação de execução de título executivo extrajudicial proposta pelo MPT em face do Distrito Federal baseada em investigação unilateral do SINDESV e de assessores internos do MPT foi proposta na Justiça do Trabalho com alegações de descumprimento de TAC relativo às condições oferecidas pela Secretaria de Saúde aos terceirizados lotados nas suas diversas dependências, hospitais e postos de saúde, requerendo-se, ainda, multa milionária em favor de terceiros.

Dessa forma, o Distrito Federal demonstrou nos autos que o título executivo não apresenta ter as características de certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo ou de prova válida que comprove a existência de dívida líquida, certa e exigível que autorize a proposição de ação de execução. Além disso, o ente federativo alega violação aos princípios constitucionais da separação de poderes, da razoabilidade e da proporcionalidade e dos arts. 37, 165, 167 e 196 da CF/88, bem como desobediência a Súmula n° 331 do TST, aos arts. 71, §1°, V, 100, XVI, 105, parágrafo único, 147, 149, 150, 151 e 152, da Lei Orgânica do Distrito Federal, aos arts. 104, 107, 115, 116, 138, 139, 843, 848 e 849 do Código Civil, aos arts. 15 e 16 da Lei Complementar n° 101/2000 e aos arts. 3°, 4°, 58, 59, 60 e 70 da Lei n° 4.320/1964. Do mesmo modo, sustenta-se que o ente político é parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide e que o TAC não foi assinado por agente público capaz de representar o Distrito Federal nesse tipo de ajuste.

do Governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio deles se devam realizar. Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. Art. 59. O empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos. Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho. Art. 70. A aquisição de material, o fornecimento e a adjudicação de obras e serviços serão regulados em lei, respeitado o princípio da concorrência.

Decerto, ressalta-se um fato considerável diante da “febre” dos TACs assinados pelo MPT contra o poder público, que são transações que estabelecem cláusulas inexigíveis e incertas, sobretudo diante da escassez dos recursos públicos e dos prazos mínimos incrivelmente fixados para cumprimento. No caso, por exemplo, o exequente afirmou que, independentemente das inúmeras normas constitucionais e legais desobedecidas na formalização do TAC, o secretário de Estado assinou livre e espontaneamente nos exatos moldes propostos e que o suposto princípio da boa-fé é suficiente para superar os obstáculos jurídicos impostos pelo princípio da legalidade administrativa e pelo postulado da supremacia do texto constitucional. Assim, segundo o exequente, não se deveria permitir que a própria Administração Pública, em fase de execução do título, pudesse rediscutir o mérito de qualquer questão disposta no intocável “pacto”.

Nota-se, por consequência, que os TACs são considerados pelo MPT equivocadamente como metanormas *jusfundamentais* estabelecidas do cume da pirâmide normativa e que, portanto, são hierarquicamente superiores a qualquer outra norma jurídica dentro do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive da Constituição e das demais leis do país. Nesse prumo, em 10 de dezembro de 2013, o Distrito Federal obteve êxito em sentença judicial, com fundamento nas suas razões de defesa como executado, pois, analisando-se os documentos colacionados ao feito, decidiu-se que não se pode conferir ao título as características de certeza, liquidez e exigibilidade, em razão da constatação do descumprimento está consubstanciada em apontamentos feitos por intermédio de vitórias realizadas sem o atendimento de requisitos capazes de emprestar aos relatórios a eficácia pretendida ou almejada.

7 REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set 2021.

BRASIL. *LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015*. Institui Código Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 30 jun 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 maio 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 27 set. 2021. BRASIL. *Lei Orgânica do Distrito Federal, de 25 de maio de 2020*. Texto da Lei Orgânica do Distrito Federal promulgada em 08 de junho de 1993, atualizado até a Emenda à Lei Orgânica nº 118, de 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70442>. Acesso em: 30 jun 2021. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 30 jun 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em 30 jun 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação APL 9213040-39.2005.8.26.0000 SP 9213040-39.2005.8.26.0000*, Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez, Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Data de Publicação: 25 ago 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade nº 16*. Relator: Min. Cezar Peluso, 19 de setembro de 2011. Supremo Tribunal Federal. Brasília, Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental SL 47 PE. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Publicação: 17 mar 2010. *DJE*, n. 76, 30 abr. 2010. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20100429_076.pdf. Acesso em 30 jun 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Medida Cautelar ADPF 45 DF. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 29 abr 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em 30 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331, de 21 de novembro de 2003*. O fato de o empregado não possuir diploma de profissionalização de auxiliar de laboratório não afasta a observância das normas da Lei nº 3.999, de 15.12.1961, uma vez comprovada a prestação de serviços na atividade. Brasília. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 30 jun 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho 4. *Recurso Ordinário 0120500-87.2009.5.04.0020 RS 0120500-87.2009.5.04.0020*, Relator: Ministro Milton Varela, 07/07/2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho 14. Agravo de Petição AP: 53900 RO 0053900, Relator: Desembargador Carlos Augusto Gomes Lôbo. Data de Julgamento: 30/03/2010. Segunda Turma. *DETRT 14*, n. 61, 07 mar 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DE MIO, Geisa Paganini; FERREIRA FILHO, Edward; CAMPOS, José Roberto. O inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta para resolução de Conflitos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, Ano 10, n. 39, p. 92–101, jul./set. 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 3 Vol. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

