ISSN2675-2190

**2020** - V. 32-Nº 33

# revista PGM

Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre

# REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

VOLUME 32
NÚMERO 33
2020

REALIZAÇÃO

CEDIM
CENTRO DE ESTUDOS EM DIREITO MUNICIPAL

Prefeitura de Porto Alegre
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

R454 Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre – Vol. 1, n. 1 (dez. 1978) – Porto Alegre, RS: PGM, 1978.

Anual.

Publicação interrompida em 2018.
Modo de acesso a partir de 2019: online: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=72
ISSN (edição impressa): 1415-3491.
ISSN (edição digital): 2675-2190.

1. Direito Municipal – Porto Alegre – Periódicos I. Porto Alegre (RS). Procuradoria-Geral do Município. Centro de Estudos de Direito Municipal.

CDU 34(81)(05)

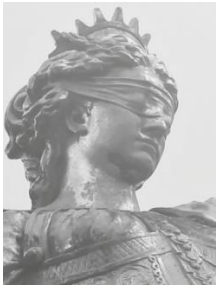
Catalogação na Publicação: Liziane Ungaretti Minuzzo, CRB-10/1643
Biblioteca da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre

CRÉDITOS
Capa: Alex Fontoura Mendes
Fotografia: Freepik
Normalização e diagramação: Liziane Ungaretti Minuzzo
Diagramação final: Fabiana Espírito Santo

*Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.*

**Revista Online divulgada em janeiro de 2021, retroativa ao ano de 2020.**

Prefeitura de Porto Alegre
Procuradoria-Geral do Município
Centro de Estudos de Direito Municipal
Av. Siqueira Campos, 1300 - Sala 1300
90010-001
Porto Alegre/RS
Fone: (51) 3289.1498
E-mail: *revista@pgm.prefpoa.com.br* ou *cedim@pgm.prefpoa.com.br*
Site: *www.portoalegre.rs.gov.br/pgm/revista*



**CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MUNICIPAL**
Rafael Vincente Ramos (Coordenador)

**COMISSÃO EDITORIAL**
Rafael Vincente Ramos
Angela Beatriz Luckei Rodrigues
Liziane Ungaretti Minuzzo

**CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Nacional)**
Alexandra Giacomet Pezzi
Almiro do Couto e Silva (*in memoriam*)
Araken de Assis
Celso Antonio Bandeira de Mello
Cézar Saldanha Souza Júnior
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Eros Roberto Grau
Judith Hofmeister Martins Costa
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Maren Guimaraens Taborda

**CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Internacional)**
Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (Portugal)

**PARECERISTAS (Duplo *Blind Peer Review*) desta edição**
Cláudio Hiran Alves Duarte
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Prefeitura de Porto Alegre
Procuradoria-Geral do Município

Prefeito:
**Nelson Marchezan Júnior**

Vice-Prefeito:
**Gustavo Bohrer Paim**

Procurador-Geral do Município:
**Carlos Eduardo da Silveira**

Procuradora-Geral Adjunto de Pessoal, Contratos e Serviços Públicos:
**Albert Abuabara**

Procuradora-Geral Adjunto de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente:
**Cândida Silveira Saibert**

Procurador-Geral Adjunto de Assuntos Fiscais:
**Ricardo Hoffmann Muñoz**

Corregedora-Geral:
**Clarissa Cortes Fernandes Bohrer**
Corregedora-geral substituta:
**Carin Simone Prediger**

Coordenador do Centro de Estudos de Direito Municipal:
**Rafael Vincente Ramos**

**Gabinete da Procuradoria-Geral do Município**
- Assessoria de Comunicação
- Assessoria para Assuntos Especiais e Institucionais
  - ASSEAEI- RIC
  - ASSEAEI-TCE
  - ASSEAEI-LEGIS
- Assessoria Técnica do Distrito Federal
- Comissão Permanente de Inquérito
- Central de Conciliação
- Centro de Estudos de Direito Municipal
- Biblioteca
- Procuradoria de Acompanhamento de Processo Eletrônico
- Coordenação das Procuradorias Setoriais e Especializadas Autárquicas
  - Procuradoria Municipal Especializada do DEMHAB
  - Procuradoria Municipal Especializada do DMAE
  - Procuradoria Municipal Especializada do DMLU
  - Procuradoria Municipal Especializada do PREVIMPA

Procuradorias Setoriais
PMS 01 - Matéria de Pessoal
PMS 02 - SMS
PMS 03 - SMED
PMS 03 - SMED
PMS 04 - SMIM/SMSURB
PMS 05 - SMC/SMSEG
PMS 06 - SMAMS/SMDE–LICENCIAMENTO
PMS 07 - SMDSE/SMDE/SMPG
PMS 08 – GP/PGM/SMRI/SMF/GCS
PMS 09 - SMTC/SMPE
PMS 10 – FASC
PMS 11

**Corregedoria-Geral**

**Procuradoria-Geral Adjunta de Pessoal, Contratos e Serviços Públicos**
- Procuradoria de Licitações e Contratos
  - Gerência de Apoio à CELIC
- Procuradoria de Pessoal Estatutário
- Procuradoria de Pessoal Celetista
- Procuradoria de Serviços Públicos

**Procuradoria-Geral Adjunta de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente**
- Procuradoria de Assistência e Regularização Fundiária
- Procuradoria de Indenizações
- Procuradoria de Patrimônio e Domínio Público
  - Gerência de Aquisições Especiais
  - Gerência de Escrituras
- Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente

**Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais**
- Procuradoria da Dívida Ativa
  - Gerência de Distribuição e Análise de Processos
  - Posto de Arrecadação Fiscal
- Procuradoria Tributária
- Procuradoria de Assuntos Estratégicos Fiscais
  - Gerência de Precatórios e Contencioso Especial
- Procuradoria de Dívidas não Tributárias

**Coordenação Administrativo-Financeira**
- Assessoria de Planejamento Orçamentário e Fundos
- Coordenação de Gestão, Qualidade e Produtividade
- Gerência de Apoio Administrativo
- Gerência de Cadastro e Distribuição
- Gerência de Materiais
- Gerência de Serviços Gerais
- Recursos Humanos
- Setor de Contratos
- Gerência de Engenharia e Arquitetura

# APRESENTAÇÃO

A publicação desta revista enaltece o trabalho jurídico que, mesmo diante de uma crise sanitária e epidemiológica, manteve-se atuante na busca de soluções para a execução de políticas públicas voltadas ao enfrentamento da pandemia e de seus reflexos nas atividades econômicas.

Esta edição reúne importantes artigos e estudos de integrantes da Procuradoria-Geral do Município e de colaboradores externos, instigando o leitor ao debate de temas sensíveis à população. Contempla artigos da Conselheira Substituta no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE/RS), Ana Cristina Moraes Warpechowski, do Auditor Público Externo do TCE/RS, César Augusto Hülsendeger, do magistrado da 5ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, Hilbert Maximiliano Akihito Obara, bem como dos procuradores municipais Ana Catarina Dantas Fontes da Cunha Lexau, Dalmária Nessi Ricaldi, Felipe de Sousa Menezes, Hélio Fagundes Medeiros, Igor Moura Maciel e Patricia Dornelles Schneider.

Além da fértil produção acadêmica, a edição apresenta uma coletânea de pareceres individuais e coletivos, editados ao longo de 2020, cuja íntegra pode ser consultada no link indicado para a sua localização no sítio eletrônico da PGM.

Referidos pareceres foram imprescindíveis ao enfrentamento da pandemia, conferindo higidez às medidas de restrição à circulação adotadas no período, aos programas sociais executados em meio ao período de vedações eleitorais, além de discutir a responsabilidade civil do Estado durante a calamidade pública e de oportunizar a otimização dos gastos públicos com a contratos administrativos e parcerias em valor equivalente a R$ 130 milhões no ano de 2020.

Convém destacar que além da concentração de esforços e da necessidade premente de examinar matérias inerentes ao novo coronavírus, a produção jurídica da PGM foi pujante, abordando-se os efeitos da Lei Complementar n. 851/2019 nas vantagens devidas a servidores; a regularização fundiária, a REURB-S, a Lei 13.465/17 e a regularização de lotes em área pública; a reparação ambiental e a firmatura de Termo de Compromisso Ambiental por infrações; e a interpretação do art. 130 do Código Tributário Nacional quanto à responsabilidade entre os adquirentes de unidades autônomas pela dívida pretérita de IPTU/TCL.

Por fim, o Município em Juízo comenta decisões recentes e relevantes no âmbito do direito tributário municipal, do urbanismo e meio ambiente e do direito administrativo e constitucional.

Tenha uma ótima leitura!

*Carlos Eduardo da Silveira*
*Procurador-Geral do Município de Porto Alegre*

*Rafael Ramos*
*Procurador Municipal*
*Coordenador do Centro de Estudos de Direito Municipal*

# SUMÁRIO

**ARTIGOS E ESTUDOS**


O SER HUMANO E SUAS DECISÕES: ALGUMAS LIÇÕES DA ECONOMIA PARA O DIREITO..... *13*
*THE HUMAN BEING AND HIS DECISIONS: SOME LESSONS FROM ECONOMICS TO LAW*
**Ana Cristina Moraes Warpechowski**

PARA QUE PRECISAMOS DE UM VICE? PONDERAÇÕES ACERCA DA NECESSIDADE OU NÃO DE VICES NO PODER EXECUTIVO..... *43*
*WHAT DO WE NEED A VICE FOR? CONSIDERATIONS ABOUT THE NECESSITY OR NOT OF VICES IN THE EXECUTIVE BRANCH*
**César Augusto Hülsendeger**

O IMPRESCINDÍVEL LIMITE DEMOCRÁTICO DA ATUAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO LIMINAR DE ABERTURA COMERCIAL EM MEIO À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS..... *61*
*THE ESSENTIAL DEMOCRATIC LIMIT OF JUDICIAL ACTION: ANALYSIS OF THE DECISION THAT REJECTED THE PRELIMINARY REQUEST FOR COMMERCIAL OPENING AMID THE CORONAVIRUS PANDEMIC*
**Hilbert Maximiliano Akihito Obara**

O FEDERALISMO BRASILEIRO COM ENFOQUE NA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS ENTRE OS ENTES PÚBLICOS PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... *77*
*RAZILIAN FEDERALISM AND THE DISTRIBUTION OF PUBLIC REVENUE AMONG PUBLIC ENTITIES ACCORDING TO THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988*
**Ana Catarina Dantas Fontes da Cunha Lexau**

A FACE OCULTA DO ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... *90*
*THE HIDDEN FACE OF MORAL HARASSMENT IN PUBLIC ADMINISTRATION*
**Dalmária Nessi Ricaldi**

A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO GESTOR PÚBLICO PERANTE OS ÓRGÃOS DE CONTROLE..... *101*
*THE SUBSTANTIATION OF THE ADMINISTRATIVE DECISION AS A PROTECTIVE INSTRUMENT FOR THE PUBLIC MANAGER BEFORE THE CONTROL AGENCIES*
**Felipe de Sousa Menezes**

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: COMPETÊNCIA, NATUREZA JURÍDICA, PRESSUPOSTOS E PROCEDIMENTO..... *110*
*INCIDENT REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION:*
*LEGAL NATURE, ASSUMPTIONS AND PROCEDURE*
**Hélio Fagundes Medeiros**

A REFORMA ADMINISTRATIVA E A PERDA DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO..... *130*
*THE ADMINISTRATIVE REFORM AND THE LOSS OF THE SUBJECTIVE RIGHT OF APPROVED CANDIDATES IN A PUBLIC COMPETITION*
**Igor Moura Maciel**

DIALOGANDO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO FORMAS DE ALCANÇAR O INTERESSE PÚBLICO..... *143*
*DIALOGUE WITH PUBLIC ADMINISTRATION: MEDIATION AND CONCILIATION AS WAYS TO ACHIEVE PUBLIC INTEREST*
**Patricia Dornelles Schneider**

**PARECERES**

PARECERES INDIVIDUAIS

DIREITO ELEITORAL. CALAMIDADE PÚBLICA. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE BENS, VALORES OU BENEFÍCIOS POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... *152*
**Jhonny Prado da Siva**

CONSTRUÇÃO CIVIL. PROIBIÇÃO DA ATIVIDADE DURANTE O ESTADO DE CALAMIDADE - COVID-19..... *153*
**Eleonora Braz Serralta**

DEVER DE INDENIZAR DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO..... *154*
**Patricia Dornelles Schneider**

LEI COMPLEMENTAR Nº 851/2019. VANTAGENS DEVIDAS A SERVIDORES: CONCESSÃO DE AVANÇOS; EXTINÇÃO DE ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO..... *155*
**Paula Carvalho da Silva Kleinowski**

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. REURB-S. LEI 13.465/17. REGULARIZAÇÃO DE LOTES EM ÁREA PÚBLICA..... *156*
**Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira**

REPARAÇÃO AMBIENTAL. INFRAÇÃO.
TERMO DE COMPROMISSO AMBIENTAL (TCA)..... *157*
**Daniela Copetti Cravo**

DÍVIDA PRETÉRITA DE IPTU/TCL. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 130 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL..... *158*
**Cristiane da Costa Nery**

TERMO DE COMPENSAÇÃO VEGETAL - TCV..... *159*
**Igor Moura Maciel**

PARECER COLETIVO

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E PARCERIAS. PANDEMIA DE COVID-19..... *160*
**Carlos Eduardo da Silveira**
**Albert Abuabara**
**Alexandre da Fontoura Dionello**
**Felipe de Sousa Menezes**

## MUNICÍPIO EM JUÍZO

ITBI – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA POR INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER ATIVIDADE ECONÔMICA EXERCIDA PELA EMPRESA. IMÓVEIS INCORPORADOS PELA EMPRESA UTILIZADOS PARA FINS PESSOAIS DOS SÓCIOS. DESVIRTUAMENTO DA FINALIDADE SOCIAL DA EMPRESA. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA CONCESSÃO DA IMUNIDADE..... *163*
**Ana Catarina Dantas Fontes da Cunha Lexau**

IPTU - ISENÇÃO E IMUNIDADE FRENTE À LEGISLAÇÃO LOCAL. REQUISITOS A SEREM OBSERVADOS E POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO CONCEDIDA..... *168*
**Cristiane da Costa Nery**

REASSENTAMENTO DA VILA NAZARÉ. EMPREENDIMENTOS SENHOR DO BOM FIM E IRMÃOS MARISTAS. AEROPORTO..... *176*
**Gustavo Moreira Pestana**
**Nelson Nemo Franchini Marisco**
**Simone Somensi**

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VILA RESVALO (VILA NOSSA SENHORA DAS GRAÇAS)..... *198*
**Simone Somensi**
**Carolina Teodoro Falleiros**

CONTROLE DE ATO ADMINISTRATIVO VIA MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DA UNIDADE DE SAÚDE VILA TRONCO..... *208*
**Gerson Dalle Grave**

CONCESSÃO DE USO DO MERCADO PÚBLICO MUNICIPAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO DO TCE/RS COM PEDIDO LIMINAR..... *212*
**Jhonny Prado**
**Renato Ramalho**

# ARTIGOS E ESTUDOS

# O SER HUMANO E SUAS DECISÕES: ALGUMAS LIÇÕES DA ECONOMIA PARA O DIREITO[1]

*THE HUMAN BEING AND HIS DECISIONS: SOME LESSONS FROM ECONOMICS TO LAW*

Ana Cristina Moraes Warpechowski[2]

**Resumo:** O artigo traz as características da concepção de *homo economicus* e algumas comparações com abordagens econômicas em que se utiliza o conhecimento multidisciplinar para compreender as idiossincrasias do ser humano contemporâneo, sujeito às constantes mutações culturais, sociais e ambientais. Como estas peculiaridades interferem nos processos de tomada de decisões, tendências comportamentais e incentivos vêm sendo objeto de estudos da Economia, tanto na seara teórica, quanto na empírica, em que estão sendo avaliadas ações governamentais com experimentos randomizados e controlados que podem fornecer evidências e melhorar algumas políticas públicas. Este caminho poderia ser seguido pelo Direito, uma vez que é necessário se adaptar às mudanças do Século XXI para a formação de "boas leis", que sejam efetivamente cumpridas por estarem mais adequadas às condutas humanas.
**Palavras-chave:** Homem econômico. *Homo sapiens*. Interação social. Políticas públicas.

***Abstract:*** *The article brings the characteristics of the concept of* homo economicus *and some comparisons with economic approaches in which multidisciplinary knowledge is used to understand the idiosyncrasies of the contemporary human being, subject to constant cultural, social and environmental changes. As these peculiarities interfere in the decision-making processes, behavior tendencies and incentives have been the subject of studies in Economics, both in theoretical and empirical fields, where government actions are being evaluated with randomized and controlled experiments that can provide evidence and improve some public policies. This path could be followed by Law, since it is necessary to be adapted to the changes of the 21st Century in order to form "good laws", which are effectively fulfilled by means more appropriated to human conduct.*
***Key-words:*** *Economic man.* Homo sapiens*. Social interaction. Public policies.*

[1] Artigo publicado também em: CONTROLE EXTERNO: revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Belo Horizonte: Fórum, v.2, n. 3, jan./jun. 2020.

[2] Autora externa convidada. Conselheira Substituta no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela UNISINOS (1999); Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões na ULBRA (2000), Direito Processual Civil na ULBRA (2001/2002), Direito do Estado na UNIRITTER (2003/2004) e Direito do Trabalho na UNISINOS (2008/2009); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2017/2018); Pós-graduanda em Neurociências e Comportamento pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2019/2020). E-mail: ana.warp@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Os seres humanos são movidos por decisões, desde os atos mais singulares até os mais refinados, de forma consciente ou inconsciente. Algumas delas podem ser acertadas e outras nem tanto; algumas são passíveis de correção e outras não. Este é o ciclo da vida pelo qual, entre erros e acertos, a existência é construída em uma constante evolução, pois todas as causas geram efeitos e todas as ações implicam reações, podendo haver resultados positivos ou negativos.

A História da humanidade é repleta de exemplos de avanços e retrocessos; por isso, inúmeros estudiosos se dedicaram, e continuam se dedicando, à compreensão do intrincado fenômeno do processo de tomada de decisão, na tentativa de entender as idiossincrasias da individualidade, que influenciam na introspecção reflexiva e repercutem nas relações coletivas.

No Direito brasileiro, há diversas teorias que se dedicam a entender os fenômenos que levam à produção de atos, fatos e contratos com os consequentes desdobramentos no meio social. Porém, poucas pesquisas jurídicas procuram desvendar ou testar as influências e as características biológicas, fisiológicas, culturais ou ambientais dos indivíduos nos processos de tomada de decisões. Decidir é algo complexo, em que é necessário escolher uma dentre diversas alternativas para a resolução de um problema, podendo esta escolha ser induzida, enviesada ou agilizada por intuições, hábitos, emoções ou sentimentos, dentre outros fatores, em ambientes dinâmicos, adversos e nem sempre perfeitos.

Revela-se, portanto, a necessidade de se buscar, em outras áreas do conhecimento, os subsídios teóricos e práticos que evidenciem alternativas mais viáveis de promover a reflexão sobre as adversidades contemporâneas e as possíveis soluções, como a formulação de normas reguladoras de condutas e/ou a implementação de políticas públicas mais assertivas e menos dispendiosas em virtude de estarem mais próximas dessas peculiaridades humanas intrínsecas.

A partir disso, o presente artigo dará um destaque especial a algumas das abordagens multidisciplinares da Economia, demonstrando que é possível, senão recomendável, perquirir a renovação de paradigmas, mas sem qualquer pretensão de suplantar as limitações decorrentes de uma formação marcadamente jurídica[3]. Assim, de forma introdutória, exploratória e com uma exposição meramente panorâmica, divide-se o estudo em cinco capítulos, além dessa introdução e de algumas ponderações finais: 1) O ser humano contemporâneo; 2) O homem econômico; 3) Ainda somos *Homo sapiens (sapiens)*; 4) A interação social dos indivíduos; e 5) Um novo olhar para a construção de políticas públicas.

[3] Agradecimentos a Henrique Sitjá, doutorando em Economia da UFRGS, cujos diálogos têm auxiliado na compreensão dos conceitos, algo que não é fácil em virtude da diversidade e amplitude das teorias e correntes econômicas.

## 2 O SER HUMANO CONTEMPORÂNEO

Roberto da Matta afirmou que um sistema social é dividido, ou até mesmo equilibrado, entre duas unidades básicas: a pessoa é o "[...] sujeito das relações sociais, que conduz ao polo tradicional do sistema"; e o indivíduo, o "[...] sujeito das leis universais que modernizam a sociedade" [4]. O autor disse que, no Brasil, existe um universo social dualista, composto de características tanto de pessoa quanto de indivíduo, que se misturam e justificam a existência de zonas de conflitos e zonas de passagens em que se mesclam a casa e a rua, o privado e o público, a vertente personalista (tudo) e a vertente individualizante (lei), as relações de compadrio e as relações impessoais[5].

À vista disso, um fenômeno pode ser percebido[6]:

> [...] a total desconfiança em relação a regras e decretos universalizantes. Essa desconfiança, entretanto, gera sua própria antítese, que é a esperança permanente de vermos as leis serem finalmente implementadas e cumpridas. Julgamos, deste modo, que a sociedade pode ser modificada pelas boas leis que algum governo venha finalmente estabelecer e fazer cumprir.

Há longa data, estudiosos tentam compreender a complexidade do ser humano e suas práticas sociais[7], como demonstra Pedro Demo[8]:

> De um lado, cada ser humano é irrepetível, único; de outro, entra em cena sempre o mesmo procedimento geracional. Como a evolução mostra, nada é intocável na natureza, também as ditas estruturas. Esta criatividade imprevisível é a marca maior da complexidade não linear e que obriga a rever paradigmas positivistas da ciência.

---

[4] DA MATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986. p. 97.

[5] DA MATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis.** [1. ed. de 1978]. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 227-259.

[6] Ibid., p. 247.

[7] Na Filosofia, tentava-se compreender a mente humana desde os gregos antigos, como em Platão (virtudes), Aristóteles (experiência empírica), René Descartes (racionalismo), John Locke e David Hume (empirismo), e Kant (combinação de experiência com capacidades mentais inatas), conforme citado por: THAGARD, Paul. **Mind:** introduction to cognitive science. [1. ed. 1996, Bradford Books]. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 2005.
Na atualidade, são relativamente recentes as pesquisas científicas e empíricas que se dedicam ao estudo dos aspectos subjetivos das decisões humanas, com a análise dos interesses, motivos, desejos, padrões morais e as experiências psíquicas.

[8] DEMO, Pedro. **Autoridade do argumento:** interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. p. 36.

Desde o desenvolvimento da Economia como disciplina autônoma, teorias têm sido formuladas sobre o comportamento dos indivíduos, havendo diversas concepções sobre o que vem a ser o *homo economicus*, partindo, em regra, do modelo cartesiano dualista de racionalidade. Para John Davis[9], René Descartes (1596-1650) acreditava que o conceito de indivíduo se relacionava com a separação da subjetividade e da natureza humana, pois os sentidos distorceriam a natureza real das coisas e o mundo só poderia ser compreendido se houvesse a desconexão da realidade por meio da introspecção.

Todavia, alguns economistas começaram a apresentar críticas a este modelo, trazendo visões diferenciadas de outras áreas de conhecimento a fim de identificar formas alternativas de análise do comportamento individual. Dependendo, portanto, da abordagem interdisciplinar adotada, diversos qualificativos ao *homo* começaram a ser introduzidos pela doutrina[10].

No Direito, não foram realizados tantos estudos ou distinções sobre a pessoa e o indivíduo, mas o *homo burocraticus*[11] assenta que os juristas desempenham atividades de forma previsível, fungível e controlável, com uma racionalidade subjetiva, formal e calculista, aproximando-se, portanto, da ideia de *homo economicus*.

## 3 O HOMEM ECONÔMICO

Inicialmente, entende-se importante registrar que existem diferenças de pensamentos entre os teóricos da área econômica[12]. A Economia, tradicionalmente, é

[9] DAVIS, John Bryan. **The theory of the individual in Economics:** identity and value. New York: Routledge, 2003. p. 2-4.

[10] Por exemplo: *Homo Behavioralis* – estudos comportamentais do ser humano.
KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decision under risk. **Econométrica**, New York, v. 47, n. 2, p. 263-292, mar. 1979.
*Homo Reciprocans* – modelo econômico em que o egoísmo não é parte central da explicação.
BOWLES, Samuel; BOYD, Robert; FEHR, Ernst; GINTIS, Herbert. Behavioural science: *homo reciprocans*. **Nature**, United Kingdom, v. 415, n. 6868, p. 125-128, jan. 2002.
*Homo Heuristicus* – estudos da Psicologia Evolucionária, com as regras de bolso (heurísticas) para a tomada de decisão.
GIGERENZER, Gerd; BRIGHTON, Henry. Homo heuristicus: why biased minds make better inferences. **Topics in Cognitive Science**, New York, v. 1, n. 1, p. 107-143, 1. Jan. 2009.
*Homo Bioeconomicus* – com forte inspiração na Biologia, Neurociência e Psicologia Evolucionária.
WANG, Xiao-tian. Introduction: bounded rationality of economic man: new frontiers in evolutionary Psychology and Bioeconomics. **Journal of Bioeconomics**, New York, v. 3, n. 2-3, p. 83-89, mai. 2001.
Dentre outros.

[11] PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 65.

[12] Na Economia, existe a distinção entre aqueles que adotam ou não o individualismo metodológico. Em relação às diversas abordagens institucionalistas, Octávio Conceição afirmou que existe um núcleo teórico definido e nem sempre convergente. As distinções são reveladas na própria definição de instituição, que pode significar tanto normas de comportamento, quanto normas institucionais ou padrão de organização da firma ou direito de propriedade. As escolas institucionalistas, seja de influência ortodoxa, seja heterodoxa, contribuem para avançar os estudos da abordagem tradicional da Economia, indo em direção à construção de uma "teoria dinâmica das instituições".

conhecida como uma ciência positiva e objetiva, que se abstém de emitir juízos de valor. Porém, esta concepção implica a separação entre fatos e valores, posicionamento cada vez mais criticado porque, na verdade, os dois conceitos estão interligados.

De acordo com Mankiw, os economistas divergem, em regra, quanto ao julgamento científico em torno da busca da compreensão do mundo que nos cerca (concepção ideal descritiva de como o mundo é); mas também quanto a valores, por apresentarem visões normativas distintas sobre quais políticas públicas devem ser realizadas (concepção ideal normativa de como o mundo deve ser)[13]. Dessa maneira, com o intuito de contextualizar a matéria, indica-se, na sequência, algumas das posições econômicas que se destacaram na história, mostrando a conexão dos dois pontos de vista.

O primeiro trabalho de Adam Smith (1723-1790) foi o livro "Teoria dos Sentimentos Morais"[14], publicado no ano de 1759, com uma abordagem sobre a motivação humana e a necessidade de haver simpatia (o que hoje se chama de empatia) nas interações entre os indivíduos, possibilitando a criação de juízos morais, apesar da natural tendência autointeressada. O autor registrou que a consciência surge das relações sociais por meio da "observação imparcial"[15] e que, por esse motivo, são necessários os sentimentos de humanismo e solidariedade, baseados na importância de se reconhecer como iguais (representação mental da situação alheia) e de se colocar no lugar do outro (atitude emocional e imaginativa), com o intuito de ampliar a moralidade do comportamento.

Dezessete anos depois (1776), a obra "Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações" tornou-se conhecida por introduzir a ideia do que viria a ser reconhecido, posteriormente, como o *homo economicus*: o indivíduo autointeressado e maximizador das suas utilidades, com uma mistura de propensões, talentos, instintos e características individuais[16]. Smith idealizou a emergência de uma economia complexa e de motivações e preferências, assim como propôs a noção de equilíbrio do sistema econômico para se chegar a uma situação de máxima eficiência, partindo do pressuposto de que os mercados atuariam livremente e seriam regidos por uma "mão invisível"[17]. Em consequência, os indivíduos tomariam melhores decisões porque poderiam agir por conta própria, sem a mão opressiva do governo para conduzir suas ações[18].

---

CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? **Revista Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 19, n. 36, p. 25-45, set. 2001.

[13] MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia**. 3. ed. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2016. p. 33-34.

[14] SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais.** Tradução de Lya Luft. Rev. de Eunice Ostrensky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. Original publicado em inglês em 1759. Original publicado em inglês em 1759.
O aprofundamento das ideias de Adam Smith foi extensivamente trabalhado por Fernando Araújo na sua tese de doutorado:
ARAÚJO, Fernando. **Adam Smith:** o conceito mecanicista de liberdade. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

[15] SMITH, 2015.

[16] SMITH, 2015 apud MORGAN, Mary Susanna. Economic man as model man: ideal types, idealization and caricatures. **Journal of the History of Economic Thought**, Cambridge, v. 28, n. 1, p. 1-27, Mar. 2006.

[17] CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.

[18] MANKIW, 2016, p. 12.

Na mesma época, já dentro do pensamento utilitarista, Jeremy Benthan (1748-1832) se destacou por entender que o indivíduo tenderia a buscar o prazer e fugir da dor por meio de uma revisão das regras da moralidade dos costumes, devendo ser realizados cálculos para se chegar à razão. Assim, pelo princípio da utilidade, o sujeito calculador avaliaria a justeza de uma ação conforme a produção de maior prazer e tomaria a decisão.[19]

Em que pese a concepção de homem econômico[20] ainda seja a predominante no *mainstream,* especialmente por não ter sido criada uma teoria em substituição às correntes clássica e neoclássica, houve o despertar de críticos a este modelo, utilizando, de modo precípuo, o argumento de que a obsessão pelo interesse individual acabaria por privar o indivíduo da liberdade de conduta. Thorstein Veblen (1857-1929)[21], por exemplo, opôs-se ao conceito canônico com o argumento de que o ser humano deste modelo se assemelhava a um autômato, sem ser dotado de personalidade ou vontade própria, agindo de forma previsível e constante, mas que falharia em situações de imperfeição.

Desta forma, Veblen introduziu as intuições e os hábitos como aspectos institucionalistas[22] para a análise do comportamento humano, pois entendia que o indivíduo, ao pertencer a uma sociedade que interage com as instituições, não poderia

---

[19] Embora também utilitarista, John Stuart Mill (1806-1873) modelou o seu indivíduo de uma forma mais complexa do que Benthan, pois acreditava que o princípio da utilidade deveria ser derivado da natureza humana, havendo espaço para a elaboração de regras morais, pois o ser humano não poderia ser um robô dos cálculos no momento em que é dotado das leis da mente e da capacidade de agir por hábito em razão de princípios secundários da moral.
DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. As diferenças entre os conceitos de moral no utilitarismo de Bentham e John Stuart Mill: a moralidade como derivada das respectivas noções de natureza humana. **Princípios, Revista de Filosofia**, Natal, v. 19, n. 32, p. 483-506, jul./dez. 2012.

[20] Mais informações sobre as origens da concepção de homem econômico, com abordagens antropológicas, filosóficas e históricas, ver:
LUZ, Manuel Ramon Souza; FRACALANZA, Paulo Sérgio. A gênese do indivíduo e o indivíduo da gênese: uma abordagem multidisciplinar acerca do papel da ideologia cristã nas origens do homem (econômico). **EconomiA**, Brasília, v. 14, n. 1, p. 189-210, jan./abr. 2013, p. 191.

[21] CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Thorstein Veblen: nota introdutória. **OIKOS**, Rio de Janeiro, n. 8, ano VI, p. 181-187, 2007.
COSGEL, Metin M. Consumption institutions. **Review of Social Economy**, United Kingdom, v. 55, n. 2, p. 153-171, 1997. Disponível em: https://econpapers.repec.org/article/tafrsocec/ v_3a55_3ay_3a1997_ 3ai_3a2_3ap_3a153-171.htm. Acesso em: 27 set. 2018.
HODGSON, Geoffrey Martin. Toward an evolutionary and moral science: remarks on receiving the Veblen-Commons award. **Journal of Economic Issues**, Arkansas, p. 01-13, jan. 2012.

[22] Thorstein Veblen (1857-1929) é o fundador do pensamento institucionalista (Antigo Institucionalismo), seguido de John Rogers Commons (1862-1945) e Wesley Clair Mitchell (1874-1948). Posteriormente, o institucionalismo foi retomado por outros economistas, que trouxeram novas concepções, a exemplo da Nova Economia Institucional e do Neo-Institucionalismo. Conceição argumentou que o institucionalismo moderno tem reforçado suas origens nas ideias de Veblen, rompendo com os cânones da economia neoclássica e reiterando o caráter evolucionário da Economia.
CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Além da transação: uma comparação do pensamento dos institucionalistas com os Evolucionários e Pós-Keynesianos. **EconomiA**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 621-642, set./dez. 2007.

ser considerado isoladamente. Baseou-se no fato de que as escolhas humanas não são realizadas de modo estável ou mecânico, mesmo quando inspiradas por propensões e hábitos individuais, porque, para isto, deveria ser analisado o ambiente social em que estariam inseridos[23].

Como fundamentos do seu pensar evolucionário, Veblen diferenciou "razão suficiente" de "causa eficiente"[24]. A razão suficiente se refere, de forma geral, aos agentes racionais que se comportam no presente visando eventos futuros, sendo que a ação econômica é vista como teleológica. De outro lado, a causa eficiente considera as relações processuais de causa e efeito que se modificam com o passar do tempo, sobretudo em virtude dos hábitos e das preferências dos indivíduos, que possuem um caráter cumulativo. Apesar de distintos os conceitos e de haver um foco maior na causa eficiente, a abordagem institucionalista de Veblen considerou os dois aspectos no exame comportamental, em virtude de os indivíduos serem influenciados por fatores racionais e habituais, de forma conjunta.

Nesse sentido, o processo de causa e efeito, conforme Octávio Conceição, passa pela compreensão de que "[...] o desenvolvimento da atividade econômica não pode ser entendido como algo preestabelecido, esperado ou resultado 'ideal' da convergência ao equilíbrio". A sucessão de causas e efeitos leva a um processo histórico de mudança, que pode ter resultado positivo (avanço) ou negativo (retrocesso), já que evolução é mais do que uma mera melhora da situação.[25]

Em contraposição ao modelo ideal, também se sobressaiu John Bryan Davis[26] com uma concepção heterodoxa, afirmando que os indivíduos não podem ser vistos como átomos fora de um contexto social, com atuação passiva e preferências fixas relativamente aos bens e suas características. A estrutura social e a ação dos indivíduos influenciam-se mutuamente e cada agente é considerado um ser ativo, socialmente integrado (*socially embedded*), o que permite descrever e distinguir os indivíduos entre si. O seu conceito de "identidades sociais" permite conciliar os aspectos cognitivos e institucionais porque considera a união das identidades pessoais (aspectos particulares de cada indivíduo, na primeira pessoa do singular, "eu") e individuais (aspectos individualizados de cada um, agindo em sociedade, na terceira pessoa do singular, "ele"). Portanto, as identidades sociais baseiam-se na primeira pessoa do plural, "nós", uma vez que não há como isolar os indivíduos do contexto social.[27]

---

[23] VEBLEN, Thorstein Bunde. Why is Economics not an evolutionary science? **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 12, 1898. Disponível em: http://elegant-technology.com/resource/ECO_ SCI.PDF. Acesso em: 16 abr. 2018.

[24] Id. **The place of Science in modern civilization.** New York: B. W. Huebsch, 1919, p. 238.

[25] CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Instituições, crescimento e mudança na ótica institucionalista. **Teses FEE**, Porto Alegre, n. 01, 2002, p. 96. Disponível em: http://cdn.fee.tche.br/teses/teses_fee_01.pdf. Acesso em: 27 set. 2018.

[26] Dentre outros, com críticas ao modelo canônico. DAVIS, 2003, p. 9-10.

[27] ZULIAN, Aline. **Indivíduos e comportamento:** aspectos cognitivos, institucionais e identidades sociais. 2015. 102 f. Dissertação (Mestrado em Economia e Desenvolvimento) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.

A partir de meados do Século XX, outras ferramentas foram trazidas das Ciências Cognitivas[28] e começaram a ser introduzidas na Economia a fim de auxiliar na construção teórica sobre o comportamento dos indivíduos. Com efeito, Claudia Dias Soares[29] afirmou que "o indivíduo tenta maximizar o seu comportamento relativamente a uma ordem de preferências estável e consistente, mas está limitado por restrições cognitivas, por uma informação incompleta, e pela dificuldade em assegurar o cumprimento dos contratos".

Assim, os questionamentos em relação ao modelo de *homo economicus* ganharam força. Na seara teórica, Herbert Simon (1916-2001)[30] se evidenciou ao defender a existência de limitações cognitivas inerentes aos indivíduos, que os levam a buscar estratégias para fazer escolhas satisfatórias. No campo empírico, Daniel Kahneman[31] e Amos Tversky (1937-1996) identificaram dois processos cognitivos que formam o pensamento, chamados de "sistema 1" (rápido, automático, fácil e associativo – intuição) e "sistema 2" (devagar, deliberativo, trabalhoso, serial e ponderado – reflexão). Gerd Gigerenzer[32], por sua vez, aliou as limitações à racionalidade aos aspectos evolutivos do ser humano, concluindo que as decisões devem ser tomadas com menor esforço mental possível, mediante a utilização de heurísticas rápidas e frugais e em conformidade com as mutações do meio ambiente.

Nesta mesma linha crítica, Richard Thaler, no ano de 2000, fez uma previsão de que o *homo economicus* iria evoluir para o *Homo sapiens*[33], tornando-se mais emocional. Thaler

---

[28] Krecké e Krecké aduzem que, apesar de as Ciências Cognitivas possuírem diferentes métodos de investigação, todas se preocupam com a análise e a tentativa de descrição sobre o que se passa na mente dos indivíduos com o estudo da memória, raciocínio, linguagem, aprendizagem e percepção.
KRECKÉ, Elisabeth; KRECKÉ, Carine. Introduction to a cognitive methodology in economics. *In:* KRECKÉ, Elisabeth; KRECKÉ Carine, KOPPL, Roger G. (Eds.) **Cognition and Economics**. Amsterdam, Oxford: Elsevier, 2007, cap. 1, p. 01-27.
Na mesma linha: THAGARD, 2005.

[29] SOARES, Cláudia Dias. A relevância da estrutura institucional nas reformas do Estado. *In:* CORDEIRO, António Menezes Cordeiro; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Coords.) **Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles**: 90 anos. Coimbra: Almedina, 2007, p. 271-289, p. 276 (citação, ortografia original).

[30] Laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel em 1978 por sua pesquisa pioneira no processo de tomada de decisões no âmbito das organizações.

[31] Laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel em 2002 por introduzir *insights* da Psicologia para a compreensão dos processos decisórios humanos em condições de incerteza.

[32] Registramos que Daniel Kahneman possui divergências em relação às teorias de Gerd Gigerenzer, e vice-versa. O primeiro possui relevantíssima importância no estudo seminal da economia comportamental ao identificar duas formas de pensar – rápida e devagar –, que lhe conferiu, inclusive, o Prêmio Nobel. O segundo, por sua vez, desenvolveu as suas pesquisas com influência na teoria da racionalidade limitada de Herbert Simon e na Psicologia Evolutiva, no sentido de que a mente também é suscetível ao processo de evolução, sendo alvo de adaptações no meio ambiente. Os principais estudos jurídicos encontrados partem da primeira teoria; porém, entende-se necessário o aprofundamento das considerações evolucionistas feitas por Gerd Gigerenzer acerca da necessidade de simplificarmos os processos decisórios com a interrupção das buscas para evitar gastos desnecessários de energia.

[33] A espécie *Homo sapiens* possui outras subespécies. O *Homo sapiens idaltu* e o *Homo sapiens neanderthalensis* foram extintos, remanescendo a subespécie *Homo sapiens sapiens*, que significa "o homem que sabe o que sabe". Informações:

afirmou que os economistas resistiriam à ideia porque seria muito mais difícil e imprevisível estabelecer modelos comportamentais de humanos emocionais do que os modelos tradicionais (em que os agentes vivem em um mundo ideal de padrões medianos). Na sua concepção, como cada geração de cientistas se baseia nos estudos das gerações precedentes, os teoremas comportamentais que estavam sendo desenvolvidos (por ele e outros cientistas) tornariam a Economia mais sofisticada, com a incorporação de descobertas úteis e teorias interdisciplinares[34].

Ainda, Thaler diferenciou os "*Econs*" dos "*Humans*", salientando as diferenças entre o indivíduo da Economia, preso aos axiomas de racionalidade perfeita e maximização, e o indivíduo da Psicologia, movido por diferentes sentimentos e emoções[35]. No ano de 2017, Richard Thaler foi laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel por suas prospecções envolvendo elementos psicológicos.

Em seguida, no ano de 2019, Abhijit Banerjee, Esther Duflo e Michael Kremer também foram premiados com esse mesmo Nobel ao estabeleceram um marco para o estudo da Economia do Desenvolvimento. Com vasto trabalho teórico e empírico, ajudaram a embasar políticas públicas nas áreas de educação, saúde e finanças em diversos países, lastreadas em evidências extraídas da utilização de métodos inovadores de experiências randomizadas, tradicionalmente usadas na pesquisa médica, com o escopo de vislumbrar soluções mais viáveis para superar a pobreza[36]. Como também, outros economistas de renome se destacaram no desenvolvimento de teorias institucionalistas[37], traçando evidências empíricas de suas hipóteses sobre o comportamento humano, com a mudança do método analítico para além da mera introspecção.

Nessa mesma linha multidisciplinar, Alain Supiot, no Direito, também havia reconhecido a influência das outras ciências para interpretar o comportamento humano, que não pode ser tratado de modo puramente quantitativo (unidade) e qualitativo (unicidade), como uma simples unidade de conta[38]:

---

SIGNIFICADOS**. Significado do Homo sapiens.** Disponível em: https://www.significados.com.br/homo-sapiens/. Acesso em: 20 set. 2020.

[34] THALER, Richard H. From *homo economicus* to *Homo sapiens*. **Journal of Economic Perspectives**, New Haven, v. 14, n. 1, p. 133-141, 2000.

[35] THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass Robert. **Nudge**: improving decisions about health, wealth and hapiness. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2008, p. 6-7.

[36] Mais informações:
THE NOBEL PRIZE. **Popular information:** Popular science background:
Research to help the world's poor. Disponível em: https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2019/popular-information/. Acesso em: 22 set. 2020.

[37] Como Gary Stanley Becker e Vernon Lomax Smith, dentre outros.

[38] SUPIOT, Alain. ***Homo juridicus:*** ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. X-XI.

> Fazer de cada um de nós um *homo juridicus* é a maneira ocidental de vincular as dimensões biológica e simbólica constitutivas do ser humano. O Direito liga a infinitude de nosso universo mental à finitude de nossa experiência física, cumprindo em nós uma função antropológica de instituição da razão. A loucura espreita, tão logo se negue uma ou outra das duas dimensões do ser humano, quer para tratá-lo como um animal, quer para tratá-lo como um puro espírito, livre de qualquer limite afora os que ele confere a si mesmo. [...]. Olhar o homem como um puro objeto ou olhá-lo como um puro espírito são as duas faces de um mesmo delírio.

Desta maneira, no tópico que segue, serão descritas as principais características do *Homo sapiens* em obras seminais da Economia e da Neurociência, aprofundando o conhecimento sobre a conduta humana.

## 4 AINDA SOMOS *HOMO SAPIENS (SAPIENS)*

O animal humano é um ser complexo que, para além dos aspectos racionais dos seus processos decisórios, também está sujeito às interferências dos hábitos e intuições (Thorstein Veblen) e das emoções e sentimentos (António Damásio).

Veblen[39] realizou um trabalho pioneiro no pensamento econômico ao identificar o modo como os seres humanos se comportam em sociedade. Os dois pilares citados pelo autor são os hábitos e as intuições, processos anteriores à ação e que estão sob o contexto histórico do ambiente.

Os hábitos[40] resultam de fatores passados e podem gerar padrões de vida em sociedade. Como os indivíduos são resistentes às alterações no seu modo de viver que, em regra, está pautado pelas raízes culturais, é difícil abandonar um padrão estabelecido. Não é fácil quebrar um hábito já formado, pois isto requer esforço mental e energia pessoal, sendo preferível o conservadorismo e a inércia social a fim de manter a regularidade de comportamentos, como demonstrado na seguinte passagem[41]:

---

[39] Veblen concebeu duas expressões: a "classe ociosa" e o "consumo conspícuo". A chamada "classe ociosa" surge na passagem da selvageria primitiva para o estágio da barbárie, quando é instituída a propriedade. Este segmento social é compreendido como ligado às atividades "dignas", que são desvinculadas do aspecto produtivo das atividades rotineiras e industriais. O "consumo conspícuo" representa o comportamento de aquisição de bens, mesmo que sejam caros ou inúteis, com a utilização de recursos de herança ou oriundos de esforço próprio, para demonstrar poder pecuniário aos demais. A "emulação", portanto, caracteriza a busca pela riqueza por meio da imitação de condutas, mas com o intuito de superar os demais indivíduos para se ter respeito e *status* na sociedade.
VEBLEN, Thorstein Bunde. **A teoria da classe ociosa:** um estudo econômico das instituições. Tradução de Olívia Krähenbühl. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

[40] Contemporâneo a Thorstein Veblen, William James traçou os aspectos psicológicos do ser humano. JAMES, William. **The principles of Pshychology**. [S.n.]: Adelaide, 1890. V. I, p. 218. Disponível em: https://ebooks.adelaide. edu.au/j/james/william/principles/. Acesso em: 18 set. 2018.

[41] VEBLEN, 1983, p. 51 (ortografia original).

> [...] Em geral, quanto mais antigo o hábito, tanto mais inquebrantável; e quanto mais um determinado hábito coincidir com os costumes, tanto maior a persistência com que se fixará. O hábito será mais firme se as tendências especiais da natureza humana que a sua prática abranger, ou as aptidões particulares que nele encontrem a sua expressão, forem tendências ou disposições já larga e profundamente envolvidas no processo vital, ou intimamente ligadas à história da vida de um determinado grupo racial.

Apesar de os hábitos estarem condicionados aos pensamentos já existentes, é possível que a estrutura social mude ou se adapte a uma situação que implique em modificação nos hábitos mentais de várias classes da comunidade ou dos indivíduos que a compõem[42], como ocorre, por exemplo, quando há alterações de ordem econômica. No momento em que é aceito um novo padrão de vida, os indivíduos passam a ter hábitos de pensamento convergentes, propiciando a evolução social e o surgimento de novas instituições, com a vigilância daqueles que apresentem desvios de conduta[43].

Em relação aos instintos, Veblen admitiu a dificuldade em conceituá-los, mas apresentou a sua percepção no sentido de que eles possuem características fisiológicas agregadas a aspectos conscientes e teleológicos, com um propósito de atingir um fim determinado[44]. Desta maneira, os instintos humanos, mesmo aqueles que não exijam um grande esforço mental, passam por um processo reflexivo de pensar e agir para alcançar a finalidade desejada, porque[45]:

> [...] toda ação instintiva é inteligente em algum grau; embora o grau de envolvimento da inteligência possa variar amplamente de uma disposição instintiva para outra, e pode até cair em uma forma extremamente automática no caso de alguns instintos mais simples, cujo conteúdo funcional é de caráter patentemente fisiológico.

Ou seja, os instintos não possuem somente elementos inconscientes ou biológicos porque os seres humanos estão imersos em contextos sociais e históricos formados pelos hábitos culturais. Assim, a racionalidade não é dissipada por inteiro porque alguns instintos são universais, como, por exemplo, o paternal, o da curiosidade ociosa, o da produção e o predatório.[46]

---

[42] Ibid., p. 88.

[43] Ibid., p. 97.

[44] VEBLEN, Thorstein Bunde. **The instinct of workmanship and the state of the industrial arts.** New York: The Macmillan Company, 1989, p. 3-4. Original publicado em 1914.

[45] Ibid., p. 30.

[46] SILVA, Vagner Luís da. Fundamentos do institucionalismo na teoria social de Thorstein Veblen. **Política & Sociedade**, Florianópolis, v. 9, n. 17, p. 289-323, out. 2010. p. 294-295.

O instinto paternal está ligado à autopreservação e à proteção dos descendentes, com os atributos básicos de reprodução, manutenção e previdência, destinados a preservar os interesses comuns do grupo e tutelar as gerações futuras[47], como no caso da preservação do meio ambiente e da administração de recursos financeiros. Por sua vez, o instinto da curiosidade ociosa empurra o homem para o conhecimento de si mesmo e do meio em que vive, sem relação monetária direta, mas com uma propensão inata que os diferencia dos animais não humanos[48].

Já os instintos da produção e predatório figuram em polos opostos e em conflito permanente porque "a eles se associa o comportamento humano ao longo da história, quer como agente da dinâmica da realização, do empreendimento, da conquista ou da organização ou como instrumento da destruição, da exploração ou do atraso"[49], isto é, podem ser condutas individuais ou coletivas.

O instinto da produção existe desde as sociedades mais primitivas, que se ocupavam em sobreviver criando "expedientes práticos, caminhos e meios, invenções e instrumentos de eficiência e economia, habilidades, trabalho criativo e tecnologia."[50], para melhorar as condições de vida da humanidade, em constantes processos adaptativos e de cooperação.

E, por fim, o instinto predatório possui o relevante papel de fomentar o conflito dentro dos grupos sociais por meio de "aspectos constitutivos: a agressividade, a competição dos indivíduos pelas posições hierárquicas vantajosas, a guerra entre grupos, a formação de segmentos sociais com poder de exploração, o domínio de natureza sexual ou econômico e demais práticas que demandam o poder de mando e a capacidade de coerção."[51]. Ou seja, este instinto promove que os indivíduos rivalizem e busquem vantagens sociais com o escopo de sabotar o sistema produtivo[52].

Em suma, os hábitos e as intuições dos seres humanos precisam ser compreendidos para explicar os comportamentos[53]. A ação de um indivíduo, por mais simples que pareça e ainda que não exija grande esforço mental, pode ser aceita pela cultura ou até mesmo normatizada pela sociedade[54].

---

[47] VEBLEN, 1989, p. 44.

[48] Ibid., p. 86.

[49] SILVA, 2010, p. 295.

[50] VEBLEN, 1989, p. 33.

[51] SILVA, 2010, p. 296.

[52] Ibid.

[53] Hodgson citou a importância de reintroduzir os hábitos e instintos de Veblen para a criação de uma "teoria do comportamento humano".
HODGSON, Geoffrey Martin. The approach of institutional economics. **Journal of Economic Literature**, New Haven, v. XXXVI, p. 166-192, Mar. 1998.

[54] VEBLEN, 1989, p. 9.

Mais recentemente, outra abordagem sobre o ser humano foi suscitada por António Damásio[55], que aprofundou o estudo sobre a emoção, a razão e o cérebro sob a ótica da Neurobiologia, ramo da Neurociência que reúne disciplinas biológicas e estudam o sistema nervoso, com especial destaque para a anatomia, a fisiologia e a evolução.

Damásio[56] passou a analisar cérebros e emoções de pessoas vivas, sãs ou doentes, com aparelhos modernos, a fim de entender os desafios da racionalidade. A abordagem de examinar a interação do corpo e da mente enquanto o indivíduo está vivo foi revolucionária, pois, até aquele momento, os estudos científicos eram realizados somente em cérebros de pessoas mortas, como o famoso caso de Phineas Gage[57].

Com efeito, o sistema afetivo possui dois componentes: a "reação emocional" e a "consciência emocional", correspondentes às emoções e aos sentimentos, respectivamente. Apesar de serem muitas vezes utilizados como sinônimos, emoções e sentimentos não podem ser assim definidos ou enquadrados porque acionam circuitos cerebrais diferentes.[58]

A emoção é uma espécie de programa que existe no nosso cérebro e faz o corpo reagir de uma forma eficiente, sem perder tempo, frente a uma necessidade imediata de sobrevivência, de "forma objetiva"[59]. Por causa de estímulos externos, em átimos de segundo, o nosso organismo libera certos hormônios, sinapses neurais são desencadeadas e há a movimentação dos músculos, coração, pulmões e outros órgãos ou membros, de forma involuntária[60]. Essas reações emocionais são percebidas pelos outros porque são comportamentais e estão no plano factual, como no caso da lágrima, que pode ser a materialização física de um sentimento de tristeza, raiva ou felicidade intensa.

---

[55] DAMÁSIO, António Rosa. **O erro de Descartes:** emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Original publicado em inglês em 1994.

[56] A obra referida é o trabalho seminal de António Damásio, pelo que é recomendável a leitura de outros livros de sua autoria:
DAMÁSIO, António Rosa. **O mistério da consciência:** do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Luiz Henrique Martins Castro. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. Original publicado em inglês em 1999.
DAMÁSIO, António Rosa. **E o cérebro criou o Homem**. 2. reimp. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
Dentre outros.

[57] Phineas Gage era capataz de uma construção civil, sendo considerado o homem mais eficiente e capaz. Aos 25 anos, no ano de 1848, sofreu um acidente do trabalho em razão de uma detonação mal executada, que projetou uma barra de ferro pela face esquerda, trespassando a base do crânio e saindo pelo topo da cabeça. Depois da sua recuperação, passou a apresentar problemas de personalidade em virtude da lesão cerebral, levando-o à perda do emprego. Trabalhou em diversos locais, virou atração de circo, mostrando a ferida e a barra de ferro, e veio a falecer em 1861, com 38 anos de idade, após uma série de convulsões. O crânio e a barra foram guardados em um museu e diversos cientistas atribuíram a sua mudança de comportamento à região afetada no cérebro. Ibid., p. 31-32.

[58] Ibid., p. 109-111.

[59] Ibid., p. 156-172.

[60] À sua época, William James vinculava a mente e o corpo de tal maneira que não haveria separação, funcionando em perfeita sintonia e como partes de um sistema único integrado. JAMES, 1890, p. 1152.

Além disso, a emoção não gera interpretação do objeto sentido, como o medo, que provoca reações físicas imediatas e perceptíveis aos outros. É um processo automático que ocorre com a ativação das "amígdalas corticais" e é fisiológico e experimentável, sendo objeto de estudo das ciências que buscam entender o comportamento humano e o "sistema límbico"[61]. Não se pode controlar ou racionalizar as emoções porque as reações poderão ocorrer abaixo da linha de percepção, independentemente de o estímulo ser real ou mental. Conforme Harari[62], emoções são "algoritmos bioquímicos vitais" para a sobrevivência e reprodução e "não se trata de uma qualidade exclusivamente humana, pois são comuns a todos os mamíferos, assim como a todas as aves e provavelmente a alguns répteis e peixes."

Os sentimentos, por sua vez, possuem "caráter subjetivo" porque só o indivíduo sabe o que, de fato, está sentindo. Sentir é um processo psicologicamente complexo de se perceber e está relacionado com a interpretação consciente das emoções, que se desenvolve no "córtex cerebral"[63]. Daí que os sentimentos podem ser racionalizados, pois são "algoritmos mais complexos e proveem significado não somente a nossas vidas privadas, mas também a processos sociais e políticos"[64].

As emoções e os sentimentos são características intrínsecas a todos humanos e estão alocados em dispositivos cerebrais distintos, mas que influenciam o funcionamento de todo o organismo, inclusive nos processos de tomada de decisão. Ou seja, as emoções ligam o ser humano ao passado evolutivo porque outras espécies também têm medo, alegria, tristeza, surpresa, nojo ou ira; enquanto que os sentimentos o diferenciam por sentir, por exemplo, culpa, vergonha ou orgulho, algo mais complexo e influenciado pela cultura e meio ambiente.

Diante destas características, António Damásio[65] criticou a noção dualista de René Descartes de que a mente estaria separada do cérebro e do corpo, porquanto os seres humanos, com a evolução, tornaram-se cada vez mais complicados, vindo a possibilidade de pensar e de usar símbolos e linguagens para se comunicar e expressar os pensamentos[66].

O erro de Descartes, por conseguinte, estaria na cisão entre mente (*res cogitans,* coisa pensante, espírito, operações mais refinadas da mente) e corpo (*res extensa*, coisa extensa, matéria, estrutura e funcionamento do organismo biológico). No

---

[61] Damásio afirmou que, embora alguns neurocientistas resistam em reconhecer o "sistema límbico", o termo é usado para designar diversas estruturas evolutivas antigas, sendo as principais "a circunvolução cingulada (no córtex cerebral), a amígdala (cortical) e o prosencéfalo basal (dois conjuntos de núcleos)". DAMÁSIO, 1996, p. 45.

[62] HARARI, Yuval Noah. ***Homo Deus*****:** uma breve história do amanhã. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 91. Original publicado em inglês em 2015.

[63] DAMÁSIO, 1996, p. 172-185.

[64] HARARI, 2016, p. 233.

[65] DAMÁSIO, 1996, p. 278-283.

[66] Ibid., p. 179.

entender de Damásio, a mente é especial, mas não pode ser separada do corpo[67] porque os fenômenos mentais só podem ser compreendidos se estiverem em conexão com o organismo e sua enorme variedade de circuitos cerebrais, em constante interação com o ambiente que o circunda.

As descobertas da Neurociência são recentes e diversos autores começaram a fazer conexões com o Direito[68]. Freitas[69], por exemplo, afirmou que "os achados sobre o funcionamento do cérebro precisam, o mais cedo possível, ser incorporados pela hermenêutica jurídica, de molde a lucidamente escrutinar aquelas predisposições conducentes a erros sistemáticos de julgamento." Enquanto Taruffo[70], ao evidenciar a importância destes estudos, salientou que "pode-se dizer, em essência, que é necessário ter o cérebro para pensar e querer, assim como é necessário ter um cérebro para andar, mas evidentemente não é o cérebro que caminha, e não é o cérebro, ele sozinho, que pensa ou deseja."

De uma certa forma, o Direito é um reflexo dos processos mentais humanos, uma vez que as leis fazem parte do arcabouço jurídico-constitucional criado por determinados indivíduos para ser aplicada pela coletividade em uma dada ordem social. Assim, para exercer a sua função primordial de regular adequadamente o convívio social e gerar confiança, o Direito deve estar aberto à introdução de novos conceitos, uma vez que "as revoluções científicas dos últimos tempos implicam consequências sociais importantes e um significativo passo na História da humanidade"[71].

---

[67] Entendimento citado por Juarez Freitas na seguinte passagem: "[...] não retomo, nem de longe, o menor vestígio do dualismo cartesiano. Reconheço, sem hesitar, que os sistemas interagem o tempo todo, entre si e com o ambiente, descartando qualquer 'localizacionismo' estrito. Mais: a velha disputa filosófica entre razão e emoção não faz sentido, nos dias que correm, em face da constatação insofismável de integração de ambas, sobremodo em zonas pré-frontais do cérebro."
FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 227.

[68] Por exemplo:
BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.
PEÑA CARLOS, Jhonatan Samuel. Neurociencia y derecho: la decisión emocional del juez en el proceso judicial. **Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis**, Peru, ano 2, n. 2, p. 61-74, Jan.-dez. 2016.
FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência.** Curitiba: Juruá, 2008.
PARDO, Michael S.; PATTERSON, Dennis. **Minds, brains, and law:** the conceptual foundations of law and neuroscience. New York: Oxford University Press, 2013.
TARUFFO, Michele; NIEVA FENOL, Jordi (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial.** Madrid: Marcial Pons, 2013.
WOLKART, Erik Navarro. A neurociência da moralidade na tomada de decisões jurídicas complexas e no desenho de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 493-522.

[69] FREITAS, 2013, p. 223-224.

[70] TARUFFO, Michele. Proceso y neurociencia: aspectos generales. Tradução de Jordi Nieva Fenoll. *In:* TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (dirs.). **Neurociencia y processo judicial.** Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 24.

[71] Por isso, Galicia defendeu que deve haver uma mudança nos programas e planos de estudos para a formação de juristas, pois devem ser dotados de uma visão mais ampla e integral dos papéis que lhes correspondem no mundo atual.
MOLINA GALICIA, René. Neurociencia, neuroética, derecho y proceso. *In:* TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (dirs.). **Neurociencia y processo judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 43 e 63 (citações).

Os estudos interdisciplinares, por conseguinte, resgatam características intrínsecas do *Homo sapiens*, como uma forma mais complexa de se comunicar e de se relacionar socialmente, e são de extrema relevância para que se possa compreender as bases do pensamento humano.[72]

## 5 A INTERAÇÃO SOCIAL DOS INDIVÍDUOS

A sociedade, conforme a teoria neoclássica da Economia, pode ser representada como um conjunto de unidades atomísticas, indivíduos e empresas, que buscam maximizar a utilidade e o lucro, respectivamente, em um mercado que tende ao equilíbrio entre a oferta e a demanda.

Canotilho afirmou que "as sociedades e os indivíduos autovinculam-se através de uma Constituição a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades"[73]. E isso porque a assunção antecipada de uma série de restrições futuras aos comportamentos individuais se transforma em um meio em que são incorporadas considerações de longo prazo às decisões feitas no presente. A ideia de autovinculação também está presente na teoria sistêmica no momento em que se considera que a escolha de restrições conduz a um "sistema social organizado que pode transcender as racionalidades parciais dos vários subsistemas conducentes a resultados danosos ou perturbadores para esses sistemas"[74].

Vicente Ráo referiu que o ser humano exterioriza as suas atividades por meio das relações desenvolvidas com os seus semelhantes ou com bens, materiais ou imateriais, proporcionando meios de conservação e sobrevivência[75], o que não significa indiferença quanto à existência de preferências individuais[76], desde que não destoem por completo da realidade social.

A manutenção da ordem social, portanto, depende da existência de regras que possibilitem o respeito aos direitos e imponham o cumprimento dos respectivos

---

[72] FREITAS, 2013, p. 224.
NIEVA FENOLL, Jordi. Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal. *In:* TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (dirs.). **Neurociencia y processo judicial.** Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 170-184. p. 170 (citação).

[73] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A revisão das funções da constituição e os desafios da *governance*. *In:* ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). **Direito penal**: fundamentos dogmáticos e políticos-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 1347-1465. p. 1347 (citação).

[74] Ibid., p. 1348-1349.

[75] RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 5. ed. anot. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

[76] Sunstein argumentou que uma democracia contemporânea não deveria cuidar conscientemente, de maneira geral e compreensiva, das almas dos seus cidadãos, suprindo todas as preferências e crenças. SUNSTEIN, Cass Robert. Preferências e política. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, Trad. Plínio Dentzien, n. 1, p. 219-254, jan./jun. 2009. Original publicado em inglês em 1991.

deveres; e, para isto, o Direito tutela a vida do homem desde antes de nascer e até depois da sua morte[77], formando-se as bases para o viver social[78]:

> Embora não se defina como a simples soma dos indivíduos que a formam, e, sim, como um todo orgânico dotado de ações e reações próprias, a sociedade não é um ser em sentido biológico, nem é capaz de sobreviver totalmente indiferente à sorte de seus membros, que não são seus meros instrumentos, mas a sua própria finalidade, pois a vida social é uma decorrência da natureza do homem.

Harari aduziu que é difícil a compreensão de "ordens imaginadas" porque as pessoas presumem que há apenas dois tipos de realidade: a objetiva e a subjetiva. Como "realidade objetiva", o ar e a gravidade podem ser citados como exemplos, já que irão existir independentemente da crença ou do sentimento das pessoas. Por outro lado, a "realidade subjetiva" representa aquilo que se sente, é a forma como se interpreta aquilo que chega até nós por meio dos cinco sentidos (tato, visão, olfato, paladar e audição) e é considerado real, embora testes objetivos possam contradizer, pois os seres humanos podem ocultar o que estão sentindo.[79]

E isso porque, além dos saltos evolutivos decorrentes do bipedantalismo e do desenvolvimento da gestualidade, linguagem e da vida em grupos complexos, a capacidade de enganar (a si mesmo ou aos outros, por ação ou omissão) também é considerada uma habilidade cognitiva dentro dessa realidade subjetiva. Saber mentir envolve representações mentais, havendo a possibilidade de se dizer algo diferente do pensado para alcançar algum objetivo (positivo ou negativo); como também, torna possível o distanciamento do mundo como ele é, pois os outros também podem pensar ou ter crenças diferentes[80].

Contudo, essa habilidade é extremamente prejudicial em sociedades com disfuncionalidades educacionais e morais, como a brasileira, em que existem desde os pequenos atos de corrupção do cotidiano, a exemplo do jeitinho ou da malandragem em se obter vantagens (p. ex., colar em provas, não devolver o troco errado, adquirir produtos pirateados, fazer instalações clandestinas de energia elétrica ou TV a cabo, etc.), aos grandes, atingindo parcelas expressivas da população, direta ou indiretamente (p. ex., operações envolvendo os anões do orçamento, obra de construção do TRT/SP, fundos de pensão, mensalão, petroleoduto, etc.).

Por isso, Harari salientou a existência de um terceiro nível de realidade, a "intersubjetiva", que não depende das crenças e dos sentimentos individuais dos humanos, mas da comunicação entre eles para estabelecer instituições, valores e

---

[77] RÁO, 1999, p. 53.

[78] Ibid., p. 54.

[79] HARARI, 2016, p. 150.

[80] FILGUERAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e práticas socias. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, nov. 2009, p. 386-421.

regras, sendo uma "rede comum de histórias" que faz sentido para as pessoas e que, por isso, passam a acreditar nelas[81]. Daí a importância das ciências humanas e sociais, que tentam compreender essas realidades intersubjetivas, presentes nas imaginações compartilhadas de todos que fazem parte de uma dada sociedade[82].

O movimento desta realidade intersubjetiva pode ser constante, a depender do contexto e da manutenção-perda da credibilidade. Por exemplo, a democracia, a forma de Estado e a separação de poderes são opções políticas estabelecidas[83], em regra, em textos constitucionais, que variam ao longo do tempo, seja em decorrência da vontade dos governantes, seja por causa de mudanças nos costumes e comportamentos das pessoas. Isto é, as instituições são o coletivo de experiências comuns de um grupo e servem para balizar as ações dos indivíduos no meio social, visto que[84]:

> O delineamento da história de uma comunidade tem por referência toda a gama de valoração instituída, sem a qual não se realiza o jogo da interação social. As expectativas e soluções, que porventura brotam dos conflitos internos à coletividade, constituem apenas o resultado daquelas condições instituídas. A biografia de uma sociedade está inequivocamente amarrada ao conjunto institucional por ela produzida ao longo do tempo.

Assim sendo, a dinâmica das instituições está relacionada com a coercitividade das suas regras e do seu poder de adaptação. Caso as instituições não estejam funcionando adequadamente, haverá a substituição por outras que, novamente, irão requerer a adaptabilidade dos indivíduos e, por conseguinte, da sociedade[85], pois o "reajustamento institucional é produto que se relaciona intrinsicamente à pressão exercida pelo ambiente social"[86].

Destarte, é necessário considerar que os seres humanos decidem de forma automática, enviesada ou influenciada pelas emoções, têm uma visão parcial do mundo por causa da indisponibilidade de todas as informações e são seres que interagem socialmente, com experiências e aprendizagens que mudam em consonância com os novos e diferentes cenários ambientais.

---

[81] HARARI, 2016, p. 152.

[82] Ibid., p. 156.

[83] De acordo com Acemoglu e Robinson: "A política é o processo pelo qual uma sociedade escolhe as regras que vão governá-la. [...] Sempre que houver conflito em torno das instituições, o que acontecerá vai depender das pessoas ou grupos que vencerem o jogo político – quem conseguir mais apoio, obtiver mais recursos e formar mais alianças eficazes. Em suma, o vencedor será determinado pela distribuição de poder político na sociedade."
ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam:** as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Original publicado em inglês em 2012.

[84] SILVA, 2010, p. 303-304.

[85] Ibid., p. 307.

[86] Ibid., p. 308.

Logo, a ideia de indivíduo como um ser isolado, ensimesmado e onipotente está evoluindo para um modelo que reconhece a necessidade de serem agregadas outras características, com uma análise mais sistêmica, no qual os seres são mais integrados ao meio ambiente, empáticos e limitados, chegando a um resultado muito mais próximo da previsão de Richard Thaler de que é preciso considerar as peculiaridades do *Homo sapiens*[87] nos diversos aspectos do seu convívio social.

## 6 UM NOVO OLHAR PARA A CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A vida humana é uma continuidade de tomadas de decisões, das mais simples às mais complexas. Porém, como foi visto nos capítulos anteriores, não é possível que o tempo todo se decida de maneira racional porque isso envolveria um custo mental e energético muito grande. No processo educacional, gastam-se recursos cognitivos para aprender dados e fórmulas ("sistema 2" – reflexivo), que depois são utilizados por meio de atalhos mentais, sem ser necessário questionar a origem dessas convenções, passando a ser simplesmente usadas de forma instantânea ("sistema 1" – rápido/instintivo) como algo verdadeiro, até que sejam superadas por novos fatos ou teorias.

Não obstante, sem ter o conhecimento prévio de uma verdade, o cérebro também interpreta de forma imediata em situações de sobrevivência ou de pertencimento a um grupo social. No primeiro caso, a mente atua rapidamente para que o corpo reaja no sentido de enfrentar ou fugir do perigo, já que o tempo para se buscar uma resposta mais reflexiva poderia gerar maior risco à manutenção da vida. E, no segundo, vieses mentais são criados, sendo possível as pessoas ignorarem evidências a partir da narrativa de alguém que, simplesmente, pense de forma similar, como uma forma de convalidar crenças ou de condicionar o modo de pensar, decidir e sentir.

Com efeito, os estudos a partir de Herbert Simon, que cunhou a expressão racionalidade limitada (*bounded rationality*), trouxeram elementos extraordinários nos processos de tomada de decisão, com as contribuições, passadas e atuais, de outras áreas científicas, pois o ser humano pode não ter todas as informações para decidir ou mesmo que as tenha, é possível ignorá-las para agir conforme as restrições pessoais (marcadas por intuições, hábitos ou emoções), culturais (derivadas dos convívios sociais) ou ambientais (decorrentes das características do entorno).

Portanto, as políticas públicas precisariam ser desenhadas considerando essas particularidades, algo que vem sendo sugerido por Abhijit Banerjee, Esther Duflo e Michael Kremer, cujas pesquisas partem do embasamento econômico teórico e avançam com a utilização de técnicas empíricas de mensuração de ações governamentais para testar a sua efetividade e impacto, agregando-se aferições

[87] THALER, 2000, p. 133-141.

randomizadas e controladas com o uso de incentivos diversificados (como os *nudges* de Richard Thaler e Cass Sunstein[88]) para observar as respostas comportamentais.[89]

Cardono Arias[90], em artigo de revisão desse trabalho, afirmou que o tipo de análise ainda é escasso na América Latina. Apesar disso, salientou a necessidade de fomentar essa modalidade de investigação nas populações potencialmente beneficiárias dos programas sociais, visto que podem fornecer um rumo para a avaliação dos seus potenciais efeitos em função de características básicas de cada população; como também, podem permitir o aprofundamento de questões adicionais de reavaliação, como o fator motivacional das pessoas em rejeitar ou aderir às políticas públicas, com o exame das peculiaridades das ações e reações.

Das 34 avaliações randomizadas selecionadas pelo autor, preponderaram investigações na área da educação (41,2%), seguidas da saúde (20,6%), microcréditos (8,8%), participação política das mulheres (8,8%) e transferências diretas às populações carentes (5,9%)[91]. Desse total, 16 foram feitas na Índia, 10 no Quênia, 4 no Marrocos, 1 na África do Sul, 1 nos Estados Unidos e 1 realizado em sete países ao mesmo tempo. Os resultados obtidos permitiram estabelecer novas diretrizes para a formulação de políticas públicas voltadas à redução da pobreza e desigualdades sociais, havendo uma maior qualificação do uso de recursos econômicos.

Devido à riqueza de detalhes e ao objetivo do presente artigo, serão destacadas apenas algumas linhas das pesquisas realizadas na educação e na saúde, mais recorrentes por envolverem custos de formação do capital humano. Cabe salientar que nem todos os programas foram eficazes, tendo sido verificados problemas no seu desenvolvimento face à desinformação, corrupção ou outros fenômenos sociais que só podem ser identificados quando se faz uma avaliação local, de acordo com as características de cada região e as evidências comportamentais detectadas.

Na educação, diversas intervenções foram feitas, muitas delas multifatoriais como, por exemplo: o treinamento de duas horas por semana de crianças com jogos em computadores melhorou habilidades de matemática e linguagem (Índia, 2003[92]); a

---

[88] THALER; SUNSTEIN, 2008.

[89] Existem críticas a essa forma de avaliação randomizada porque, em muitos casos, os experimentos se revelam difíceis de implementação em virtude de questões financeiras, políticas, éticas ou do reduzido estrato populacional investigado, não representando a tendência comportamental de um grupo social. Athey e Imbems sugerem a associação de técnicas complementares, como a utilização de métodos de aprendizado de máquina (*machine learning*) para melhorar as estimativas dos efeitos causais em alta dimensão e extrair inferências dos dados observacionais, podendo dar maior credibilidade aos achados para a formulação de políticas públicas.
ATHEY, Susan; IMBEMS, Guido W. The state of applied econometrics: causality and policy evaluation. **Journal of Economic Perspectives**, Nashville, v. 31, n. 2, p. 3-32, 2017.

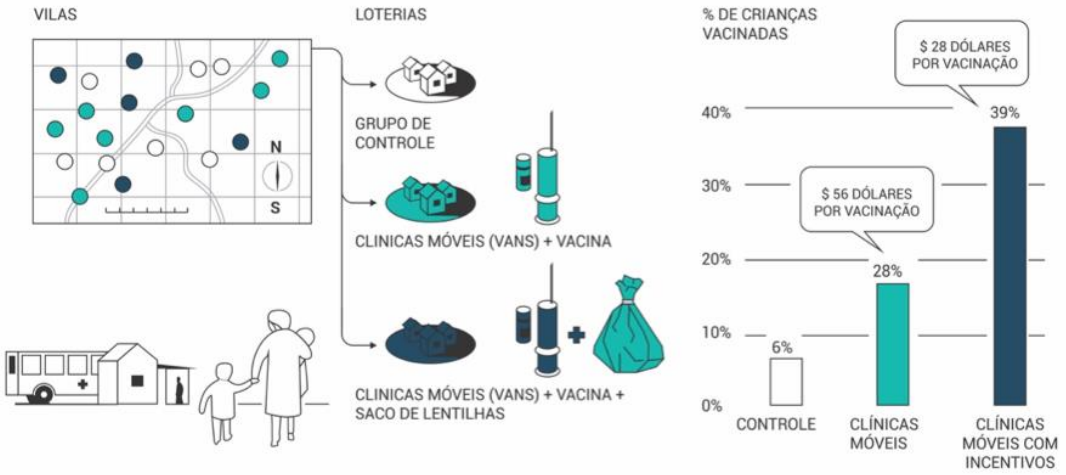
[90] CARDONA ARIAS, Jaiberth Antonio. Evaluación del impacto económico de programas sociales contra la pobreza: una revisión de estudios aleatorizados en la obra de Esther Duflo. **Rev. Fac. Nac. Salud Pública**, 2020. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-386X2020000200008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 22 set. 2020.

[91] Id., p. 1 e 4.

[92] LINDEN, Leigh; BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther. Computer-assisted learning: Evidence from a randomized experiment. **Poverty Action Lab**, Paper n. 5, out. 2003.

contratação de professores e a redução do número de alunos em cada turma proporcionaram melhores pontuações em testes de matemática e linguagem, com a produção de efeitos para todos os grupos por até um ano depois do encerramento do programa (Quênia, 2009[93]); o monitoramento e o incentivo financeiro aos professores reduziu o absenteísmo e melhorou as notas das crianças em provas (Índia, 2012[94]); e, ainda, a combinação da utilização de apoio em informática e auxílio de mulheres jovens da comunidade teve retorno positivo em relação ao custo-benefício, incluindo o efeito contágio (*spillover*) em não estudantes e a duração de mais de um ano (Índia, 2005[95]).

Na saúde, um dos estudos randomizados[96] que ocorreu na Índia (2010) foi representado na seguinte figura, traduzida por Flávia Ávila[97]:




Tradução livre pelo autor - © Johan Jarnestad/The Royal Swedish Academy of Sciences

[93] DUFLO, Esther; DUPAS, Pascaline; KREMER, Michael. Additional resources versus organizational changes in education: **Experimental evidence.** Disponível em: https://www.semanticscholar.org/paper/Additional-Resources-versus-Organizational-Changes-Duflo-Dupas/def10f0e54458cb1e44b29d15728daa60d846491.

[94] DUFLO, Esther; HANNA, Rema; RYAN, Stephen P. Incentives work: Getting teachers to come to school. **American Economic Review,** v. 102, n. 4, jun. 2012, p. 1241-1278. Disponível em: https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.102.4.1241. Acesso em: 22 set. 2020.

[95] BANERJEE, Abhijit *et al.* Remedying education: evidence from two randomized experiments in India. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 122, n. 3, ago. 2007, p. 1235–1264.

**[96]** BANERJEE, Abhijit *et al.* Improving immunisation coverage in rural India: clustered randomised controlled evaluation of immunisation campaigns with and without incentives. **BMJ,** [*s. l.*], v. 340, n. 7759, jun. 2010. Disponível em: https://www.bmj.com/content/bmj/340/bmj.c2220.full.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

[97] ÁVILA, Flávia. Nobel premia trio que fez do mundo um laboratório comportamental para combater a pobreza. Blog **Economia Comportamental**. [*S. l.*], 25 out. 2019. Disponível em: http://www.economiacomportamental.org/nacionais/nobel-2019-flavia-avila/.
No site original:
THE NOBEL PRIZE. **Popular information**: research to help the world's poor. Disponível em : https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2019/popular-information/. Acesso em: 23 set. 2020.

Na pesquisa, participaram 1.640 crianças dentre um a três anos de idade em 134 aldeias pobres, divididas em três grupos, com avaliação durante dezoito meses: (i) grupo controle, sem intervenção, 860 crianças em 74 aldeias, imunizadas em postos de saúde; (ii) grupo de intervenção A, 379 crianças em 30 aldeias, imunizadas em clínicas móveis (vans); e (iii) grupo de intervenção B, 382 crianças em 30 aldeias, imunizadas em clínicas móveis e com pequenos incentivos: um pacote de lentilhas e, se completado o calendário de vacinas, pratos de metal.[98]

E os resultados foram os seguintes: (i) no grupo controle, com o método tradicional, apenas 6% das crianças foram vacinadas (50/860); (ii) na intervenção A, somente com a modificação do local de vacinação, 18% das crianças foram imunizadas (68/379), o que resultou no custo de U$ 56 por vacina; e (iii) na intervenção B, com as clínicas móveis e incentivos, 39% das crianças receberam as doses (148/382), baixando o custo para US$ 28. Ou seja, houve um aumento de vacinação com a melhora da oferta e de acesso ao serem disponibilizadas clínicas móveis (intervenção A), mas 81% das crianças não foram vacinadas; enquanto que, mediante a concessão de incentivos (intervenção B), ainda que mínimos, houve impactos mais positivos, embora 61% das crianças também tenham ficado sem imunização.[99]

Esses resultados revelam a necessidade de se avaliar as tendências comportamentais nas políticas públicas porque as decisões são marcadas por questões pessoais, culturais ou ambientais. Algumas das conclusões dos pesquisadores foram no sentido de que os pais não tinham fortes objeções ou receios sobre as vacinações; porém, não haviam sido suficientemente persuadidos dos benefícios de superar a tendência natural de adiar a atividade de ter que gastar tempo e esforço de levar as crianças até os postos de saúde ou de ter que lidar com eventual febre após as vacinas. Mesmo assim, conceder módicos incentivos teve melhores resultados na superação da procrastinação e na melhoria dos percentuais de mudança comportamental na prevenção da saúde, permitindo a completude dos ciclos de imunização e fornecendo evidências mais precisas para auxiliar a reformulação das ações governamentais.[100]

Outras intervenções na saúde podem ser assim exemplificadas: o subsídio para melhorar o estado nutricional das crianças foi mais efetivo quando recebido pelas mães (África do Sul, 2003[101]); apesar do aumento dos custos, o abastecimento de água encanada em uma zona urbana causou maior bem-estar, mas não melhorou a qualidade da água consumida ou reduziu doenças por ela transmitidas (Marrocos,

[98] BANERJEE *et al*., 2010, p. 1-4.

[99] Ibid.

[100] Ibid., p. 8.

[101] DUFLO, Esther. Grandmothers and granddaughters: old age pensions and intra-household allocation in South Africa. **Massachusetts Institute of Techonology**, 2000. Disponível em: http://economics.mit.edu/files/732. Acesso em: 23 set. 2020.

2011[102]); a produção própria de grãos para consumo, fortificados com ferro e ácido fólico foi eficaz, simples, viável e factível para reduzir a anemia (Índia, 2011[103]).

Estes estudos demonstram que o arcabouço teórico e as medições randomizadas poderão gerar políticas públicas com maior acurácia, mas as soluções devem ser customizadas de acordo com as peculiaridades intrínsecas de cada povo ou localidade, não bastando simplesmente importar um modelo que deu certo em outro país, já que as intervenções precisam ser identificadas, testadas e acompanhadas durante certo período para se ter indicadores e resultados mais precisos.

No Brasil, Claudio Ferraz tem desenvolvido pesquisas com essa abordagem empírica e interdisciplinar objetivando testar teorias, analisar fenômenos sociais e examinar políticas públicas mediante avaliações das causas e consequências, a fim de apontar diretrizes para o combate ao crime organizado[104], a diminuição da corrupção e a concessão de incentivos políticos eleitorais[105], dentre outras[106].

Na educação pública, Ferraz e Bruns[107] identificaram resultados preliminares da política do governo estadual de Pernambuco no ano de 2008 quando foi estabelecido um sistema de pagamento por desempenho para os professores. Em síntese, constatou-se que o incentivo reduziu o abandono escolar e aumentou a taxa de aprovação de alunos do 5º ao 9º ano (1,3 milhões) em provas de matemática e português; mas também, em relação aos professores (em torno de 50.000), houve a redução do absenteísmo e, consequentemente, teve um aumento no número de atividades pedagógicas semanais e na cobertura das matérias durante o ano.

---

[102] DEVOTO, Florencia, *et al.* Happiness on tap: piped water adoption in urban Morocco. **National Bureau of Economic Research**; NBER Working Paper, n. 16933, 2011. Disponível em: https://www.nber.org/papers/w16933. Acesso em: 23 set. 2020.

[103] BANERJEE, Abhijit ; DUFLO, Esther; GLENNERSTER, Rachel. Is decentralized iron fortification a feasible option to height anemia among the poorest? **Massachusetts Institute of Technology**, 2011. Disponível em: https://economics.mit.edu/files/11412. Acesso em: 23 set. 2020.

[104] FERRAZ, Claudio; OTTONI, Bruno. Os efeitos da pacificação sobre o crime e a violência. Jun. 2013. *In*: SEMINÁRIO DE PESQUISA DA FUCAPE BUSINESS SCHOOL, 2014. **[Anais ...]**. Rio de Janeiro: FUCAPE, 2014. Paper. Disponível em: http://legado.fucape.br/downloads/UPPcrime_port.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

[105] FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Motivating politicians : the impacts of monetary incentives on quality and performance. **NBER** Working Paper n. 14906, Abril 2009. DOI: 10.3386/w14906. Disponível em: https://www.nber.org/papers/w14906. Acesso em: 23 set. 2020.
FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: evidence from the audits of local governments. **American Economic Review**, [*s. l.*], v. 101, n. 4, p. 1274–1311, Jun. 2011.
FERRAZ, Claudio; FINAN Frederico; MOREIRA, Diana B. Corrupting learning: evidence from missing federal education funds in Brazil. **Journal of Public Economics**, [*s. l* .], v. 96, n. 9-10, p. 712-726, Out. 2012. DOI: 10.3386/w18150.

[106] Por exemplo:
BURSZTYN, Leonardo. Poverty and the political economy of public education spending: evidence from Brazil. **Journal of the European Economic Association**, [*s. l* .], v. 14, n. 5, p. 1101–1128, Out. 2016. DOI : https://doi.org/10.1111/jeea.12174.

[107] BRUNS, Barbara; FERRAZ, Claudio. Paying teachers to perform: the impact of bonus pay in Pernambuco, Brazil. **SREE Spring**, 2012 Conference Abstract Template. Disponível em: https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED530173.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

Todavia, os efeitos positivos foram mais concentrados em escolas menores, onde é mais fácil a coordenação.

Outros estudos vêm sendo desenvolvidos[108], o que revela ser necessário compreender essa nova abordagem, pois os resultados baseados em evidências poderão ser muito mais eficazes do que as formas tradicionais de se proporcionar as prestações sociais mínimas, alcançando um número maior de beneficiários e reduzindo os gastos públicos.

Logo, não são poucos os desafios, mas existem muitos esforços destinados a encontrar novas maneiras de solucionar problemas sociais recorrentes que partem, muitas vezes, de uma forma limitada de se ver as ações e reações do ser humano contemporâneo. Por isso, o Direito, que possui o relevante papel de formar e reformular as regras sociais, precisa ampliar seus horizontes com o objetivo de compreender e incorporar estudos multidisciplinares, a fim de permitir que a sua concepção de *homo burocraticus* evolua para a de *Homo sapiens*, de modo a se encaixar no atual contexto dos seres humanos e das sociedades do Século XXI.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, a Economia se aproximou de outras áreas do conhecimento. Hoje, as sociedades estão cada vez mais complexas e as características intrínsecas do ser humano estão sendo reveladas com o intuito de se buscar alternativas mais viáveis de melhorar a qualidade de vida e o bem-estar de uma parcela maior da população e, ao mesmo tempo, reduzir os desperdícios de dinheiro público. Neste sentido, a avaliação de experimentos baseados na observação comportamental e nas intervenções em situações do cotidiano para entender as tendências decisórias poderá promover variações na forma de fazer governança, pois há a sinalização de que, a partir de evidências empíricas, tem-se maior efetividade nos objetivos sociais das políticas públicas.

Esse é o caminho a ser seguido pelo Direito: adaptar-se às mudanças do novo século e contribuir com a formação de "boas leis" para que sejam, de fato, aplicadas, sem tantas variações hermenêuticas geradoras de desigualdades e inseguranças jurídicas. Essa é a esperança dos brasileiros, revelada por Roberto da Matta (citação no primeiro capítulo): "vermos as leis serem finalmente implementas e cumpridas".

[108] Por exemplo:

BRUNS, Barbara; COSTA, Leandro; CUNHA, Nina. Through the looking glass: can classroom observation and coaching improve teacher performance in Brazil? **Economics of Education Review**, Março 2018. DOI: 10.1016/j.econedurev.2018.03.0.

CORNÉOJS, Chlóe, *et al*. Increasing student learning: teacher bonus program in Rio de Janeiro, Brazil. **UCLA Luskin School of Public Affairs**, Aplied Policy Report, Maio 2013. Disponível em: https://luskin.ucla.edu/sites/default/files/11%20-%20Teacher%20Bonus%20Brazil_0.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

## REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam:** as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Original publicado em inglês em 2012.

ARAÚJO, Fernando. **Adam Smith:** o conceito mecanicista de liberdade. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

ATHEY, Susan; IMBEMS, Guido W. The state of applied econometrics: causality and policy evaluation. **Journal of Economic Perspectives**, Nashville, v. 31, n. 2, p. 3-32, 2017.

ÁVILA, Flávia. Nobel premia trio que fez do mundo um laboratório comportamental para combater a pobreza. Blog **Economia Comportamental**. [*S. l.*], 25 out. 2019. Disponível em: http://www.economiacomportamental.org/nacionais/nobel-2019-flavia-avila/.

BANERJEE, Abhijit ; DUFLO, Esther; GLENNERSTER, Rachel. Is decentralized iron fortification a feasible option to height anemia among the poorest? **Massachusetts Institute of Technology**, 2011. Disponível em: https://economics.mit.edu/files/11412.

BANERJEE, Abhijit *et al.* Remedying education: evidence from two randomized experiments in India. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 122, n. 3, ago. 2007, p. 1235–1264.

BANERJEE, Abhijit *et al.* Improving immunisation coverage in rural India: clustered randomised controlled evaluation of immunisation campaigns with and without incentives. **BMJ,** [*s. l.*], v. 340, n. 7759, jun. 2010. Disponível em: https://www.bmj.com/content/bmj/340/bmj.c2220.full.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

BOWLES, Samuel; BOYD, Robert; FEHR, Ernst; GINTIS, Herbert. Behavioural science: *homo reciprocans*. **Nature**, United Kingdom, v. 415, n. 6868, p. 125-128, jan. 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRUNS, Barbara; COSTA, Leandro; CUNHA, Nina. Through the looking glass: can classroom observation and coaching improve teacher performance in Brazil? **Economics of Education Review**, Março 2018. DOI: 10.1016/j.econedurev.2018.03.0.

BRUNS, Barbara; FERRAZ, Claudio. Paying teachers to perform: the impact of bonus pay in Pernambuco, Brazil. **SREE Spring**, 2012 Conference Abstract Template. Disponível em: https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED530173.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

BURSZTYN, Leonardo. Poverty and the political economy of public education spending: evidence from Brazil. **Journal of the European Economic Association**, [*s. l* .], v. 14, n. 5, p. 1101–1128, Out. 2016. DOI : https://doi.org/10.1111/jeea.12174.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A revisão das funções da constituição e os desafios da *governance*. *In:* ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). **Direito penal**: fundamentos dogmáticos e políticos-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 1347-1465.

CARDONA ARIAS, Jaiberth Antonio. Evaluación del impacto económico de programas sociales contra la pobreza: una revisión de estudios aleatorizados en la obra de Esther Duflo. **Rev. Fac. Nac. Salud Pública**, 2020. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-386X2020000200008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 22 set. 2020.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Instituições, crescimento e mudança na ótica institucionalista. **Teses FEE**, Porto Alegre, n. 01, 2002. Disponível em: http://cdn.fee.tche.br/teses/teses_fee_01.pdf. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? **Revista Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 19, n. 36, p. 25-45, set. 2001.

_____. Thorstein Veblen: nota introdutória. **OIKOS**, Rio de Janeiro, n. 8, ano VI, p. 181-187, 2007.

_____. Além da transação: uma comparação do pensamento dos institucionalistas com os Evolucionários e Pós-Keynesianos. **EconomiA**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 621-642, Set./dez. 2007.

CORNÉOJS, Chlóe, *et al*. Increasing student learning: teacher bonus program in Rio de Janeiro, Brazil. **UCLA Luskin School of Public Affairs**, Aplied Policy Report, Maio 2013. Disponível em: https://luskin.ucla.edu/sites/default/files/11%20-%20Teacher%20Bonus%20Brazil_0.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

COSGEL, Metin M. Consumption institutions. **Review of Social Economy**, United Kingdom, v. 55, n. 2, p. 153-171, 1997. Disponível em: https://econpapers.repec.org/article/tafrsocec/v_3a55_3ay_3a1997_ 3ai_3a2_3ap_3a153-171.htm. Acesso em: 27 set. 2018.

DA MATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DA MATTA. Roberto. **Carnavais, malandros e heróis.** [1. ed. de 1978]. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DAMÁSIO, António Rosa. **O erro de Descartes:** emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Original publicado em inglês em 1994.

DAMÁSIO, António Rosa. **E o cérebro criou o Homem**. 2. reimp. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DAMÁSIO, António Rosa. **O mistério da consciência:** do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Luiz Henrique Martins Castro. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. Original publicado em inglês em 1999.

DAVIS, John Bryan. **The theory of the individual in Economics:** identity and value. New York: Routledge, 2003.

DEMO, Pedro. **Autoridade do argumento:** interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

DEVOTO, Florencia, *et al.* Happiness on tap: piped water adoption in urban Morocco. **National Bureau of Economic Research**; NBER Working Paper, n. 16933, 2011. Disponível em: https://www.nber.org/papers/w16933. Acesso em: 23 set. 2020.

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. As diferenças entre os conceitos de moral no utilitarismo de Bentham e John Stuart Mill: a moralidade como derivada das respectivas noções de natureza humana. **Princípios, Revista de Filosofia**, Natal, v. 19, n. 32, p. 483-506, Jul./dez. 2012.

DUFLO, Esther. Grandmothers and granddaughters: old age pensions and intra-household allocation in South Africa. **Massachusetts Institute of Techonology**, 2000. Disponível em: http://economics.mit.edu/files/732. Acesso em: 23 set. 2020.

DUFLO, Esther; DUPAS, Pascaline; KREMER, Michael. Additional resources versus organizational changes in education: **Experimental evidence.** Disponível em: https://www.semanticscholar.org/paper/Additional-Resources-versus-Organizational-Changes-Duflo-Dupas/def10f0e54458cb1e44b29d15728daa60d846491.

DUFLO, Esther; HANNA, Rema; RYAN, Stephen P. Incentives work: Getting teachers to come to school. **American Economic Review,** v. 102, n. 4, jun. 2012, p. 1241-1278. Disponível em: https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.102.4.1241. Acesso em: 22 set. 2020.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência.** Curitiba: Juruá, 2008.

FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Motivating politicians : the impacts of monetary incentives on quality and performance. **NBER** Working Paper n. 14906, Abril 2009. DOI: 10.3386/w14906. Disponível em: https://www.nber.org/papers/w14906. Acesso em: 23 set. 2020.

FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: evidence from the audits of local governments. **American Economic Review**, [*s. l.*], v. 101, n. 4, p. 1274–1311, Jun. 2011.

FERRAZ, Claudio; FINAN Frederico; MOREIRA, Diana B. Corrupting learning: evidence from missing federal education funds in Brazil. **Journal of Public Economics**, [*s. l* .], v. 96, n. 9-10, p. 712-726, Out. 2012. DOI: 10.3386/w18150.

FERRAZ, Claudio; OTTONI, Bruno. Os efeitos da pacificação sobre o crime e a violência. Jun. 2013. *In*: SEMINÁRIO DE PESQUISA DA FUCAPE BUSINESS SCHOOL, 2014. **[Anais ...]**. Rio de Janeiro: FUCAPE, 2014. Paper. Disponível em: http://legado.fucape.br/downloads/UPPcrime_port.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

FILGUERAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e práticas socias. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 02, nov.2009, p. 386-421.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.

GIGERENZER, Gerd; BRIGHTON, Henry. Homo heuristicus: why biased minds make better inferences. **Topics in Cognitive Science**, New York, v. 1, n. 1, p. 107-143, 1. Jan. 2009.

HARARI, Yuval Noah. ***Homo Deus*:** uma breve história do amanhã. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. Original publicado em inglês em 2015.

HODGSON, Geoffrey Martin. The approach of institutional economics. **Journal of Economic Literature**, New Haven, v. XXXVI, p. 166-192, Mar. 1998.

_____. Toward an evolutionary and moral science: remarks on receiving the Veblen-Commons award. **Journal of Economic Issues**, Arkansas, p. 01-13, jan. 2012.

JAMES, William. **The principles of Pshychology**. [S.n.]: Adelaide, 1890, v. I, p. 218. Disponível em: https://ebooks.adelaide. edu.au/j/james/william/principles/. Acesso em: 18 set. 2018.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decision under risk. **Econométrica**, New York, v. 47, n. 2, p. 263-292, mar. 1979.

KRECKÉ, Elisabeth; KRECKÉ, Carine. Introduction to a cognitive methodology in economics. *In:* KRECKÉ, Elisabeth; KRECKÉ Carine, KOPPL, Roger G. (Eds.) **Cognition and Economics**. Amsterdam, Oxford: Elsevier, 2007, cap. 1, p. 01-27.

LINDEN, Leigh; BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther. Computer-assisted learning: Evidence from a randomized experiment. **Poverty Action Lab**, Paper n. 5, out. 2003.

LUZ, Manuel Ramon Souza; FRACALANZA, Paulo Sérgio. A gênese do indivíduo e o indivíduo da gênese: uma abordagem multidisciplinar acerca do papel da ideologia cristã nas origens do homem (econômico). **EconomiA**, Brasília, v. 14, n. 1, p. 189-210, jan./abr. 2013.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia**. 3. ed. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. Rev. Téc. Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

MOLINA GALICIA, René. Neurociencia, neuroética, derecho y proceso. *In:* TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (dirs.). **Neurociencia y processo judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 43-82.

NIEVA FENOLL, Jordi. Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal. *In:* TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (dirs.). **Neurociencia y processo judicial.** Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 170-184.

MORGAN, Mary Susanna. Economic man as model man: ideal types, idealization and caricatures. **Journal of the History of Economic Thought**, Cambridge, v. 28, n. 1, p. 1-27, Mar. 2006.

PARDO, Michael S.; PATTERSON, Dennis. **Minds, brains, and law:** the conceptual foundations of law and neuroscience. New York: Oxford University Press, 2013.

PEÑA CARLOS, Jhonatan Samuel. Neurociencia y derecho: la decisión emocional del juez en el proceso judicial. **Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis**, Peru, ano 2, n. 2, p. 61-74, Jan.-dez. 2016.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RÁO, Vicente (1892-1978). **O direito e a vida dos direitos.** 5. ed. Anot. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 1. ed. publicada em 1952.

SIGNIFICADOS**. Significado do Homo sapiens.** Disponível em: https://www.significados.com.br/homo-sapiens/. Acesso em: 20 set. 2020.

SILVA, Vagner Luís da. Fundamentos do institucionalismo na teoria social de Thorstein Veblen. **Política & Sociedade**, Florianópolis, v. 9, n. 17, p. 289-323, out. 2010.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais.** Tradução de Lya Luft. Rev. de Eunice Ostrensky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. Original publicado em inglês em 1759. Original publicado em inglês em 1759.

SOARES, Cláudia Dias. A relevância da estrutura institucional nas reformas do Estado. *In:* CORDEIRO, António Menezes Cordeiro; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Coords.) **Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles**: 90 anos. Coimbra: Almedina, 2007, p. 271-289.

SUPIOT, Alain. ***Homo juridicus:*** ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SUNSTEIN, Cass Robert. Preferências e política. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, Tradução de Plínio Dentzien, n. 1, p. 219-254, Jan./jun. 2009. Original publicado em inglês em 1991.

TARUFFO, Michele; NIEVA FENOL, Jordi (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. Proceso y neurociencia: aspectos generales. Tradução de Jordi Nieva Fenoll. *In:* TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (dirs.). **Neurociencia y processo judicial.** Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 15-24.

THAGARD, Paul. **Mind:** introduction to cognitive science. [1. ed. 1996, Bradford Books]. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 2005.

THALER, Richard H. From *homo economicus* to *Homo sapiens*. **Journal of Economic Perspectives**, New Haven, v. 14, n. 1, p. 133-141, 2000.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass Robert. **Nudge**: improving decisions about health, wealth and hapiness. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2008.

THE NOBEL PRIZE. **Popular information:** popular science background:
Research to help the world's poor. Disponível em: https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2019/popular-information/. Acesso em: 22 set. 2020.

THE NOBEL PRIZE. **Popular information**: research to help the world's poor. Disponível em : https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2019/popular-information/. Acesso em: 23 set. 2020.

VEBLEN, Thorstein Bunde. Why is Economics not an evolutionary science? **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 12, 1898. Disponível em: http://elegant-technology.com/resource/ECO_SCI.PDF. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. **The place of Science in modern civilization.** New York: B. W. Huebsch, 1919.

_____. **A teoria da classe ociosa:** um estudo econômico das instituições. Tradução de Olívia Krähenbühl. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **The instinct of workmanship and the state of the industrial arts.** New York: The Macmillan Company, 1989. Original publicado em 1914.

WANG, Xiao-tian. Introduction: bounded rationality of economic man: new frontiers in evolutionary Psychology and Bioeconomics. **Journal of Bioeconomics**, New York, v. 3, n. 2-3, p. 83-89, mai. 2001.

WOLKART, Erik Navarro. A neurociência da moralidade na tomada de decisões jurídicas complexas e no desenho de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 493-522.

ZULIAN, Aline. **Indivíduos e comportamento:** aspectos cognitivos, institucionais e identidades sociais. 2015. 102 f. Dissertação (Mestrado em Economia e Desenvolvimento) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.

# PARA QUE PRECISAMOS DE UM VICE? PONDERAÇÕES ACERCA DA NECESSIDADE OU NÃO DE VICES NO PODER EXECUTIVO

*WHAT DO WE NEED A VICE FOR?*
*CONSIDERATIONS ABOUT THE NECESSITY OR NOT OF VICES IN THE EXECUTIVE BRANCH*

César Augusto Hülsendeger[1]

**Resumo:** Na história do Brasil republicano, alguns Vice-presidentes da República foram além da mera substituição episódica do Presidente titular, havendo os que se indispuseram com seus Presidentes e os que foram impedidos de assumir legitimamente o cargo de Presidente. Nos Estados, muitos Vice-Governadores criaram dificuldades para os titulares. Considerando esses dissabores, a questão que este trabalho busca responder é se, do ponto de vista estritamente jurídico e de organização governamental, é necessário haver Vices no Poder Executivo?
**Palavras-chave:** Poder Executivo. Vice-presidente. Pesquisa histórica. Direito Comparado.

***Abstract:*** *In the history of republican Brazil, some Vice Presidents went beyond the mere episodic replacement of the incumbent President, with those who were indisposed with their Presidents and those who were prevented from legitimately assuming the office of President. In the States, many Deputy Governors have created difficulties for incumbents. Considering these problems, the question that this paper seeks to answer is whether, from the strictly legal point of view and from governmental organization, it is necessary to have Vices in the Executive Branch?*
***Keywords:*** *Executive Power. Vice president. Historical research. Comparative law.*

## 1 INTRODUÇÃO

Desde 1891 existem Vice-presidentes da República no Brasil, à exceção do período de 1930 a 1945. A existência deles sempre foi justificada pela necessidade de substituição – temporária ou definitiva – do titular do Poder Executivo. E, exceto nas Constituições de 1891 e de 1946 – que lhes atribuiu a Presidência do Senado Federal, como na

[1] Bacharel em Comunicação Social pela Faculdade dos Meios de Comunicação Social da PUCRS (1985) e jornalista profissional diplomado (reg. MTE nº. 5.494/85). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS (1995). Especialista em Gestão Pública e Controle Externo pela Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena, do TCE-RS (2008). Especialista em Direito Público pela Faculdade IDC (Porto Alegre, 2012). Auditor Público Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, aposentado. No TCE-RS, atuou como instrutor de processos de contas das áreas municipal e estadual, assessor do Diretor de Controle e Fiscalização, do Diretor Geral, da Conselheira Substituta Letícia Ayres Ramos e da Consultoria Técnica, instrutor para servidores ingressantes e em cursos de atualização para auditores, na área de produção e avaliação da prova no âmbito do processo de contas dos gestores estaduais e municipais.
Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1611028123611771. Email: hulsendeger@gmail.com

Constituição dos EUA –, essa sempre foi a função do Vice: substituir o titular, embora as últimas Cartas previssem poder lhes ser conferidas outras funções, mediante lei complementar[2]. E pelo princípio da simetria, essa norma é de repetição obrigatória nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas dos municípios. Com o que temos Vice-Governadores e Vice-Prefeitos.

E por que temos os Vices? A resposta óbvia seria: porque a Constituição dos EUA, que foi o molde da nossa primeira Constituição, prevê a figura do Vice-presidente e este é o substituto/sucessor legal do Presidente da República. Essa, a resposta óbvia e fácil. Mas ela não é assim tão fácil como parece.

Na história republicana do Brasil, alguns Vice-presidentes foram além da mera substituição episódica ou da sucessão. A começar por Floriano Peixoto, que deu o golpe dentro do golpe que proclamou a República, passando por João Goulart e Pedro Aleixo – o primeiro nunca aceito como sucessor de Jânio e o segundo, impedido de assumir legitimamente a sucessão de Costa e Silva –, até Itamar Franco e Michel Temer, alguns Vices foram protagonistas do Governo, e não meros coadjuvantes utilizados para forjar alianças políticas para conquista do Poder Executivo.

Neste trabalho, utilizando-se de pesquisa histórica e Direito Comparado, pretende-se mostrar que a figura do Vice no Poder Executivo não é de absoluta necessidade para a estrutura do Estado e do Governo, mas uma figura que, na forma que lhe foi dada, existe somente por tradição. E para formação de alianças destinadas a garantir maioria parlamentar ao Executivo.

## 2 A GÊNESE HISTÓRICA DO VICE-PRESIDENTE: A FÓRMULA INICIAL DA CONSTITUIÇÃO DOS EUA

> - Jack, o país precisa de você para mais uma missão – afirmou o deputado.
> ...
> - Quero que seja meu vice-presidente – afirmou Durling, com toda a calma. [...].
> - Espere um momento. Nem ao menos sou do seu partido!
> - De acordo com a Constituição original, o vice-presidente seria o segundo candidato mais votado para a presidência. James Madison e os outros tinham certeza de que o patriotismo seria mais forte do que as divisões partidárias. Infelizmente estavam errados. [...] (CLANCY, 1996, p. 846-847).

Um prosaico texto de uma novela de ação iniciou um estudo para indagar quanto à veracidade da afirmação feita: no início da República dos Estados Unidos da América, o

[2] *E. g.* parágrafo único do art. 79 da atual Constituição: "Parágrafo único. O Vice-presidente da República, *além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar*, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais" (grifamos). Aliás, a mesmíssima redação do § 2º. do art. 77 da Constituição de 1967 e da EC nº. 1/69.

Vice-presidente era o segundo candidato mais votado. E depois de alguma pesquisa, viu-se que essa informação era correta. Conforme a redação original da cláusula 3 da Secção I do Artigo II da Constituição dos EUA, que trata da eleição do Presidente e do Vice-presidente:

> Os eleitores se reunirão em seus respectivos Estados e *votarão* em escrutínio em *duas pessoas*, das quais uma, pelo menos, não residirá no mesmo Estado que eles. *Farão uma lista das pessoas votadas e do número dos votos recebidos pelas mesmas*; em seguida, a enviarão firmada, autenticada e selada à sede do governo dos Estados Unidos, dirigida ao Presidente do Senado. Este, na presença dos membros do Senado e da Câmara dos Deputados, procederá à abertura das listas e à contagem dos votos. A pessoa que obtiver o maior número de votos será o Presidente, se tal número representar a maioria do total dos eleitores nomeados; se ambos tiverem a mesma votação, a Câmara dos Deputados imediatamente elegerá um deles para Presidente, mediante votação por escrutínio, e se nenhum obtiver a maioria, a referida Câmara procederá de idêntico modo, em relação aos cinco primeiros colocados na lista. Ao eleger-se o Presidente, os votos serão tomados por Estado, cabendo um voto à representação de cada Estado; o quorum para este efeito consistirá de um membro ou membros de dois terços dos Estados e será necessária para a escolha uma maioria de todos os Estados. *Em qualquer caso, eleito o Presidente, a pessoa que se seguir com o maior número de votos dos eleitores será o Vice-presidente*. Mas, se houver duas ou mais pessoas com o mesmo número de votos, o Senado escolherá dentre elas o Vice- Presidente, por escrutínio. (CORWIN, 1959, p. 357-358, grifos nossos)[3]

A que se deveu esse texto? O que moveu os redatores da Constituição dos EUA a permitirem que, hipoteticamente, duas pessoas de ideologias partidárias antagônicas pudessem vir a ocupar, concomitantemente, os dois maiores cargos da República dos Estados Unidos da América?

Novamente, veja-se o texto da novela de Clancy (1996): Madison e os outros apostaram no patriotismo contra as divisões partidárias. Ou seja, apostaram na conciliação, após findas as eleições, entre as diversas lideranças e correntes partidárias. Essa inferência parece corroborada por Young (1986, p. 307-349, especialmente p. 308), que defendeu a ideia de que os Pais Fundadores buscaram conciliar os diversos interesses que criavam a República Americana, de forma que os mais poderosos não se sobrepusessem. Também a essa conclusão se pode chegar pelas mãos de Bianchi: "[...] *los convencionales de Philadelfia pretendían evitar que los partidos políticos dominaran la elección*" (BIANCHI, 2008, p. 183)[4].

[3] Note-se que em momento algum a Constituição dos EUA fala em *Presidente da República*, mas apenas em *Presidente dos Estados Unidos*. Isso permite inferir que os Pais Fundadores nunca tiveram qualquer dúvida de que o País, o Estado, que estavam construindo era uma República, descendente e herdeira da romana *res publica*.

[4] Em tradução livre: "[...] os convencionais de Filadélfia pretendiam evitar que os partidos políticos dominassem a eleição."

Já Madison, ao criticar os que achavam supérflua a existência de um vice e propunham que esse fosse escolhido entre os Senadores, argumentou que essa proposta tiraria um voto do Estado representado pelo Senador eventualmente escolhido – o Vice-presidente seria o Presidente do Senado e, como tal, só votaria em caso de desempate –, além de a fórmula que defendia impor um maior cuidado na escolha do substituto do Presidente (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 411).

Mas, como diz Corwin (1959, p. 120), a redação original "[...] foi desde cedo abrogada pela Emenda XII [...]", com a seguinte redação (CORWIN, 1959, p. 366):

> [1] Os eleitores reunir-se-ão em seus respectivos Estados e *votarão por escrutínio para Presidente e Vice-presidente*, um dos quais, pelo menos, não será habitante do mesmo Estado que eles; *usarão cédulas separadas, numa das quais indicarão o nome em que votam para Presidente, consignando em outra o nome do Vice-presidente*; enumerarão em lista distinta todas as pessoas votadas para Presidente e Vice-presidente, assim como o número de votos dados a cada um; essas listas serão por eles assinadas, autenticadas e enviadas, depois de seladas, à sede do governo dos Estados Unidos, dirigidas ao Presidente do Senado. Este abrirá, na presença do Senado e da Câmara, todas as listas e os votos serão contados. Será eleito Presidente a pessoa que obtiver o maior número de votos para este posto, se tal número constituir a maioria do número total dos eleitores nomeados; e se ninguém obtiver essa maioria, a Câmara dos Deputados escolherá imediatamente, mediante escrutínio, o Presidente, dentre as três pessoas enumeradas na lista e mais votadas para o cargo. Ao eleger-se o Presidente, os votos serão tomados por Estados, tendo a representação de cada Estado um voto; um *quorum* para esse fim consistirá de um ou mais membros de dois terços dos Estados, sendo necessária a maioria de todos os Estados para a eleição. E se a Câmara dos Deputados não eleger um Presidente, quanto estiver incumbida desse dever, até o dia 4 de março seguinte, o Vice-presidente exercerá as funções de Presidente, como no caso de morte ou de qualquer outra incapacidade constitucional do Presidente.
> [2] A pessoa que obtiver o maior número de votos como Vice- Presidente será eleita para este cargo, se o número obtido corresponder à maioria do número total dos eleitores nomeados; se nenhuma pessoa obtiver maioria, o Senado escolherá o Vice-presidente dentre os dois mais votados da lista; o *quorum* para esse fim consistirá de dois terços do número total de Senadores, e para será necessário para a eleição o voto da maioria do número total. Nenhuma pessoa constitucionalmente inelegível para o cargo de Presidente será elegível para o de Vice-presidente dos Estados Unidos. (Grifo nosso).

E o que ocasionou essa mudança? Segundo Bianchi (2008, p. 281-284), tudo aconteceu em razão do empate entre Jefferson e Burr na eleição de 1800, concorrentes pelo partido Republicano-Democrata. Ambos obtiveram 73 votos no colégio eleitoral e, embora a campanha eleitoral tivesse deixado claro que o candidato a Presidente era

Jefferson, os federalistas da Câmara de Representantes – cujo candidato, John Adams[5], ficara em terceiro –, no desempate, pretendiam dar a vitória a Burr, que não tinha todo o estofo e preeminência de Jefferson. Porém, Alexander Hamilton acabou por convencer seus partidários federalistas a votarem nesse último, garantindo-lhe a vitória.

Assim, para evitar novo impasse e a sobreposição da vontade de um partido, o Congresso sancionou a XII Emenda em 12-12-1803, aprovada pelos Estados em 25-09-1804 (BIANCHI, 2008, p. 183, nota de rodapé 141). A última vez na história dos Estados Unidos em que o Presidente foi de um partido e o Vice de outro aconteceu com Abraham Lincoln (Republicano) e Andrew Johnson (União Nacional), que acabou sucedendo o primeiro após esse ser assassinado por John Wilkes Booth.

Portanto, nos EUA, a existência do Vice-presidente acha fundamento na ideia de conciliação nacional após as eleições, acima das paixões partidárias, entretidas especialmente por James Madison. Porém, isso não funcionou como previsto e foi necessário alterar o texto constitucional para adotar-se a fórmula vigente até hoje. Porém, é de se notar que, embora a Constituição preveja o voto *na pessoa*, atualmente o Colégio Eleitoral vota, praticamente, nas chapas apresentadas por cada partido.

Na sequência, falaremos da criação do cargo de Vice-presidente na primeira Constituição da República no Brasil.

## 3 O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA NO BRASIL: INICIA-SE UMA TRADIÇÃO

No tópico anterior, falamos da gênese do cargo de Vice-presidente na Constituição dos EUA, suas raízes históricas e políticas. No presente capítulo, tratar-se-á da criação do cargo de Vice-presidente nas constituições brasileiras e do fundamento dessa criação.

É cediço que, na primeira Constituição, Rui Barbosa – o principal construtor e revisor do projeto de Constituição – foi inspirar-se na "Constituição viva dos EUA", com seus princípios e as construções da Suprema Corte (BALEEIRO, 2001, p. 29), além de instituições como o próprio Vice-presidente.

Nas Constituições de 1891 e 1946, o Vice-presidente era eleito simultaneamente com o Presidente, mas não compunha, necessariamente, a mesma chapa, ou seja, votava-se em Presidente **e** em Vice-presidente, como previsto na Constituição dos EUA. Essa fórmula – inexistente nas Constituições de 1934 e 1937, pois inexistente nelas a figura do Vice-presidente – foi finalmente abandonada em 1967 (conforme o § 1º. do art. 75 da Constituição [CAVALCANTI; BRITO; BALEEIRO, 2001, p. 28]), muito em razão da eleição seguida de João Goulart como Vice-presidente de Juscelino Kubitschek e de Jânio Quadros e sua posse como Presidente em 1961, à revelia das lideranças militares, principalmente.

[5] Interessante notar que John Adams (Federalista) foi o primeiro Vice-presidente (sob George Washington) e o segundo Presidente dos EUA, e o seu Vice-presidente foi Thomas Jefferson (Republicano-Democrata). Como até a quarta eleição de Franklin Roosevelt (1944), a Constituição dos EUA não impunha limites à reeleição do Presidente, não é estranho que John Adams, então Presidente, tenha concorrido pelos Federalistas contra Jefferson.

Em 1891 e 1946, o Vice-presidente – ainda de acordo com a fórmula importada dos EUA – exercia a presidência do Senado Federal (arts. 32 [BALEEIRO, 2001, p. 83] e 61 [BALEEIRO; LIMA SOBRINHO, 2001, p. 77] das respectivas Cartas), ou seja, não era apenas o substituto legal do Presidente, mas tinha a função de presidir a Casa representativa da Federação – o Senado.

O que deve ter causado algum problema em relação aos estados e municípios, que não tinham uma Câmara Alta, e que deveriam se organizar conforme os princípios da Constituição da República.

Na primeira fase da República, os Estados acabaram por criar o cargo de Vice-presidente como substituto/sucessor – somente – do Presidente do Estado, conforme se pode ver, por exemplo, no art. 10 da Constituição Política do Estado do Rio Grande do Sul, de 14-07-1891[6]. E para os municípios, também existiu a figura do Vice-intendente, nos termos, *e. g.*, do § 3º. do art. 63 da mesma Constituição do Rio Grande do Sul[7]. Contudo, nenhuma das figuras – eleitas conjuntamente e da mesma forma que Presidente do Estado e o Intendente Municipal – tinha outra função que não suceder/substituir o titular do Poder Executivo. E uma peculiaridade, ao menos no Rio Grande do Sul: os Vices só receberiam remuneração quando na substituição do titular[8], o que não ocorria na União, visto que o Vice-presidente – quando prevista constitucionalmente sua existência – sempre recebeu remuneração, independente de assumir qualquer outra função na Administração.

E desde então, o cargo de Vice foi utilizado para cimentar alianças políticas e/ou garantir maiorias no parlamento. Isso se tornou muito visível, na União, a partir da eleição de Fernando Henrique Cardoso, quando o cargo de Vice-presidente foi ocupado por Marco Maciel, deputado por Pernambuco filiado ao então PFL (hoje DEM) e antes filiado à ARENA, e nos governos de Luís Inácio Lula da Silva e de Dilma Rousseff, com José de Alencar (do PL/PRB) e Michel Temer (do PMDB), respectivamente.

Os únicos períodos em que não existiu a figura do Vice-presidente foram os da vigência das Constituições de 1934 e de 1937. Nessas, a substituição temporária do Presidente era feita pelo chamamento dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e da Corte Suprema (§ 8º. do art. 52 da Carta de 1934 [POLETTI, 2001, p. 135]) ou por indicação, pelo Presidente, de um substituto dentre os membros do Conselho Federal (art. 77 da Carta de 1937, a *Polaca* [PORTO, 2001, p. 89]). Na vacância definitiva, por eleição – direta, se a vaga ocorresse nos dois primeiros anos, por colégio eleitoral, se ocorresse após dois anos (§§ 1º. e 3º. do art. 54, respectivamente) – na Carta de 1934; por colégio eleitoral convocado por presidente provisório – escolhido pelo Conselho Federal dentre seus membros – quarenta dias após a sua indicação, na *Polaca*.

No caso de 1934, é visível alguma influência das propostas de reforma da Constituição de 1891, que propugnavam pela extinção do cargo de Vice-presidente. O próprio Rui, em 1910, advogava a reforma, além de, por volta de 1901, dissidentes

[6] RIO GRANDE DO SUL, 1924.

[7] RIO GRANDE DO SUL, 1924.

[8] Art. 15º., § 2º., para o Vice-presidente do Estado, e nenhuma previsão de remuneração para o Vice-intendente, salvo no caso de substituição/sucessão, na mesma forma que o Vice-presidente, por simetria.

paulistas do Partido Republicano e o Diretório do Partido Federalista do Rio Grande do Sul (ANDRADE; BONAVIDES, 1990, p. 234-235 ; BALEEIRO, 2001, p. 36-37) fazerem o mesmo, todos querendo o fim da figura. Talvez influenciados pelo golpe de Floriano Peixoto, que assumiu com a renúncia de Deodoro da Fonseca no primeiro ano de seu mandato e se recusou a convocar novas eleições, como determinava o artigo 42 (BALEEIRO, 2001, p. 36 e 87), e se manteve no poder até o final do quadriênio. O primeiro golpe dentro de um golpe (HAMLOCH, 2000, p. 23 ; BALEEIRO, 2001, p. 45 e 55) na história republicana brasileira.

Já na Carta de 1937, a inexistência de Vice-presidente é em razão das próprias natureza e estrutura do Estado que criava: todo poder se enfeixou na mão do Presidente, que podia, inclusive, indicar o sucessor para eleição (art. 84 da Carta [PORTO, 2001, p. 90]). E como Getúlio Vargas nunca regulamentou o plebiscito previsto no art. 187 da Constituição de 1937, nunca houve a eleição de 1941.

Porém, como se viu, a experiência não frutificou e o Vice-presidente retornou no art. 79 da Constituição de 1946 (BALEEIRO; LIMA SOBRINHO, 2001, p. 82) e permanece até hoje, com altos e baixos. E praticamente sem qualquer função enquanto apenas ocupante do cargo de Vice-presidente.

## 4 OS DISSABORES TRAZIDOS POR ALGUNS VICE-PRESIDENTES[9]

Como já dito, a figura do Vice-presidente existe no nosso ordenamento constitucional, desde o início da República, com a função precípua de substituir ou suceder o Presidente nas suas ausências ou na vacância do cargo. E como também já foi dito, muitos Vices foram, além disso, tornando-se protagonistas de seus próprios governos, alguns dos quais precipitaram ou continuaram crises de vulto na história nacional. Vejamos alguns deles:

- Floriano Peixoto: primeiro Vice-presidente, o *Marechal de Ferro* assumiu a cadeira – ou trono, no dizer de Hamloch (2000, p. 37) – presidencial com a renúncia de Deodoro da Fonseca em 1891. Enfrentou duas revoltas – a da Armada e a Federalista – e se manteve no cargo até o final do mandato, embora devesse ter convocado eleições, justamente o que causou as duas insurreições referidas. E apesar do caráter centralizador de seu governo, garantiu a reabertura do Congresso Nacional, fechado por Deodoro, conquanto tivesse deposto e demitido presidentes de estados e generais que lhe fizeram oposição;

- Café Filho: Vice-presidente de Getúlio Vargas com a eleição deste em 1950, desentendeu-se com o Presidente na crise de 1954, sugerindo sua renúncia. Com o suicídio de Vargas, assumiu a Presidência interina, passando pela crise da posse de

[9] Além dos Vice-presidentes, muitos Vice-Governadores e Vice-Prefeitos trouxeram dores de cabeça para os titulares do Executivo. No Rio Grande do Sul, é notório o exemplo da Governadora Yeda Crusius (PSDB) – primeira mulher a governar o Estado –, que entrou em rota de colisão com o seu Vice, Paulo Feijó (PFL), a ponto de não se afastar do Estado para não ser substituída. E temos, ainda, o caso de Caxias do Sul, em que o Vice-Prefeito (eleito para o quadriênio 2017-2020) renunciou logo no início do mandato por divergências políticas com o titular do Executivo.

Juscelino Kubitschek. Meses antes de passar a faixa presidencial, licenciou-se por motivos de saúde, assumindo Carlos Luz, Presidente da Câmara dos Deputados; deposto este, foi substituído por Nereu Ramos, Vice-presidente do Senado Federal, em cujo mandato Café Filho foi definitivamente afastado por *impeachment*. Esse período de governo foi marcado pela quase insurreição militar contrária à posse de Juscelino, que tinha João Goulart como Vice;

- João Goulart: *Jango*, como era conhecido, foi eleito Vice-presidente pelo PTB por duas vezes consecutivas – com Juscelino e com Jânio Quadros –, na época em que as votações eram separadas. Nos dois mandatos enfrentou a resistência dos militares e dos grandes grupos econômicos. Com a renúncia de Jânio, deveria assumir a Presidência, mas as lideranças militares não o aceitavam por considerá-lo comunista. A solução foi a adoção do parlamentarismo, que durou pouco mais de um ano, quando um plebiscito devolveu a *Jango* os plenos poderes presidenciais em 1963. Porém, foi derrubado pouco mais de um ano depois, por um golpe de Estado, morrendo no exílio;

- Pedro Aleixo: Vice-presidente de Costa e Silva, deveria ter assumido a Presidência com o afastamento do Marechal, mas foi impedido pela linha dura militar, por ter-se posicionado contra o AI-5 e outras medidas de exceção, e substituído por uma Junta Militar[10]. Foi o último Vice-presidente a exercer a Presidência do Senado Federal. A Lei nº. 12.486/2011 incluiu seu nome na galeria de ex-Presidentes da República[11];

- Aureliano Chaves: Vice-presidente de João Batista Figueiredo, substituiu o titular algumas vezes durante as cirurgias a que esse foi submetido. Nas eleições indiretas de 1984, ofereceu seu nome ao PDS para a candidatura, mas a vitória de Paulo Maluf na convenção do partido levou-o a fundar, junto com outros dissidentes, o Partido da Frente Liberal (PFL), que apoiou Tancredo Neves. Posteriormente, foi candidato à Presidência pelo PFL em 1989. Durante a campanha eleitoral de 1983-1984, foi inspirador de um bordão criado por Jô Soares no programa *Viva o Gordo*, no qual o comediante encarnava o personagem Hélio Maciel – uma junção dos nomes de Hélio Beltrão e Marco Maciel –, político constantemente assediado por outros parlamentares que pretendiam sua candidatura a Vice-presidente. Com sotaque nordestino carregado, o personagem sempre recusava dizendo: "Tirante Aureliano, que fala, Vice num serve pra nada!". Efetivamente, Aureliano foi um homem de opinião, chocando-se muitas vezes com o Presidente Figueiredo, coisa que os militares não admitiam;

- José Sarney: antigo quadro da ARENA, em 1984 rompeu com o PDS e migrou para o PMDB, sendo indicado para Vice-presidente na chapa da Aliança Liberal PMDB-PFL, que tinha Tancredo Neves como candidato a Presidente, para a eleição indireta daquele ano. Com a doença e posterior morte de Tancredo, assumiu a Presidência da República. Seu governo foi marcado pelos vários planos econômicos para debelar a inflação, pela adoção do Cruzado e do Cruzado Novo como moeda, pela instalação da Assembleia Constituinte e pelo "embretamento" dessa quando da discussão do mandato

[10] Augusto Rademaker (Presidente da Junta), Aurélio de Lyra Tavares e Márcio de Sousa Melo, ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, assumiram o exercício temporário da Presidência da República, para o que não havia qualquer previsão constitucional. Em 6 de outubro de 1969, declararam extinto o mandato do presidente Costa e Silva. (BRASIL, 2020a; WIKIPEDIA, 2020).

[11] BRASIL, 2020b.

presidencial e pela, afinal, promulgação da *Constituição Cidadã*. É histórico o pronunciamento que fez, em cadeia nacional de televisão, quando se discutia a redução do mandato presidencial – de seis para quatro anos – na Constituinte, praticamente colocando-a "contra a parede", ameaçando com a ingovernabilidade, caso fosse aprovada uma Constituição no modelo que se desenhava[12];

- Itamar Franco: escolhido como candidato a Vice-presidente na chapa que acabou por eleger Fernando Collor na volta das eleições diretas presidenciais em 1989, sucedeu o titular quando esse renunciou antes da finalização do processo de *impeachment* a que foi submetido, acusado de corrupção. Desde o início distanciou-se de Collor, por discordar de aspectos da política econômico-financeira adotada, afastando-se totalmente e migrando para o PMDB após a reforma ministerial de abril de 1992, que colocou antigos apoiadores da ditadura no ministério. Com a renúncia, assumiu a Presidência, marcada pelo Plano Real, pela volta do Fusca e pelo "incidente da calcinha"[13]. Tendo formado uma equipe ministerial com mineiros nas pastas mais importantes, seu governo foi chamado pejorativamente de "República do Pão de Queijo".

- José de Alencar: empresário mineiro do setor têxtil, foi escolhido candidato a Vice-presidente na chapa do PT para as eleições de 2002, a qual acabou vencedora. Alencar foi escolhido na tentativa – vitoriosa – de aproximar Lula do empresariado brasileiro, visto o respeito com que o mineiro contava no meio. No governo, assumiu a pasta da Defesa por cerca de dois anos, saindo para disputar a reeleição em 2006. Após deixar o governo, em 2010, desistiu de uma candidatura ao Senado em razão do câncer, que acabou por levá-lo à morte no ano seguinte;

- Michel Temer: constitucionalista ligado ao PMDB desde o início deste, foi indicado como Vice-presidente na chapa que acabou por eleger Dilma Rousseff. Praticamente invisível no primeiro mandato, começou a distanciar-se da titular no recrudescimento da crise econômica de 2015 e das denúncias da *Operação Lava-Jato* e das *pedaladas* fiscais, que acabaram por conduzir ao *impeachment* de Dilma Rousseff. Após o impedimento, assumiu a Presidência da República sob a acusação de ter conspirado para a queda da titular, cercando-se de figuras que estavam envolvidas em várias denúncias e processos judiciais por corrupção e outros delitos. Em meados de 2017, tornou-se o primeiro Presidente em exercício de mandato a ser denunciado perante o Supremo Tribunal Federal por prática de crime comum.

O que se pode ver dessa lista é que, à exceção de Floriano, *Jango*, Aleixo e Aureliano, os demais Vices foram escolhidos para cimentar alianças políticas e/ou garantir maioria parlamentar. Isso ficou patente com a escolha de Michel Temer, presidente do PMDB, partido com a maior bancada no Congresso, para candidato a Vice na chapa de Dilma Rousseff, à revelia desta e de Lula. O mesmo aconteceu com praticamente todos os Vices da República Velha, para compensar a política *Café com Leite*, inclusive na

[12]FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2017.

[13] No Carnaval de 1994, no Rio de Janeiro, o então Presidente Itamar Franco, conhecido namorador, foi fotografado ao lado da modelo Lílian Ramos, que estava sem calcinhas, escandalizando parte do País. Isso ficou conhecido como o "incidente da calcinha".

indicação do paraibano João Pessoa – cujo assassinato precipitou a Revolução de 1930 – como companheiro de chapa de Getúlio Vargas.

Algumas dessas escolhas foram benéficas ao país – a de Itamar Franco, por exemplo, que apesar dos pesares, conseguiu recolocar a economia nos eixos –, outras contribuíram para piorar situações de crise que vinham se desenhando – o caso de *Jango*, embora este tenha sido eleito independentemente.

## 5 O VICE E A SUCESSÃO NO BRASIL E NOS EUA. O CASO PECULIAR DOS MUNICÍPIOS

Apesar de todos os problemas que a República teve com Vice-presidentes, essa figura continua a existir com a função de substituição/sucessão do titular da Presidência da República.

Já vimos que a nossa primeira Constituição republicana teve sua fonte inspiradora na Constituição dos EUA, copiando-lhe boa parte das instituições, inclusive o Vice-presidente. Contudo, vimos também que a existência do Vice-presidente dos EUA, inicialmente, fundou-se numa ideia romântica de união nacional e conciliação, entretida especialmente por James Madison, e que se acabou já na terceira eleição. Assim, o Vice-presidente foi mantido como eventual substituto do Presidente, devendo completar o mandato.

Mas e se faltar o Vice-presidente nos EUA? Pela linha sucessória, como no Brasil, são chamados, sucessivamente, o Presidente da Câmara dos Representantes e o Presidente *pro tempore* (aquele que substitui o Vice-presidente que se tornou Presidente dos EUA ou que renunciou ou faleceu) do Senado Federal, os quais também completarão o mandato do titular, qualquer que seja o tempo restante, ao contrário do Brasil, que determina novas eleições após a vacância dos dois cargos (Presidente e Vice-presidente).

A sucessão presidencial nos EUA é definida na Constituição – cláusula 6 da Secção I do Art. II –, que estabelece ser o Vice-presidente o sucessor do Presidente e confere ao Congresso o poder de estabelecer, na vacância de ambos os cargos, quem exercerá a Presidência (CORWIN, 1959, p. 120):

> Em caso de destituição do Presidente, ou de sua morte, renúncia ou incapacidade para exercer os poderes e deveres de seu cargo, o mesmo caberá ao Vice-presidente *e o Congresso poderá, por lei, dispor sobre os casos de destituição, morte, renúncia, ou incapacidade, tanto do Presidente quanto do Vice-presidente, declarando que funcionário exercerá a Presidência, e tal funcionário agirá nessa conformidade* até ser removida a incapacidade e se eleger um Presidente. (Grifo nosso).

E o ato do Congresso que estabelece a sucessão presidencial é o § 19 do Capítulo 1 do Título 3, do *United States Code*, especialmente no item 1 da subseção "d"[14]. O

[14] UNITED STATES OF AMERICA, 2017.

interessante nessa disposição legal é a ordem sucessória, que passa do Presidente *pro tempore* do Senado – aquele designado para ser o Presidente do Senado, na falta do Vice-presidente, e que pode ser um parlamentar ou não – para o Secretário de Estado e segue pela hierarquia do Gabinete, sem incluir o Presidente da Suprema Corte, ao contrário do Brasil, que coloca o Presidente do STF na linha de sucessão presidencial. Provavelmente, isso se dá pelo fato de a Suprema Corte ser o Poder *fiel da balança* e seus membros não serem eleitos, nem terem atividade parlamentar ou política.

O mais próximo que se chega de uma norma semelhante no Brasil são as disposições das Leis Orgânicas Municipais que estabelecem a sucessão do Prefeito e do Vice-Prefeito Municipais, incluindo membros do secretariado municipal após o Presidente da Câmara de Vereadores. Ou seja, os municípios são livres para definir sua linha sucessória, visto só terem dois Poderes, o Legislativo e o Executivo.

Trazemos duas decisões do STF que referendam essa possibilidade em âmbito municipal:

> Art. 75 da Lei Orgânica do Município de Manaus/AM, que dispõe sobre os substitutos eventuais do prefeito e vice-prefeito no caso de dupla [.vacância...] A jurisprudência da Corte fixou-se no sentido de *que a disciplina acerca da sucessão e da substituição da chefia do Poder Executivo municipal põe-se no âmbito da autonomia política do Município, por tratar tão somente de assunto de interesse local, não havendo dever de observância do modelo federal* [...]. [RE 655.647 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 11-11-2014, 1ª T, DJE de 19-12-2014.][15] (Grifo nosso).

> *A vocação sucessória dos cargos de prefeito e vice-prefeito põe-se no âmbito da autonomia política local, em caso de dupla vacância. Ao disciplinar matéria, cuja competência é exclusiva dos Municípios,* o art. 75, § 2º, da Constituição de Goiás fere a autonomia desses entes, mitigando-lhes a capacidade de auto-organização e de autogoverno e limitando a sua autonomia política assegurada pela Constituição brasileira. [ADI 3.549, rel. min. Cármen Lúcia, j. 17-9-2007, P, DJ de 31-10-2007.][16] (Grifo nosso).

Essas decisões, portanto, liberam os municípios de seguirem literalmente o princípio da simetria no caso da sucessão do Prefeito Municipal, assunto que foi problema durante muito tempo, justamente pelo fato de o município não contar com Poder Judiciário[17].

E, com base nesses pronunciamentos do Excelso Pretório e no que até aqui foi dito, é de se perguntar se há absoluta necessidade de um Vice – Presidente, Governador, Prefeito – no Poder Executivo. É disso que vamos tratar no próximo tópico.

---

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 780.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017.

[17] A matéria também foi discutida na ADI nº. 687/PA, rel. Min. Celso de Mello, que entendeu indevida a inclusão de magistrado na linha sucessória municipal, por ser autoridade estadual (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1995).

## 6 A DESNECESSIDADE DO VICE NO PODER EXECUTIVO: UMA PROPOSTA PARA A EXTINÇÃO DO CARGO

Até aqui tratou-se da gênese histórica do cargo de Vice-presidente da República, nos EUA e no Brasil, o porquê da criação desse cargo, os dissabores trazidos por alguns dos Vice-presidentes brasileiros e as formas de sucessão presidencial nos EUA e no Brasil.

Neste tópico pretende-se expor a desnecessidade da existência do cargo de Vice-presidente, não só da República, mas em todos os Poderes Executivos, que é o fulcro deste trabalho.

A contestação à existência do cargo de Vice-presidente já começou na República Velha. Segundo Andrade e Bonavides (1990, p. 234), a chamada *Primeira Dissidência Paulista*, em 1901, já propunha a supressão do cargo, o mesmo acontecendo com o Diretório do Partido Federalista do Rio Grande do Sul, na mesma época. Na sua campanha presidencial de 1910 – a Campanha Civilista –, Rui Barbosa propunha uma reforma constitucional, prevendo, entre outras coisas, a extinção do cargo de Vice-presidente da República (ANDRADE, BONAVIDES, 1990, p. 235; BALEEIRO, 2001, p. 47).

A proposta dos federalistas gaúchos pode ter bebido na fonte do projeto da Constituição Farroupilha[18], a qual não previa a figura do Vice-presidente, mas estabelecia a substituição do Presidente da República pelo Presidente do Senado ou a eleição de outro para cumprir o restante do mandato, em caso de vacância, conforme se lê dos artigos 103 e 104 daquele Projeto[19]:

> Art. 103 – O emprêgo do Presidente do Estado, nos casos de enfermidade e ausência, e bem assim nos de vacância por morte, renúncia e destituição do existente, ou quando terminar o prazo marcado para a duração das suas funções, será substituído pelo Presidente do Senado, que ficará suspenso entretanto das funções de senador e servirá sòmente até a eleição do nôvo presidente, ou enquanto dure o impedimento do proprietário.
> Art. 104 – Quando por qualquer modo vague o emprêgo de Presidente do Estado, o senado convocará extraordinàriamente a Assembléia Geral, senão estiver reunida, para proceder sem demora a eleição de um outro, que servirá sòmente até concluir o tempo legal marcado para duração das funções do seu antecessor.

Portanto, a desnecessidade do Vice-presidente não é questão nova, mas que volta e meia vem à baila, especialmente quando o Vice vai além dos limites de mero substituto/sucessor.

---

[18] Embora esse projeto nunca tenha virado Constituição (foi proposto em inícios de 1843, quando a maré da guerra já virava contra os farroupilhas), pode ter influenciado os gaúchos a propor a eliminação da figura do Vice-presidente, levando em conta, ainda, que Floriano – Vice que assumiu a presidência de Deodoro – apoiou Júlio de Castilhos contra os federalistas em 1893.

[19] RIO GRANDE DO SUL, 1843.

Veja-se, também, que o cargo é remunerado – não existe mandato gratuito no Brasil –, o que atenta contra os princípios da economicidade, da eficiência e da moralidade, visto as Constituições e Leis Orgânicas não preverem atribuições para os Vices – todos eles, quer na União, quanto nos estados, Distrito Federal e municípios – afora a substituição/sucessão do titular do Executivo. Poucos entes da federação estabeleceram-lhes outras atribuições, sendo o município de Porto Alegre uma dessas exceções, ao atribuir ao Vice-Prefeito Municipal, na legislatura 2017-2020, o exercício do cargo de Secretário Municipal de Relações Institucionais e Articulação Política – SMRIAP[20]. O próprio Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul estabeleceu orientação aos municípios para que, mediante lei, atribuíssem aos Vice-Prefeitos outras atribuições que não apenas substituição/sucessão do Prefeito Municipal como forma de atender aos princípios constitucionais retrocitados.

Fácil de fazer nos municípios, mais difícil na União, nos estados e no Distrito Federal, onde, seguindo a tradição, o cargo de Vice-presidente e os de ministros e secretários são, mais do que nas comunas, moedas de barganha para apoio político e formação de maioria parlamentar.

Do ponto de vista estritamente técnico-jurídico e de organização estatal, não se vê necessidade para a existência do Vice-presidente, nem mesmo se lhe for cometida a Presidência do Senado. Pois como os demais entes da federação – que têm Legislativo unicameral – vão lhe dar função semelhante, em obediência ao princípio da simetria? Do ponto de vista econômico, é desnecessário por oneroso, sem contrapartida de prestação de serviço de interesse público que justifique sua remuneração, o que, como já dito, atenta contra os princípios da economicidade, eficiência e moralidade. O mesmo se aplica aos Vice-Governadores e Vice-Prefeitos.

A única base para a manutenção do cargo de Vice-presidente é a problemática de eventual substituição por alguém que não concorde com a política do Presidente da República. Mas isso – já se viu – aconteceu "n" vezes na história republicana do Brasil, com vários Vice-presidentes eleitos na mesma chapa, e a República se manteve. Mesmo recentemente, com um Presidente da República – ex-Vice que discordou da política da titular afastada – beirando o zero na confiança popular, a República continuou.

Alguns podem argumentar haver necessidade de um Vice-presidente para a substituição quando o Presidente da República se afasta do território nacional. Argumento, no mínimo, pífio, considerando as modernas tecnologias de comunicação e informação. Por exemplo, o Presidente dos EUA continua a governar efetivamente toda vez que sai do território do seu país, pois a parafernália tecnológica posta à sua disposição, inclusive a bordo do *Air Force One,* permite-lhe manter o controle do governo e da política onde quer que esteja.

Portanto, poucos argumentos se prestam para apoiar a existência desse cargo supérfluo e oneroso. Historicamente, não teve a mesma origem de sua inspiração estadunidense – a conciliação nacional; politicamente, sempre serviu para alianças que permitissem a manutenção de maioria parlamentar; desde sempre, trouxe dissabores à vida nacional e aos titulares do Executivo.

[20] PORTO ALEGRE, 2017.

A proposição deste trabalho é que se elimine de vez o cargo de Vice-presidente, estabelecendo-se uma nova linha sucessória presidencial na Constituição, a ser estendida a estados, Distrito Federal e municípios, inclusive com o afastamento do Presidente do Judiciário – federal e estadual – da linha de sucessão. E a sedimentação de que, no caso de vacância da Presidência, novas eleições sejam convocadas para completar o mandato. Entende-se que, dessa forma, muitos dissabores e mazelas serão evitados, tanto ao titular do Executivo, quanto à Nação. Além da economia – modesta, é verdade – que se fará com a extinção de um cargo que é praticamente decorativo, na maioria das vezes.

Nossa modesta sugestão para uma nova redação dos artigos 76 a 84 da Constituição da República, considerando o que se propõe neste trabalho, é a seguinte:

> Art. 77. A eleição do Presidente realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. (NR)
> § 1º (Revogado)
> [...]
> Art. 78. O Presidente da República tomará posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil. (NR)
> Parágrafo único. Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago. (NR)
> Art. 79. (Revogado)
> Parágrafo único. (Revogado)
> Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente, ou vacância do cargo, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados e o do Senado Federal. (NR)
> Parágrafo único – São casos de impedimento do Presidente da República para fins de sua substituição: (AC)
> I – licença para tratamento de saúde, no país ou no exterior, nos termos do parágrafo 4º. do artigo 83; (AC)
> II – licença para ser processado nos termos do artigo 86; (AC)
> III – gozo de férias; (AC)
> IV – incomunicabilidade por mais de 72 (setenta e duas horas), nos casos dos afastamentos previstos no artigo 83. (AC)
> Art. 81. Vagando o cargo de Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a vaga, devendo o eleito completar o período do antecessor. (NR)
> § 1º (Revogado)
> § 2º (Revogado)
> [...]
> Art. 83. O Presidente da República poderá afastar-se do território nacional por qualquer período, sem perder o cargo, independentemente de licença, para missões oficiais de qualquer tipo. (NR)

> § 1º. Nos casos dos afastamentos previstos no **caput**, os atos privativos do Presidente da República, quando possível, serão executados por meio eletrônico e, na impossibilidade, aguardarão o seu retorno ao território nacional. (AC)
> § 2º. Nos casos dos afastamentos previstos no **caput,** a rotina administrativa da Presidência da República será coordenada pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República. (AC)
> § 3º. A representação política do país, nos casos dos afastamentos previstos no **caput** será exercida, sucessivamente, pelo Presidente da Câmara dos Deputados, pelo Presidente do Senado Federal e pelo Ministro de Estado da Justiça. (AC)
> § 4º. O afastamento do Presidente da República do território nacional para fins de tratamento de saúde ou de assuntos de ordem pessoal, em período superior a 15 (quinze) dias, só se dará após licença do Congresso Nacional, sob pena de perda do cargo. (AC)
> § 5º. No caso dos afastamentos tratados no parágrafo anterior, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, durante a duração do afastamento. (AC)
> § 6º. Nos casos do parágrafo anterior, o substituto exercerá todas as prerrogativas e atribuições do cargo de Presidente da República, exceto destituição e nomeação de ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas ou cargos equivalentes. (AC)
> § 7º. Nos casos de incomunicabilidade referidos no inciso IV do parágrafo único do artigo 80, se observará o previsto nos parágrafos 5º. e 6º. deste artigo. (AC)[21].

## 7 CONCLUSÃO

Este trabalho tentou demonstrar a desnecessidade do cargo de Vice no Poder Executivo. Passando pela gênese histórica do cargo de Vice-presidente da República na Constituição dos EUA e pela sua criação na primeira Constituição da República, tentou-se mostrar que o cargo, criado com intuito primeiro de substituir/suceder o titular do Executivo, mas sempre utilizado para cimentar alianças políticas e conseguir maioria parlamentar, continua a existir por tradição, não por necessidade jurídica, nem do bom andamento dos negócios da Administração ou para atender interesse público relevante. Além do mais, mostrou-se que o cargo é oneroso, atentando contra princípios constitucionais, pelo fato de ser remunerado sem que o seu ocupante exerça qualquer função na Administração que não seja a mera substituição/sucessão do titular, função que pode – demonstrou-se – ser exercida por outros titulares de cargos políticos.

Também se comprovou não ser nova a tentativa de suprimir-se o cargo de Vice-presidente, remontando esta a 1901 e se efetivando – brevemente – entre 1934 e 1945, sem qualquer prejuízo à condução dos negócios nacionais.

[21] BRASIL, 1988.

Ao final, traz-se uma proposta de nova redação constitucional em que se elimina o cargo de Vice-presidente e se estabelece uma nova linha sucessória, atentando-se, inclusive, para o caso de ausência do Presidente da República do território nacional, na qual se levou em conta a evolução das tecnologias de comunicação e informação.

É evidente que o presente trabalho é um exercício teórico, com algum fundamento jurídico e – quiçá – econômico. Mas não se pretende definitivo; ao contrário, intenta abrir a discussão acerca da formatação da chefia do Poder Executivo no Brasil – em todas as suas esferas –, a qual vem se repetindo há mais de 100 anos, por emulação de uma fórmula estrangeira que teve origens histórica e política completamente diversas. Uma discussão que se faz necessária, especialmente em razão dos fatos recentes que envolveram dois afastamentos de Presidente da República por *impeachment* em menos de duas décadas, e as consequências – boas e não tão boas – desses afastamentos. Sem contar, ainda, as crises locais de estados e municípios surgidas da má relação entre os titulares dos respectivos Poderes Executivos e seus vices.

É, antes de qualquer coisa, um chamamento ao estudo da formatação política de nossa Nação, buscando seu aperfeiçoamento, com bases jurídicas, científicas e econômicas sólidas, longe, principalmente, da algaravia da mídia e das redes sociais.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 2. ed. Brasília, DF: Paz e Terra, 1990.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**: 1891. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 2).

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições brasileiras**: 1946. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 5).

BIANCHI, Alberto B. **Historia constitucional de los Estados Unidos**. Tomo I: Colonia, emancipación, crecimiento y consolidación (1620-1920). Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Biblioteca. **Biografia** [Augusto Rademaker]**.** Disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/augusto-rademaker/biografia. Acesso em: 26 jan. 2020a.

BRASIL. Presidência da República. Biblioteca. **Biografia** [Pedro Aleixo]. Disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/pedro-aleixo/biografia. Acesso em: 26 jan. 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 687-8** (Pará). Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Pará. Relator: Min. Celso de Mello, 2 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266491. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo** [recurso eletrônico]. 5. ed. (atual. até a EC 90/2015). Brasília, DF : STF, Secretaria de Documentação, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Versão completa. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/livrariasupremo/livraria.action. Acesso em: 11 jul. 2017.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **1967.** 2.ed. Brasília, DF: Senado Federal; CEE/MCT, 2001.

CLANCY, Tom. **Dívida de honra.** Tradução de Ronaldo Sérgio de Biasi. Rio: Record, 1996.

CORWIN, Edward S. **A Constituição Norte-americana e seu significado atual**. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1959. (Biblioteca de Ciências Sociais, v. 4).

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88** [verbete]. Disponível em: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/assembleia-nacional-constituinte-de-1987-88. Acesso em: 25 jul. 2017.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAMLOCH, Ernest. **Sua Majestade o Presidente do Brasil**: um estudo do Brasil constitucional (1889-1934). Tradução de Lêda Boechat. Brasília, DF: Senado Federal, 2000. (Col. O Brasil Visto por Estrangeiros).

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras:** 1934. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 3).

PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras:** 1937. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 4).

PORTO ALEGRE. [**Prefeitura].** Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/portal_pmpa_novo/default.php?p_secao=58. Acesso em: 29 ago. 2017. Site institucional.

RIO GRANDE DO SUL. [Constituição (1924)]. **Constituição Política do Estado do Rio Grande do Sul (edição official)**. Porto Alegre: Officinas Gráphicas d' "A Federação", 1924. Disponível em: http://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/LinkClick.aspx?fileticket=zX42l-GZMxY%3d&tabid=3107. Acesso em: 21 jul. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Projeto de Constituição da Republica Rio-Grandense 1843.** [S.n.]: Alegrete, 1843. Disponível em: http://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/LinkClick.aspx?fileticket=ke0cjMnRBi0%3d&tabid=3107&language=pt-BR. Acesso em: 28 jul. 2017.

SCHAMBRA, William A. (org.). **A Constituição Norte-Americana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

UNITED STATES OF AMERICA. **United States Code.** Title 3, Chapter 1, § 19. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/3/19. Acesso em: 24 jul. 2017.

WIKIPEDIA. **Lista de presidentes do Brasil.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_presidentes_do_Brasil#Quarta_Rep%C3%BAblica_(Rep%C3%BAblica_Populista. Acesso em: 26 jan. 2020.

YOUNG, A. Os Conservadores, a Constituição e o espírito de conciliação*. In:* GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (ed.). **A Constituição Norte-Americana.** Rio: Forense Universitária, 1986.

# O IMPRESCINDÍVEL LIMITE DEMOCRÁTICO DA ATUAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO LIMINAR DE ABERTURA COMERCIAL EM MEIO À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

*THE ESSENTIAL DEMOCRATIC LIMIT OF JUDICIAL ACTION: ANALYSIS OF THE DECISION THAT REJECTED THE PRELIMINARY REQUEST FOR COMMERCIAL OPENING AMID THE CORONAVIRUS PANDEMIC*

Hilbert Maximiliano Akihito Obara[1]

**Resumo:** O artigo trata dos limites constitucionais e democráticos da atuação judicial no Brasil. A atuação judicial não pode ser abusiva para adquirir o desejado contorno constitucional e democrático. Na observância da tripartição constitucional de poderes é necessário o respeito dos espaços de atuação executiva e legislativa. A harmonia entre os poderes não condiciona a atuação judicial ao modelo do velho juiz boca da lei, mas também não permite o solipsismo judicial. Entre os dois extremos é possível construir uma alternativa constitucional e democrática mais adequada ao contexto brasileiro que, ao reconhecer a viragem-linguística e a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, permite respostas judiciais distantes do legalismo, com seus métodos subsuntivos e interpretativos, ao mesmo tempo em que fogem do aprisionamento arbitrário da consciência/vontade do julgador. Nesse enredo é trazido o caso paradigma, a análise da decisão de indeferimento do pedido de antecipação de tutela para funcionamento de estabelecimento comercial em período de pandemia, a confortar o fundamento teórico. A existência de atividade administrativa e de regramento municipal disciplinando as atividades comerciais que poderiam ou não continuar funcionando, sem qualquer demonstração de falha ou antijuridicidade, indicam a correção da decisão ao não incorrer em usurpação da função administrativa pública pelo Judiciário, conformando-a constitucionalmente na condição de possibilidade hermenêutica-filosófica. Assim, o escrito, adotando um procedimento metodológico consistente na análise empírica de decisão judicial, com pesquisa e revisão bibliográfica, busca contribuir para a construção crítica de um Judiciário adequado para a realidade brasileira tendo em vista uma persecução democrática.
**Palavras-chave:** Constituição e democracia. Tripartição de poderes. Atuação judicial.

***Abstract:*** *The article deals with the constitutional and democratic limits of judicial action in Brazil. Judicial action cannot be abusive to acquire the desired constitutional and democratic outline. In compliance with the constitutional tripartition of powers, it is necessary to respect the spaces for executive and legislative action. The harmony between the powers does not condition judicial action to the model of the old judge of the law, but it also does not allow judicial solipsism. Between the two extremes, it is possible to build a constitutional and democratic alternative more suited to the Brazilian*

[1] Professor do programa de graduação e pós-graduação da Universidade La Salle Canoas, RS, Brasil. Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, titular da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre. Mestre e doutor em direito pela Universidade do rio dos Sinos. Endereço para correspondência na rua Padre João Batista Réus, 1436, Vila Conceição, Porto Alegre - RS. Fone (51) 981864174. Email: hilbert.obara@unilasalle.edu.br

*context, which, recognizing the linguistic turn and the condition of hermeneutic-philosophical possibility, allows judicial responses that are distant from legalism, with its subscriptive and interpretative methods, at the same time. time when they escape the arbitrary imprisonment of the judge's conscience / will. In this scenario, the paradigm case is brought up, the analysis of the decision to reject the request for advance relief for the operation of a commercial establishment in a pandemic period, to comfort the theoretical foundation. The existence of administrative activity and municipal regulation regulating commercial activities that may or may not continue to function, without any demonstration of failure or anti-legality, indicate the correctness of the decision by not incurring a usurpation of the public administrative function by the Judiciary, constitutionally conforming it in the condition of hermeneutic-philosophical possibility. Thus, the writing, adopting a methodological procedure consistent in the empirical analysis of judicial decision, with research and bibliographic review, seeks to contribute to the critical construction of a Judiciary suitable for the Brazilian reality with a view to democratic pursuit.*
***Keywords:*** *Constitution and democracy. Tripartition of powers. Judicial action.*

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente é muito controverso o tema sobre o limite da atuação do juiz, singularmente pelo papel democrático e constitucional destacado que lhe é atribuído por muitos pensadores, inclusive fora do direito. Comumente são trazidas perfunctoriamente apenas duas possibilidades diametralmente opostas. Enquanto alguns defendem que o juiz deve ter um palco reduzido de atuação, outros defendem uma dilatação excessiva do agir judicial. O estudo adentra nessa temática e investiga a possibilidade de construção de outras possibilidades entre os dois extremos, trazendo para tanto fundamentos teóricos e pragmáticos. É posta em análise uma decisão recente a respeito de um pedido de antecipação de tutela para funcionamento de estabelecimento comercial em período de pandemia, para que seja alcançado recíproco conforto da proposição jurídica e da resposta prática.

O escrito certifica a capacidade de aprimoramento do jurídico, sobretudo da atuação judicial, com a admissão da *linguisti turn* e da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica. É feita a verificação dos liames filosóficos ultrapassados, reféns da relação objetificante, a estribar as posturas antagônicas. Os vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos desmistificam os postulados filosóficos justificadores dos perfis do juiz boca da lei e do juiz solipsista. Ainda, permitem o reconhecimento da relação com os perfis minimalistas e ampliadores da atuação judicial. A partir daí é possível descartá-los para uma abertura de novas possibilidades.

Na clareira aberta pela imprescindibilidade de um jurídico mais filosófico, mais atualizado filosoficamente, são esgrimidas as possibilidades de formatação judicial, tornando plausível o abandono de fórmulas antigas, bem como o engessamento a modelos teóricos puros. No reconhecimento de que o perfil democrático e constitucional são os desejáveis, podem ser trabalhadas alternativas que devem, hermeneuticamente falando, partir da temporalidade do ser, do *dasein*. Desse modo, é viável buscar a construção de um perfil de Judiciário contextualizado historicamente, temporalmente adequado ao caso brasileiro, sem prejuízo, muito antes o oposto, de uma constante renovação daquilo que é obtido teoricamente e construído pragmaticamente para aquilo que é esperado de um Judiciário democrático.

O diagnóstico do panorama brasileiro atual é imprescindível. Isso passa pela comparação com outras realidades, de outros países, para reconhecer que o Brasil ocupa uma situação periférica, que torna muitas de suas realidades ocultas para os pensadores inseridos em outros panoramas. Na vivência brasileira é destacado um fosso social gerador de um déficit democrático principalmente ocasionado pela globalização econômica. Assim, o Estado de Direito brasileiro tem inegável responsabilidade no resgate desse problema e nesse enfrentamento o Judiciário não pode ser excluído.

O procedimento metodológico é baseado na análise empírica, de decisão recente, bem como em pesquisa qualitativa e revisão documental bibliográfica. A condição de possibilidade hermenêutica-filosófica traz a reflexão e racionalidade crítica de temáticas constitucionais, políticas e sociais.

## 2 A DECISÃO CONSIDERADA[2]

> Vistos.
>
> CASSOL MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA impetrou MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO contra possível ato praticado pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. Afirmou que a empresa impetrante situa-se em um centro comercial e que esta qualifica-se como fornecedora de materiais de ferragem e de construção, atividade descrita como serviço essencial, conforme art. 13, inciso I, do Decreto Municipal nº 20.623/2020. Asseverou, contudo, a ocorrência de contradição com o art. 14, na medida em que há um rol de estabelecimentos que podem funcionar em shopping centers e centros comerciais, sem previsão de que os demais que prestam serviços e ou comercializam produtos de natureza essencial, se enquadram na exceção à regra geral. Em razão disso, sustenta flagrante afronta ao princípio da isonomia e da livre concorrência. Discorreu sobre os decretos federais e estaduais que abarcam a natureza essencial das atividades da impetrante. Assinalou que a estrutura do centro comercial onde está situada possui plenas condições de atender as medidas sanitárias necessárias. Requereu liminarmente a concessão da segurança para que a impetrante não seja impedida de exercer suas atividades. Anexou documentos.
>
> Notificados, prestaram informações em conjunto o Município de Porto Alegre e o Prefeito Municipal, alegando preliminarmente a perda do objeto, porquanto o regramento municipal foi revogado com a superveniência da edição do novo Decreto Municipal nº 20.625, de 23 de junho de 2020. Arguiram que ausência de condições de prosseguimento na via processual eleita pela parte impetrante, já que a iminência de

[2] Transcrição de:
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado (5. Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre). **Mandado de segurança 5035662-77.2020.8.21.0001/RS**. Impetrante: CASSOL Materiais de Construção Ltda. Impetrado: Prefeito - Município de Porto Alegre. Juiz de direito: Hilbert Maximiliano Akihito Obara, 1 de julho de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/ . Acesso em: 28 set. 2020.

afronta a direito líquido e certo não caracteriza a existência de possíveis atos de efeitos concretos a serem praticados pela municipalidade e, ainda, por haver necessidade de dilação probatória. Aduziram que o gestor municipal é quem detém tecnicamente as melhores condições de avaliar, no âmbito da sua regia, qual a melhor forma de prevenção e de combate ao COVID-19, não cabendo ao Poder Judiciário ingressar no mérito do ato administrativo.

**É o relatório.**

**Decido.**

De início, destaco que as informações requisitadas objetivam o julgamento do pedido antecipatório razão pela qual as defesas processuais arguidas pela impetrada serão analisadas posteriormente, em momento oportuno. Certo é que há uma possível situação de ilegalidade concreta, cuja apreciação não pode ser obstada pelos argumentos trazidos nas preliminares.

O Mandado de Segurança é remédio constitucional para assegurar o direito líquido e certo à pessoa física ou jurídica contra ato ilegal ou abuso de poder praticado por autoridade.

Direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, ou seja, o direito que se apresenta manifesto na sua existência, devidamente delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento de sua impetração. Exatamente porque se exige situações e fatos demonstrados de plano é que não existe instrução probatória na ação em comento. A prova, pois, deve ser pré-constituída.

Dito isso, os atos da Administração Pública gozam de presunção de legitimidade. O Poder Executivo tem todas as condições para as pesquisas necessárias e a adoção das medidas mais indicadas para o período de pandemia do coronavírus. Não que se deva concordar com todas as determinações emanadas pela função executiva. Porém, o administrador público, de conformidade com os poderes que lhe são legitimamente outorgados pela Constituição vem tomando as precauções que entende devidas, de conformidade com os elementos de pesquisa e informação que dispõe, buscando adequar os diversos interesses sociais conflitantes. A propósito, o próprio Estado acaba sendo financeiramente prejudicado com o fechamento provisório dos estabelecimentos comerciais, o que reforça a convicção da legalidade e imprescindibilidade de seus agir.

A submissão dos comportamentos da Administração Pública ao controle jurisdicional é uma decorrência do Estado de Direito. Nessa perspectiva, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 107) observa que "de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contestar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quanto inválidos, e as reparações patrimoniais cabíveis".

Inobstante isso, as determinações impostas pelo Decreto Municipal nº 20.625, de 23 de junho de 2020, no tocante ao funcionamento de estabelecimentos situados em *shopping centers* ou centros comerciais, que embora sejam detentores de atividade essencial, passam invariavelmente por uma análise de viabilidade criteriosa. Vale dizer que o aprofundamento dos estudos realizados pelo Poder Executivo encontram amparo substancial e técnico para a adoção das medidas restritivas a determinados seguimentos do comércio, ainda que resultem em desagrado à economia.

Assim, é descabida a análise meritória do Poder Judiciário à exteriorização do ato administrativo que dispõe sobre medidas de prevenção à COVID-19. Nesse ponto, caberia o controle externo nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder praticado pela autoridade coatora, o que não se revela na espécie. A atuação judicial, portanto, é legitima para conformar a atuação administrativa com o jurídico e constitucional. Ignorar o espaço de atuação da administração pública implicaria em desconhecer os freios da tripartição de poderes, configurando o indesejado ativismo judicial, de natureza antidemocrática. Nenhum dos poderes e nenhum de seus representantes pode avocar o poder absoluto ditatorial em nosso Estado democrático de direito. Cabe aos mesmos, dentro de suas respectivas esferas de competência, atuar em prol do asseguramento e concretização dos direitos individuais e sociais.

Por derradeiro, a permissão para funcionamento de estabelecimentos análogos ao do impetrante não configura afronta ao princípio da isonomia e à livre concorrência. Há critérios observados pela administração pública para estabelecer quais e como devem funcionar as atividades comerciais. O momento atual está a exigir a excepcionalidade, fundada na necessidade pública, para o exercício das atividades comerciais. A utilização de elementos analógicos e da indicação de critérios privados, distantes da definição pública governamental, para o delineamento da necessidade da atividade econômica acabam por permitir o funcionamento de grande parte, senão de todos, os estabelecimentos comerciais. Indubitável que a liberdade econômica tem relevante função na sociedade contemporânea, porém os critérios específicos para abertura em tempos de pandemia devem ser estabelecidos exclusivamente pela administração pública. A proclamada isonomia deve então acrescer uma sensibilidade social, um abrir-se compreensivo para a existência de outras situações de maior urgência, como o reconhecimento de necessidade de preservação da vida e da saúde a exigir sacrifícios em prol do bem comum. Então, a compreensão da igualdade no Estado de direito democrático ultrapassa a concepção formal, neutra e individualista para voltar-se para um sentido compatível com o de justiça social.

Ante o exposto, indefiro a liminar.

Notifique-se a parte impetrada para prestar informações complementares que entender pertinentes, no prazo de 10 dias.

> Com as informações, dê-se vista ao Ministério Público.
>
> Dê-se conhecimento do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para, querendo, ingressar no feito, na forma nos termos do art. 7º, II, do diploma legal.
>
> Intimem-se.

## 3 A VIRAGEM-LINGUÍSTICA E A CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE HERMENÊUTICA-FILOSÓFICA NO DIREITO

A filosofia da relação sujeito-objeto foi permissora do direito em duas perspectivas criticáveis, ora refém de sentidos pré-existentes no texto legal ora, com a dominação da filosofia da consciência, impulsionando o incontrolável decisionismo (STRECK, 2009a, p. 145). Na primeira, a crença era na existência de sentidos escondidos no escrito da lei, sentidos independentes do intérprete, em um cárcere ontológico da objetividade da ciência, sem admitir a historicidade compreensiva (GADAMER, 1999, p. 400). Na segunda, que o intérprete poderia adquirir os sentidos em sua consciência, em seu mundo, independentemente da realidade, como uma ação da subjetividade e não em uma penetração do acontecer (GADAMER, 1999, p. 436). Em ambos, o direito perde seu conteúdo substancial, servindo como instrumento do político, mormente dos interesses dos representantes políticos, dos legisladores, como na crença liberal, e da moral, da subjetividade arbitrária do juiz (STRECK, 2014, p. 77).

A manutenção de um conteúdo substancial no direito, além do mero caráter instrumental, parte do reconhecimento da dualidade incompatível com a viragem-linguística (OLIVEIRA, 1996, p. 133). A linguagem, como abertura de horizontes, como inauguração de mundo ao intérprete, constitui-se no meio de aquisição e expressão de sentidos. Todos os sentidos são, portanto, linguísticos, advindos da relação intersubjetiva, conectando o intérprete com o mundo, com seu contexto histórico temporal (GADAMER, 1999, p. 577). A linguagem é, assim, fenomenológica, pragmática, mas de modo diverso da reflexão transcendental da sujeição à objetividade e do assujeitamento do objeto, com essência diversa, portanto, da linguagem instrumental. Não que a linguagem instrumental, como do texto escrito, não possa ser aperfeiçoada (OLIVEIRA, 1996, p. 165-168) ou que possa ter significações arbitrárias ou aleatórias. Antes o contrário, é imprescindível a receptividade ao texto, de modo ensejar a correspondência compreensiva, muito distante, consequentemente, do "saber dominador" (GADAMER, 1999, p. 464).

As filosofias objetificante e subjetiva são perceptíveis no direito. Na análise objetificante jurídica as respostas são dadas pelo texto da lei e na ausência do texto da lei abre-se a senda da subjetividade, por meio da discricionariedade judicial (ENGELMANN, 2001, p. 71) ou por uma aplicação principiológica (ENGELMANN, 2001, p. 167-168). O raciocínio jurídico era de confiar nos métodos jurídicos (subsunção e interpretação) e na insuficiência dos mesmos autorizar a razão prática, tendo na subjetividade uma fatalidade (STRECK, 2014, p. 53). Contudo, seja nos supostos sentidos pré-dados pela dogmática dominante, forjada em uma confiança em uma consciência mítica, que na realidade era vazia (GADAMER, 1999, p. 412), uma vez que o sentido do

texto é sempre nova e além do leitor, nunca reprodutivo de um saber superior (GADAMER, 1999, p. 444), ou no exercício do julgamento arbitrário/discricionário/principiológico, equivocadamente desprendido do mundo porque o desvelamento é inevitavelmente compartilhado e nunca propriedade exclusiva de quem quer que seja (HEIDEGGER, 2009, p. 127), sempre esteve presente a vontade/poder do sujeito (STRECK, 2014, p. 38). Em todas as possibilidades criticadas, de qualquer modo, está a sujeição do direito a um elemento externo incontrolável, a uma vontade dominadora solipsística ou política.

A modernidade sempre conviveu com a problemática do sujeito dominador do jurídico, ignorando que o sujeito inevitavelmente é em relação a algo, que é inalterável e independente do intérprete (HEIDEGGER, 2009, p. 98-100). Na atualidade, a insuficiência do modelo agrava ainda mais as crises, em face da formação de uma sociedade ampliativa de complexidades, onde o direito parece não conseguir superar a perspectiva da objetivação (STRECK, 2014, p.78), a superação da diferenciação de texto e norma (GUASTINI, 2005, p. 131). O acolhimento da intersubjetividade compreensiva, da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, desmonta a metafísica de sentidos contidos no texto, de compreensões unívocas, camufladoras da vontade da fala dominante, oriunda do poder político prevalente (STRECK, 2009a, p. 208), da mesma forma que obsta o eu agigantado do discurso solipsista (STEINER, 1997, p. 36), na medida em que o ser, mesmo sozinho, será sempre junto a algo e que o algo sempre é desvelado pelo ser-aí, onde o desvelamento pertence ao ser-aí (HEIDEGGER, 2009, p. 118).

As respostas judiciais, na admissão da viragem linguística, permitem a reconexão do sujeito ao mundo, no *dasein*, onde suas compreensões projetam-se, de forma incompleta por ser passiva de ininterrupta revisão, no avanço de penetração semântica em direção ao ente (GADAMER, 1999, p. 402), em um inevitável compartilhamento de sentidos desvelados (HEIDEGGER, 2009, p. 128). O engodo da dualidade, da transmissão da essência do ente ao ser, é descoberto com a constatação de que os sentidos advém da linguagem, no círculo hermenêutico, quando a interpretação pressupõe, como primeira de todas as condições interpretativas, a pré-compreensão a ser afetada pela alteridade (GADAMER, 1999, p. 441), no inevitável e originário projeto vital de cada ser humano (REALE, 1993, p.103-104.). Está aí a essência da própria existência, limitativa da compreensão, da qual as ciências e qualquer conhecimento não podem abdicar. O homem e o jurista não podem ser fechados ao mundo, eles são seres no mundo e, como tal, devem permanecer receptivos, acolher, receber, deixar-vir-ao-encontro, para a apropriação compreensiva (HEIDEGGER, 2009, p. 75-77), inclusive no jurídico.

A linguagem é condição especialíssima e exclusiva do homem, "[...] a linguagem humana deve ser pensada como um processo vital particular e único, pelo fato de que no entendimento linguístico torna-se manifesto o 'mundo'" (GADAMER, 1999, p. 647). Nessa abertura linguística o ser há de ser junto às coisas, na medida em que "[...] pertence essencialmente ao sujeito o fato dele não estar encapsulado em si, mas sempre já ser junto ao ente por si subsistente" (HEIDEGGER, 2009, p. 120). O diferencial linguístico que lhe é inerente, portanto, não é autorizativo do assujeitamento de sentidos, de relativização de mundo, pois há um pertencimento, um liame inevitável com o tempo e o espaço (MARMOR, 2005, p. 83). A linguagem não cria um intérprete

assujeitador do mundo, uma vez que o mundo foi, pode ser e provavelmente será sem o homem, mas a acepção de mundo é estruturada humano-linguisticamente (GADAMER, 1999, p. 649). Nesse desenvolvimento, o ser está ancorado em conhecimentos prévios, gestados na historicidade (GADAMER, 1999, p. 415-416), dos quais inexiste arbítrio na sua utilização ou não, vinculando-o à história, vinculando todo conhecimento humano, todas as ciências, o direito, à história (OLIVEIRA, 1996, p. 229). O ser em sua temporalidade, na historicidade da pré-compreensão, em comunhão com a tradição (GADAMER, 1999, p.440), nas suas circunstâncias (REALE, 2010, p. 103) é, portanto, incompatível com o eu dominador do mundo.

A fala do outro e a fala do texto são inevitavelmente consideradas na ação compreensiva. O homem não se fecha, mas se abre à opinião alheia e à do texto. Essas opiniões são postas junto, em relação às próprias opiniões, extraindo uma nova e diferente compreensão. Em tudo isso está a mutabilidade e multiplicidade de sentidos, própria, do outro e do texto. Todavia, essas características não são ilimitáveis, sob pena de uma barreira intransponível comunicativa. No respeito a essa fronteira são construídas as compreensões possíveis, adequadas e na transgressão surge a alternativa inviável, inadequada. Por isso o intérprete é levado pela busca de padrões mais adequados de conformidade com o extrínseco (GADAMER, 1999, p. 456), na atenção ao outro e ao texto. Caso não os escute, não preste a devida atenção, laborará em equívoco, em um mal-entendido, ultrapassando o limite próprio da variedade semântica. Aquilo sobre o que se trata traz em si seus questionamentos e possibilidade de sentidos, sua própria obscuridade a ser desvelada. O sujeito trata desse desvelamento, não estando autorizado a construir em si o desvelamento que melhor lhe aprouver e nem tratar de algo diverso, sob pena de um final esgotamento da possibilidade de ouvir o outro e o texto, de um fechamento para a diferenciação, para a compreensão proporcionada pela alteridade (GADAMER, 1999, p. 404). A janela da compreensão, do inato e universal poder de sínteses do homem, porque lhe permite a comunicação, lhe diferencia, lhe dá plasticidade e a capacidade de superar a si mesmo, de se reinventar continuamente (REALE, 2010, p. 104).

Na compreensão de um texto, inclusive jurídico/legal, a semântica não é fruto daquilo que o intérprete tenha pretendido significar dele, do seu querer, de sua intenção. Antes, a compreensão está sujeita à legitimação, quanto à origem e validez, da contextualização social e histórica da frase (GADAMER, 1999, p. 403). O viver, onde o tempo constitui uma possibilidade produtiva no acontecer (GADAMER, 1999, p. 445), é compreensivo em um momento socialmente histórico e a palavra, seu sentido, está condicionado à utilização pragmática, distante da teorização desvinculada dos contextos (OLIVEIRA, 1996, p. 135). Por isso, a compreensão não é estática, mas produtiva, progressiva, de conformidade com a realidade histórica, na mediação entre os conceitos do passado e do presente (GADAMER, 1999, p. 578) em direção ao futuro, no "ser-adiante-de-si-mesmo" (OLIVEIRA, 1996, p. 211-212). Logo, a manifestação do texto, dos entes, é junto ao ser temporal em seus contextos. O intérprete é, temporalmente, em relação a uma multiplicidade de entes presentes em uma determinada totalidade conjuntural (HEIDEGGER, 2009, p. 78) e junto a outros intérpretes, imprescindindo do compartilhamento, da "mesmidade", para a formação do nós (HEIDEGGER, 2009, p. 105), para a comunicação e nosso viver comunitário.

O jurídico não pode assim, permanecer preso a sentidos pré-dados imutáveis. Ao mesmo tempo não pode ter modificações dependentes do querer individual solipsista. Na hermenêutica-filosófica, no círculo hermenêutico, na compreensão do todo pelo individual e do individual pelo todo, há a antecipação de sentidos, o projeto semântico em direção ao saber, como no aprendizado de línguas mortas, onde é extraído o projeto de sentido da frase para depois chegar nas palavras componentes da oração, por meio da expectativa de sentido precedente há o aprimoramento semântico da palavra autorizativo do aprimoramento da própria oração. Há, dessa forma, uma constante possibilidade de aperfeiçoamento, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, na busca da melhoria da concordância entre eles (GADAMER, 1999, p. 436-437). O texto e o sentido do texto estão compreendidos no círculo hermenêutico, como a parte, em relação ao contexto histórico, como o todo, do qual deve ser alcançada a concordância, o afinamento entre ambos, na fusão de horizontes do ser (GADAMER, 1999, p. 457).

O direito é, no homem, temporal, devendo consequentemente ser pensado historicamente. O juiz não pode, por meio de sua exclusiva subjetividade, querer ultrapassar as construções jurídicas dialéticas (STRECK, 2009a, p. 280-281), com conformação histórica. Não que as mudanças sejam impossíveis, mas que só são permitidas por bons motivos (HABERMAS, 2001, 170-171). Porém, no caso concreto analisado, não havia justificativa suficiente para que o juiz deferisse o pedido de antecipação de tutela, na medida em que o órgão da administração pública, que possuía maiores e mais aprofundados elementos para a política administrativa relativa à abertura ou fechamento de atividades comerciais, não foi omisso e não ficou comprovado qualquer erro/ilicitude em seu agir. A perspectiva do pragmatismo constitucional, que pressupõe a experiência da subjetividade (VERDÚ, 2004, p. 6-7), impeliu ao reconhecimento do ambiente de atuação administrativa do Município de Porto Alegre. A subjetividade que traz compreensões sempre diferentes, não pode fazer confundir diferença com distorção (GADAMER, 1999, p. 684) e o agir judicial submetendo os demais poderes iria distorcer o mandamento constitucional da tripartição de poderes. As construções semânticas jurídicas pretéritas em consonância com a abertura para as expectativas futuras (HABERMAS, 1993, p. 25) apontaram para o resguardo do espaço da administração pública, conservando a indispensável harmonia entre os poderes do Estado de direito brasileiro.

## 4 A ATUAÇÃO JUDICIAL E O IMPEDIMENTO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO PARA A ULTRAPASSAGEM DO AGIR ADMINISTRATIVO LEGÍTIMO

Há duas possibilidades jurisdicionais opostas. Em uma a atuação judicial é limitada ao extremo, em um ângulo individualista-liberal ou neo privatística (MOREIRA, 2005, p. 5-6) e a outra adquiriria um cunho paternalista, nos moldes das expectativas do liberalismo clássico e do intervencionismo estatal. Todavia, na contemporaneidade, dentro das diversidades e características peculiares de cada país, é que deve ser buscada a formatação ideal, de conformidade com as expectativas democráticas de cada povo, o que faz com que preponderem as composições híbridas, deixando para o

plano teórico e ideológico a defesa das formas puras (DAMASKA, 2000, p. 125-126). Seguindo o Estado de direito brasileiro está organizado na forma híbrida. Parece ser esse o melhor caminho a ser trilhado. Cabe, então, trazer as justificativas para a afirmação.

O primado da maior contenção do agir judicial, especialmente no tocante à implementação de políticas públicas, é adequado para um Estado de direito com uma política liberal sólida dominante. Nesse Estado, pressupondo a autossuficiência de seus cidadãos, sobretudo a ausência de vulnerabilidades econômicas sociais, basta garantir a liberdade, a livre iniciativa, pois a roda global da economia lhe é benéfica, estando mais próxima dos denominados países desenvolvidos. São prescindíveis e até indesejáveis intervenções estatais, causando estranheza a afirmação da necessidade de implementação de políticas públicas por meio do judiciário. Isso porque, sob essa ótica, é descabido ao Estado, ao poder administrativo, adotar políticas públicas, mesmo promovedoras de transformação social. Até porque essas transformações seriam presumivelmente nocivas ao desenvolvimento social/econômico, ainda mais quando originadas do Poder Judiciário. A função do Estado deve ser restringida à segurança externa e interna, onde estaria a essência da atuação judicial, confiando que tudo o mais, que todos os demais interesses públicos e privados, seriam construídos de forma independente da atuação estatal (HÖFFE, 2005, p. 179).

Na liberdade econômica, maior emblema da perspectiva liberal e da atuação estatal e judicial mínima, não há tanta afetação à igualdade, muito diferente do que acontece com grande parte, senão com a totalidade dos países periféricos, invisíveis para essa lógica. De qualquer forma, a avocação fomenta e seduz, dizendo que o homem é livre e dono de si, portanto, não precisa de qualquer contribuição estatal. O povo, constituído por homens livres, deve ter as rédeas de seu destino. Cada um deve, por si, correr atrás de seus interesses. Cabe deixar reservado para a atuação judicial apenas a tarefa de limitar a injustificável atuação dos demais poderes na esfera privada, bem como o campo de resolução de conflito privado de interesses, na característica marcante da proteção dos direitos subjetivos (ZOLO, 2006, p. 93-94). Basta, portanto, que a atuação judicial seja neutra, concentrada no mínimo, oposta à atuação judicial novecentista, do protagonismo judicial, que desconhece a forte separação entre o público e o privado, bem como entre a atividade administrativa e judicial (CASALINI, 2006, p. 282-283). O Estado brasileiro, o judiciário, lida com um contexto de situações muito diversas dos pressupostos da atuação estatal e judicial mínima. Aqui há um enorme fosso social. Há um déficit democrático enorme a ser resgatado, respaldando a assertiva de melhor cabimento de um modelo híbrido.

No caso brasileiro e de grande parte dos países em desenvolvimento o enunciado de liberdade que se traduziu quase que exclusivamente em liberdade econômica, uma vez que o homem acaba preso ao sistema de produção, às exigências de trabalho, indústria e comércio, além de não consubstanciar, pelo menos para a grande massa, um real liberdade, de capacidade de buscar livremente seus desígnios, ainda afetou fortemente o igualitarismo (BOBBIO, 2000, p. 39). O sentimento de ganância econômica para obter o poder e alcançar as benesses prometidas pelo capitalismo trouxe o culto ao dinheiro, que antes de ser “liberdade” é aprisionamento, trazendo para a maior parte das

pessoas, ainda que o capitalismo tente torná-las invisíveis, concretamente, apenas miséria e sofrimento (HADOT, 2000, p. 304).

Presentemente, o capitalismo tem, para o lado de cá do hemisfério, mostrado o seu lado sombrio. O dia a dia de grande parte do povo brasileiro é de luta pela sobrevivência, em estado de extrema vulnerabilidade, onde falta comida, medicamentos e atendimentos médicos e hospitalares, moradia, educação, serviços básicos de saneamento, dentre outros tantos problemas. Nas localidades em que o cidadão luta pelo mínimo garantidor de uma vida minimamente digna não pode ser exigível que adquira uma consciência crítica qualificadora da sua condição de cidadão. Cabe ao Estado implementar as condições necessárias para a maioridade cidadã, para a emancipação social. Então, quando os demais poderes são omissos e/ou relapsos, deixando de cumprir suas agendas de campanha e compromissos sociais surge a responsabilidade constitucional judicial para, em caráter subsidiário, tornar eficaz os preceitos e regras de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2007, p. 29).

Na perspectiva híbrida da atuação judicial brasileira há a imprescindibilidade de limitação da "mão livre" do mercado, o que implica em atenuar os efeitos socialmente nefastos, ainda que, excepcionalmente, por meio da via judicial (HOFFE, 2005, p. 40). Na situação da decisão, é possível notar a defesa da liberdade econômica tentando burlar o controle administrativo na preservação de outros interesses sociais. Houve o controle administrativo em razão da situação de pandemia que organizou os serviços considerados essenciais e não essenciais e a parte autora sustentando analogias pretendia afastar o devido agir administrativo. Portanto, uma decisão oposta à que foi tomada, na realidade, seria reveladora de um ativismo judicial contrário à realização de políticas públicas, quando a crítica liberal comumente é contra o agir judicial na implementação das políticas públicas.

O paradigma diametralmente oposto e igualmente incabível no Brasil é o do Estado de máximo intervencionismo. O Estado intervencionista, como um todo, é identificado por um agir político dilatado, pelo excesso de seus agentes políticos. Comumente, é semeada a ideia antidemocrática do cidadão incapaz e/ou apático (OLIVEIRA JUNIOR, 1997, p. 116), integrante de um povo carente de um guia, de um panóptico, de um pai, a lhe dar acolhida e atender os seus interesses. De forma velada ou não é admitida a noção do povo rebanho, do povo incapaz de correr atrás de seu próprio destino e, por isso, precisa de um pastor, de um herói, de um protagonista, que goza ou tenta gozar de um poder arbitrário, que o faz colocar seus interesses pessoais acima dos interesses comuns ou fundindo os interesses pessoais com os públicos, inevitavelmente prevaricando (ZOLO, 2006, p. 31). É apagada a linha que separa o público do privado, o privado do governante acaba por perpassar todos os interesses do Estado e da sociedade (DAMASKA, 2000, p. 126-127). Por isso, desde sempre o espírito democrático, de construção social de cada um e de todos os cidadãos (REALE, 2010, p. 12), amparado na dialética cidadã legitimadora do político (HABERMAS, 1989, p. 7-8), foi incompatível com a heroicização política que pressupõe discriminação e não igualdade, que incumbe a uma pessoa ou determinado grupo de pessoas a liderança em razão de uma imaginada diferenciação moral e/ou intelectual (HÖFFE, 2005, p. 127).

A implementação judicial de políticas públicas é caracterizadora da chamada jurisdição intervencionista que, em sua perspectiva mais enérgica, não encontra limites para o agir judicial. O Judiciário ignora o setor próprio de atuação executiva e legislativa e passa ao exercício autoritário, quando o regime democrático reclama a delimitação da zona de atuação das instituições (HABERMAS, 1997, p. 286-287). É constituída uma perspectiva que prescinde inclusive da diferenciação do jurídico e do político, pois ambos estão sujeitos ao arbítrio do juiz. Desse modo, resta desconfigurado o legítimo lugar do político na produção do democrático (GARAPON, 1999, p. 74-75). Enfim, o excessivo intervencionismo judicial ultrapassa o imprescindível resgate dos interesses sociais produzidos pela globalização econômica que demandaram para diversos países, inclusive o Brasil, preocupações governamentais sociais (COMPARATO, 1999, p. 47) para assumir um nocivo paternalismo e dirigismo social e político pelo juiz, que configura o constitucional e democraticamente indesejado ativismo judicial (TEIXEIRA, 2012, p. 49).

O Brasil convive contemporaneamente com muitas demandas sociais legítimas, exigindo respostas estatais condizentes, o que torna incabível a minimização do Estado (HOFFE, 2005, p. 188). No descortinamento desse cenário o judiciário não pode passar impune, incumbindo-lhe implementar constitucional e democraticamente as omissões e falhas do Executivo e do Legislativo. Contudo, essa responsabilidade do Judiciário não pode ocorrer às custas da harmonia entre as funções do Estado de direito, devendo servir como mediador entre entre as exigências individuais e sociais em face da condução governamental (DAMASKA, 2000, p. 128), com o que não pode ser o protagonista político e social, ao mesmo tempo em que lhe incumbe fazer cumprir a Constituição na falha e omissão dos outros órgãos políticos estatais, obstando afrontas aos direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 73, com o que lhe é conferida uma responsabilidade democrática básica (HOFFE, 2005, p. 40). Nas circunstâncias fáticas da decisão o agir constitucional favoreceu o compromisso da administração pública de contenção da pandemia do coronavírus, impedindo a ampliação das atividades que foram limitadas de conformidade com pressupostos estudos específicos e adequados do agir administrativo adotado. Portanto, a não ingerência atendeu a simetria e harmonia das funções, em atenção aos objetivos constitucionais e democráticos do Estado de direito brasileiro.

Na decisão em análise não houve o indeferimento da pretensão antecipatória na afirmação da adequação contemporânea constitucional e democrática da atuação judicial à clássica pretensão liberal-iluminista de instituição do juiz boca da lei. Muito menos a decisão ocorreu de um decisionismo, de uma vontade individual solipsística. O julgado procurou atender o primado de um Judiciário qualificado e eficiente, concentrado no essencial (HOFFE, 2005, p.190). Porém, tal fato é inconfundível com a defesa do enxugamento e limitação do agir judicial no Brasil de hoje. O escrito intencionou enfatizar que a qualificação e eficiência, bem como a concentração no essencial passa pela assunção, pelo Judiciário, de preocupações coletivas (CAPPELLETTI, 2001, p. 58), mas conservando a sua função secundária (DAMASKA, 2000, p. 129), com o que é anunciada a inadequação de ambos os modelos extremos. As peculiaridades locais é que devem ditar o papel do Judiciário (REALE, 2010, p. 41), que na sociedade brasileira hodierna parece ser cada vez mais relevante para a implementação democrática (CASALINI, 2006, p. 306-307).

No Brasil é inegável a responsabilidade constitucional do Judiciário de, em conjunto com as outras funções do Estado, resgatar as promessas sociais pretéritas (STRECK, 2009b, p. 72) e no caso da omissão/falha das outras funções não surge uma faculdade, mas um dever de agir (CADEMARTORI, 2018, p. 509). Sem apelar para o decisionismo judicial, mas agregando "qualidades positivas" adequadas aos interesses dos cidadãos brasileiros, destinatários de serviços de qualidade (HOFFE, 2005, p. 190) é que deve ser repensado o Judiciário brasileiro. Então, nesse repensar, o desacolhimento da pretensão exposta na decisão, ao corroborar o agir administrativo, em face da inexistência de omissão ou erro, primou pelos interesses dos cidadãos, pela preservação da atuação administrativa, na normatização constitucional do caso concreto, sobretudo considerando que a liberdade econômica preponderasse sobre atos administrativos protetivos do interesse público.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo identificou dois modelos de Jurisdição opostos no que pertine à capacidade de intervenção social do juiz. Na grande maioria dos países o Judiciário acaba buscando uma alternativa diversa que fica entre o extremo da mínima e máxima intervenção judicial. Não pode ser diferente no caso brasileiro. Os perfis puros do *laissez faire* e intervencionista subordinante da Constituição são democraticamente inaceitáveis para o Brasil.

A jurisdição da intervenção mínima não encontra adequação em face das promessas constitucionais e democráticas incumpridas, para as quais o Judiciário é co-responsável. Há uma agenda de igualitarismo sufocada pela liberdade econômica, pela globalização capitalista que parece agravar cada dia mais o profundo fosso social existente. Como na decisão em comento, o Judiciário não pode se render a um único interesse do politicamente dominante que é o econômico. Então, quando a administração pública, na sua zona constitucional e democrática de atuação, toma medidas visando tutelar interesses públicos tidos como preponderantes em relação ao econômico, o judiciário deve validar tal atuação.

A jurisdição brasileira angaria responsabilidades sociais, porém o atendimento desses compromissos não pode ocorrer pelo intervencionismo excessivo, consubstanciado no ativismo judicial. A viragem linguística e a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica garantem que o engajamento do juiz na tarefa democrática de resgate das dívidas sociais aconteça dentro dos limites do direito e da Constituição. O contexto brasileiro é imprescindível para o reconhecimento da demarcação da elasticidade desse agir. Em outros panoramas de Estados de direito diversos poderiam ser outras as respostas para o contorno da face do Judiciário, mas no Brasil o pensar socialmente preocupado, crítico e racional aponta para uma capacidade intervencionista, mas sem exageros antidemocráticos.

A viragem linguística e a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica desvelam a inviabilidade do direito continuar sendo orientado pela relação sujeito-objeto. As trilhas desse guia são inevitavelmente apenas duas. A primeira redunda na subserviência ao legalismo, à manutenção do poder, na atualidade do econômico. Essa

subserviência está umbilicalmente ligada a uma inércia judicial, a um desapreço da função judicial, que principalmente nos dias de hoje é democraticamente contraproducente. A segunda é a do protagonismo judicial, do agigantamento desproporcional do sujeito-juiz, que poderia até levar para o atendimento de interesses sociais, como o contrário, em uma insegurança decorrente da confiança no agir heróico, cuja configuração antidemocrática salta aos olhos. Na atuação judicial guiada pela relação linguística intersubjetiva está a capacidade de aprimoramento do jurídico, do social, de atribuir uma postura ativa, intervencionista, no limite constitucional, inserindo o desejável objetivo democrático no direito, sem soçobrar no solipsismo do juiz.

A decisão observada, na condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, ultrapassa a fórmula das posturas minimizadas e maximizadas extremas para buscar uma adequação ao contexto da realidade brasileira contemporânea. No ser histórico, de um tempo e local determinado, foi expressada a capacidade de limitação jurídica do político, que o democrático não é cativo do econômico, muito antes o contrário, que o democrático pode e deve, não tão raras vezes, submeter o econômico. Portanto, quando a administração pública assim o faz em prol da preponderância de um interesse público mais relevante, só resta ao Judiciário, no limite do jurídico e constitucional, endossar esse agir. Assim, o Judiciário, temporalmente adequado ao local de fala, prestigia a harmonia dos poderes, atende à sua co-responsabilidade pelo fim democrático da sociedade.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. O Estado Constitucional de Direito, neoconstitucionalismo e políticas públicas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE), [S.l.], v. 6, n. 1., p. 493-510, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado.** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001. (Clássicos do Direito).

CASALINI, Brunella. *In:* COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito:** história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

DAMASKA, Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del Estado:** análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico:** princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional:** ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Direito e democracia**: entre factividade e validade. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **El discurso filosófico de la modernidad**. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1993.

_____. Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro. **Revista Tempo Brasileiro,** Rio de Janeiro, v. 5, n. 21, 1989.

HADOT, Pierre:". **Qué es la Filosofía Antigua?** México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÖFFE, Otfried. **O que é Justiça?** Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. (Coleção Filosofia, 155).

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory.** 2. ed. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, Barbosa. O neoprivativismo no Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, [s.l.], ano VI, n. 34, mar./abril, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüistico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado (5. Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre). **Mandado de segurança 5035662-77.2020.8.21.0001/RS**. Impetrante: CASSOL Materiais de Construção Ltda. Impetrado: Prefeito - Município de Porto Alegre. Juiz de direito: Hilbert Maximiliano Akihito Obara, 1 de julho de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/ . Acesso em: 28 set. 2020.

STEINER, George. **Pasión intacta**: ensayos 1978-1995. Traducción de Menchú Gutiérrez y Encarna Castejón. Santafé de Bogotá: Ediciones Siruela, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

_____. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [S.l.], jan.-jun. 2009b.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichikeski: Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV,** São Paulo, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito:** história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

# O FEDERALISMO BRASILEIRO COM ENFOQUE NA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS ENTRE OS ENTES PÚBLICOS PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*BRAZILIAN FEDERALISM AND THE DISTRIBUTION OF PUBLIC REVENUE AMONG PUBLIC ENTITIES ACCORDING TO THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988*

Ana Catarina Dantas Fontes da Cunha Lexau[1]

**Resumo:** O presente artigo avalia o Estado Federal Brasileiro, com enfoque na figura do Município. Analisa a repartição da receita tributária, suas formas de repasse e respectivas garantias. Disserta sobre a necessidade de se garantir de fato a autonomia política dos Entes Municipais, tendo por base sua autonomia financeira. Expõe a necessidade de autonomia financeira, a fim de que os Municípios possam cumprir as competências materiais a eles atribuídas pela nossa Constituição Federal.
**Palavras-chave**: Estado Federal Brasileiro. Município. Repartição da Receita Tributária.

***Abstract:*** *Evaluates the Brazilian Federal State, focusing on the figure of the Municipality. It analyzes the distribution of tax revenue, its forms of transfer and respective guarantees. Talks about the need to guarantee in fact the political autonomy of the Municipal Entities, based on their financial autonomy. It exposes the need for financial autonomy, so that the Municipalities can fulfill the material competences attributed to them by our Federal Constitution.*
***Keywords****: Brazilian Federal State. Municipality. Distribution of tax revenue.*

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado Federal Brasileiro formou-se desde a constituição da República, estando previsto já na primeira Constituição Republicana de 1891. No decorrer dos tempos, foi-se consolidando em um federalismo cooperativo, em que os Entes Federados possuem competências materiais e legislativas próprias, não existindo hierarquia entre eles, mas sim a preponderância dos interesses e o respeito às disposições constitucionais, a fim de se determinar de qual Ente é a competência para tratar de determinada matéria.

A Constituição Federal de 1988 trouxe importante inovação sobre o assunto, ao prever uma particularidade à forma de Estado brasileira. Elevou os Municípios à

[1] Procuradora Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

categoria de Entes Federados, com autonomia política para exercerem as competências a eles discriminadas.

A preocupação com a definição de Federação, principalmente com o aspecto da autonomia política, é o fator motivador deste Trabalho. Cuida-se de se analisar como a autonomia política se consagra, tendo por base especialmente a autonomia financeira que deve ser concedida ao Ente Público.

No estudo da autonomia financeira, analisam-se as formas de repartição das receitas tributárias prevista na Constituição Federal de 1988, pois, além da competência tributária própria que possuem os Entes Públicos, há a transferência de valores do produto da arrecadação de tributos dos Entes maiores em benefício dos Entes menores.

Pretende-se avaliar como são as formas de repartição tributária, qualificadas em diretas e indiretas; as garantias de repasse dessas receitas; e o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a limitação desse direito ao recebimento de valores que não possui o condão de interferir na competência tributária do Ente instituidor.

Ademais, preocupa-se em dar enfoque ao Ente Municipal, em face de sua qualificação como Ente Federado, e os mecanismos de garantir-lhe autonomia financeira, pois, na condição de Ente Menor, tem o direito ao recebimento de parte das receitas tributárias vindas da União e de seu respectivo Estado.

## 2 A FIGURA DO MUNICÍPIO NO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO

Com a Constituição Federal de 1988, muitos passaram a sustentar que os Municípios se transformaram em Entes Federativos, visto que foi previsto para eles, além dos Poderes Executivo e Legislativo próprios, o poder de auto-organização realizado por meio de lei orgânica. Ademais, tanto o artigo 1º, quanto o artigo 18 os tratam como Entes que compõem a República Federativa do Brasil.

Essa é a corrente predominante. Contudo, há estudiosos que sustentam que os Municípios não foram alçados à categoria de Entes Federativos, pois não participam do Senado Federal, que é a casa legislativa própria para representar os Estados-membros perante a União. Os Municípios também não possuem Poder Judiciário próprio, como ocorre com a União e os Estados. Ademais, o Supremo Tribunal Federal possui competência para resolver os conflitos entre os Estados e a União, ou entre os Estados, mas, dentre suas competências, não se inclui a para resolver os conflitos quando figurar o Município em um dos polos da lide.

De qualquer modo, a corrente predominante é a que parece refletir a vontade da Constituição Federal no sentido de atribuir aos Municípios a natureza jurídica de Entes Federados, tanto que uma das hipóteses de intervenção federal se dá quando o Estado não respeita a autonomia municipal (artigo 34, inciso VII, alínea c).

Sua auto-organização se concretiza por meio de lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual do respectivo Estado.

Vê-se que o artigo 18 da Constituição Federal de 1988, ao inserir o Município na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, como terceiro Ente Federativo, alterou drasticamente a tradição do federalismo originariamente concebido.

Na lição de José Afonso da Silva,

> Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia. (SILVA, 2014, p. 355).

Em que pese a existência de certas particularidades já apontadas, a Constituição Federal de 1988 foi expressa em consagrar a autonomia municipal. Esta se divide em a) autonomia política, definida pelo poder de elaborar sua legislação local, com ênfase na lei orgânica municipal, que representa sua auto-organização, e pelo poder de eletividade de prefeito, vice-prefeito e vereadores; b) autonomia administrativa, tendo administração pública própria e organizando os serviços públicos locais e ordenando o território municipal; c), autonomia financeira, com a decretação e arrecadação de tributos próprios e aplicação das rendas municipais.

As competências material e legislativa dos Municípios dizem respeito a assuntos de interesse local, nesse aspecto, prevalecendo sobre as competências federais e estaduais. O critério de definição se dá com base no interesse predominante.

A terminologia "interesse local" trazida pela Constituição Federal de 1988 foi bem conceituada nas palavras de Hely Lopes Meirelles, já com as devidas atualizações:

> Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que o não seja reflexamente da União e do Estado-membro, como também não há interesse regional ou nacional, que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira, através dos Estados a que pertencem. O que define e caracteriza o 'interesse local', inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União. (MEIRELLES, 2009, p. 111)

De fato, nos governos locais, é onde tudo acontece, onde circulam mercadorias, prestam-se serviços, garante-se a segurança pública, a saúde e o ensino. Assim, parece acertada a decisão de elevar os Municípios à categoria de Ente Federativo, desde que lhes sejam dadas condições e autonomia para de fato exercerem seu papel político dentro do Estado Federal.

Ademais, há serviços públicos de competência própria dos Entes municipais, previstos na própria Constituição Federal. Nesta, o artigo 211, parágrafo 2º atribui aos Municípios a atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil. Para tanto, o Município deve aplicar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos, incluída a advinda das transferências obrigatórias das receitas tributárias dos outros Entes públicos, para manutenção e desenvolvimento do ensino.

Outro exemplo de serviço público de competência municipal é o de iluminação pública. Para arcar com esses custos, deve instituir a contribuição de iluminação pública, prevista no artigo 149-A da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 39, de 19.12.2002.

Por isso, garantir a autonomia financeira dos Municípios é um dos meios de elevá-los à categoria de Ente Público, pois somente dispondo de recursos próprios é que poderão administrar as demais atribuições a eles conferidas, como a prestação de determinados serviços públicos. Sendo de vital importância o recebimento de parcela das receitas tributárias estaduais e federais para concretizar suas obrigações constitucionalmente previstas.

Nesse contexto, em que pese o Município seja uma entidade política autônoma, também é uma unidade territorial da União e do Estado, devendo sua lei orgânica atender aos princípios previstos nas Constituições Federal e Estadual, conforme disposto no artigo 29 da CF/88. Não cabe falar em hierarquia, como já dito, mas em atribuição de competências disciplinada pela Carta Magna. Sendo assim, as leis municipais se sujeitam a controle difuso de constitucionalidade por meio de recurso extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal, quando a afronta for em relação à dispositivo da Constituição Federal. Também se sujeitam à controle concentrado de constitucionalidade por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, quando a ofensa for contra dispositivo da Constituição Estadual, a ser proposta perante o Tribunal de Justiça respectivo.

## 3 FORMAS DE REPARTIÇÃO DA RECEITA TRIBUTÁRIA PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

### 3.1 Hipóteses de repartição tributária direta

Em relação aos impostos federais, o Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF) incidente sobre o ouro, como ativo financeiro, terá do montante de sua arrecadação transferido trinta por cento (30%) para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem; e, setenta por cento (70%) para o Município de origem, nos termos do parágrafo 5º do artigo 153 da Constituição Federal. Observa-se, portanto, que, em que pese seja um imposto federal, a União não fica com o produto da sua arrecadação, distribuindo-se integralmente entre os outros Entes Públicos envolvidos com a operação que tenha por base o ouro como ativo financeiro.

Quanto aos impostos residuais, cuja competência para instituição é exclusiva da União, do produto arrecadado, vinte por cento (20%) serão destinados aos Estados e ao Distrito Federal. Nesses termos, caso a União resolva se utilizar da sua competência residual e criar, por lei complementar, um imposto novo, que deverá ter fato gerador e base de cálculo diferentes dos impostos já existentes, terá que destinar 20% do que for arrecadado para os Estados e o Distrito Federal.

No tocante ao Imposto de Renda (IR), tem-se que pertencem aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o produto da arrecadação incidente na fonte sobre rendimentos pagos a qualquer título por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem. É uma forma de garantir a imunidade recíproca que veda a cobrança de impostos entre os Entes Federados, conforme já analisado no Capítulo acima. Assim, o Imposto de Renda (IR) que é devido sobre os rendimentos pagos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, já fica na sua integralidade para eles, sem que seja direcionado para os cofres federais.

Tanto é assim que, se um servidor estadual ou municipal pretender discutir a própria retenção do Imposto de Renda, sob alegação de que há hipótese de isenção ou não incidência, deverá acionar o Estado ou o Município na Justiça Comum Estadual, não fazendo parte do litígio a União. Nesse sentido, é o teor da Súmula n. 447 do Superior Tribunal de Justiça: "Os Estados e o Distrito Federal são partes legítimas na ação de restituição de imposto de renda retido na fonte proposta por seus servidores".

O Imposto sobre Propriedade Rural (ITR) também é de competência da União, sendo que cinquenta por cento (50%) do produto arrecadado irá para o Município, onde se localiza o imóvel rural. Ademais, se o Município optar por fiscalizar e cobrar referido imposto, terá a totalidade da arrecadação – cem por cento (100%). Entretanto, vale ressaltar que é uma faculdade do Ente Municipal e não uma imposição, conforme expresso no inciso II do artigo 158 da Constituição Federal.

Cabe registrar que, como dito acima, há outro tributo federal que permite a repartição da receita tributária. A CIDE-combustíveis terá destinados vinte e nove por cento (29%) do seu produto para os Estados e o Distrito Federal, que deverão destinar tais valores para o financiamento de programas de infraestrutura de transportes. Desse percentual, vinte e cinco por cento (25%) devem ser repassados para os Municípios dos respectivos Estados.

Por sua vez, os Estados também devem repassar parte da arrecadação dos seus próprios impostos estaduais para seus respectivos Municípios. Em consonância com isso, o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) terá cinquenta por cento (50%) do produto da sua arrecadação destinados aos Municípios, em que os veículos forem licenciados.

Os Municípios também recebem vinte e cinco por cento (25%) do produto da arrecadação do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

Nos termos do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal, três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações de circulação de

mercadoria e nas prestações de serviços irão para o Município, onde se realizem. No mais, até um quarto do produto arrecadado com o ICMS será destinado aos Municípios de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Por fim, explicita-se que o conceito de "valor adicionado" cabe ser disciplinado por lei complementar, nos termos do inciso I do artigo 161 da Constituição Federal e assim foi feito, conforme disposto no artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei Complementar n. 63/1990.[2] A forma de repasse desses 25% se dá pelo depósito ou pela remessa no momento em que a arrecadação estiver sendo realizada à "'conta de participação dos Municípios no Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações', aberta em estabelecimento oficial de crédito e de que são titulares, conjuntos, todos os Municípios do Estado" (artigo 4º da Lei Complementar n. 63/90). Após, até o segundo dia útil de cada semana, o estabelecimento oficial de crédito entregará, a cada Município, mediante crédito em conta individual ou pagamento em dinheiro, à conveniência do beneficiário, a parcela que a este pertencer, do valor dos depósitos ou remessas feitas, na semana imediatamente anterior, na conta acima referida.

### 3.2 Hipóteses de Repartição Tributária Indireta

Na repartição tributária de forma indireta, há fundos de participação estaduais e municipais que realizam a distribuição da receita tributária para os Entes Públicos. Por isso, dá-se o nome de indireta, pois não há a transferência direta de um Ente Político para o outro, mas sim os valores são repassados para um fundo de participação que fará a intermediação, transferindo os valores aos Estados e aos Municípios que tiverem direito na devida proporção a eles imputada.

A Constituição Federal de 1988 criou um fundo composto por dez por cento (10%) da arrecadação do Imposto sobre produtos industrializados (IPI). Na verdade, é um fundo de compensação, tendo em vista a desoneração nas exportações do ICMS, o que acaba por prejudicar a arrecadação dos Estados membros. Nesse contexto, os recursos do fundo serão repartidos entre os Estados e o Distrito Federal na proporção das respectivas exportações de produtos industrializados. Da parcela recebida, cada Estado deve repassar vinte e cinco por cento (25%) para seus respectivos Municípios, seguindo os mesmos critérios estipulados para o repasse do ICMS. Todavia, há mais um critério para a repartição: nenhum Estado poderá receber parcela superior a vinte por cento (20%) do montante que compõe o fundo, devendo o excedente ser distribuído entre os demais participantes do fundo. É uma forma de evitar as desigualdades regionais, afastando a maior arrecadação dos Estados que mais exportam, pois, em regra, já são eles os mais desenvolvidos.

[2] §1o O valor adicionado corresponderá, para cada Município: I – ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil; II – nas hipóteses de tributação simplificada a que se refere o parágrafo único do art. 146 da Constituição Federal, e, em outras situações, em que se dispensem os controles de entrada, considerar-se-á como valor adicionado o percentual de 32% (trinta e dois por cento) da receita bruta.

Outros três fundos são compostos por quarenta e nove por cento (49%) do produto da arrecadação do Imposto sobre rendas e proventos de qualquer natureza (IR) e do Imposto sobre produtos industrializados (IPI). A distribuição se dá da seguinte maneira, nos termos do inciso I do artigo 159 da Constituição Federal:

- vinte e um inteiros e cinco décimos por cento (21,5%) vão para o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

- vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento (22,5%) vão para o Fundo dos Municípios;

- três por cento (3%) devem ser aplicados em programas de financiamento do setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, por meio de suas instituições financeiras de caráter regional, respeitando os planos regionais de desenvolvimento, sendo que ao semiárido do Nordeste fica assegurada a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

- um por cento (1%) ao Fundo de Participação dos Municípios, que deve ser entregue até o dia 10 do mês de dezembro de cada ano;

- um por cento (1%) ao Fundo de Participação dos Municípios, que deve ser entregue até o dia 10 do mês de julho de cada ano.

A realização dos cálculos dos valores a serem repassados aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios, conforme os parâmetros constitucionais e legais, é de competência do Tribunal de Contas da União, conforme prevê o parágrafo único do artigo 161 da Constituição Federal.

### 3.3 Garantias do repasse das receitas tributárias

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 160, assegurou a garantia desses repasses aos Entes Federados, sendo vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego desses recursos atribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. Contudo, em seu parágrafo único, trouxe duas exceções à regra, visto que prevê que essa vedação não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive os de suas autarquias, e ao cumprimento do disposto no artigo 198, parágrafo 2º, incisos II e III, que prevê a obrigação de aplicação de percentuais mínimos em ações e serviços públicos de saúde.

Esses dois condicionamentos sofrem muitas críticas, pois já se vislumbra um quadro de centralização de recursos na União, indo de encontro com o intuito de uma forma federativa de Estado. Disso, tem-se por consequência que os Estados e, mais ainda, os Municípios quase sempre estão em dívida para cumprir com suas competências materiais previstas na Constituição Federal. Não parece correto o condicionamento do repasse de receitas tributárias a que eles têm o direito constitucionalmente assegurado ao pagamento de suas dívidas frente aos Entes Federativos maiores, União e Estado.

Nesse contexto, é a crítica feita por Roque Antonio Carrazza:

> Realmente, hoje é público e notório que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal estão – uns mais, outros menos – sucumbindo à míngua, sendo obrigados a pedinchar as benesses da União. Os Municípios, de regra, também são grandes devedores dos Estados. Ora, o parágrafo único do art. 160 da CF acaba por anular-lhes ou, pelo menos, por comprometer-lhes as autonomias política e jurídica. Para que o fenômeno não se perpetue – agora sob a égide da Constituição de 1988 – é mister seja revogado sumariamente o parágrafo único do art. 160 da Lei Maior. A União que se valha de outros meios jurídicos para receber o que lhe é devido, dos Estados, Municípios e Distrito Federal. O mesmo podemos dizer dos Estados em relação aos Municípios localizados em seus territórios. Que não possam mais valer-se do meio extremo de nergar-lhes a participação no produto de suas receitas tributárias, enquanto não honrarem seus débitos. (CARRAZA, 2015, p. 815-816)

Vê-se que a crítica acima se deu quando da promulgação da Constituição Federal de 1988. Infelizmente, não foi acolhida a pretensão de alteração do disposto no parágrafo único do artigo 160, e o que se percebe é um quadro de maior endividamento dos Estados e Municípios e de maior dependência da boa vontade da União, como órgão centralizador da nossa República Federativa.

A Constituição de 1988 trouxe a transição de um federalismo dualista para o cooperativo, buscando dar maior autonomia aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios. Para tanto, disciplinou a repartição de receitas tributárias, partindo-se do pressuposto de que o Ente Público maior reparte sua receita tributária com os menores, mas não o contrário.

Ademais, traz regra constitucional no sentido de vedar a retenção ou exigências para o repasse desses valores para os Entes Federados envolvidos. Contudo, traz duas exceções que acabam por esvaziar o conteúdo principal. Isso pois, ao se exigir a quitação das dívidas frente à União e aos Estados, por vezes, os Entes Federados se veem em situação de subordinação, não podendo exercer o direito de participação na arrecadação tributária que lhes é constitucionalmente assegurado. Fere-se assim a autonomia consagrada pela Constituição Federal aos Entes Políticos para a formação do Estado Federal Brasileiro.

### 3.4 O entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado sobre a desoneração de impostos federais e o impacto no repasse aos Municípios

A repartição das receitas tributárias entre os Entes Políticos é meio garantidor da autonomia política destes, visto que esta inexiste se não estiver assegurada pela autonomia financeira.

Do ponto de vista constitucional, Ricardo Lobo Torres (2011, p. 370) define que "[...] os ajustes intergovernamentais se fazem principalmente pela repartição das receitas tributárias ou, melhor, pela participação sobre a arrecadação de impostos alheios".

Todavia, deve-se delimitar a extensão desse direito constitucionalmente assegurado aos Entes Públicos menores, visto que referido direito não possui o condão de interferir na competência tributária para instituir os tributos.

Nos dizeres de Leandro Paulsen:

> **Não influi na competência tributária.** A repartição das receitas tributárias não interfere, de modo algum, na competência tributária. As normas de competências constam das Seções III, IV e V, que dispõem sobre os impostos a serem instituídos pela União (arts. 153 e 154), pelos Estados (art. 155) e pelos Municípios (art. 156). Só o ente político competente para instituir cada imposto é que pode instituí-lo e legislar sobre o mesmo, estabelecendo, por exemplo, os aspectos da sua norma tributária impositiva, casos de substituição e de responsabilidade tributárias e obrigações tributárias acessórias. Assim, retenções na fonte, por exemplo, só podem ser instituídas pelo ente político competente para instituir o tributo. (PAULSEN, 2015, p. 460)

A competência tributária é conferida pela Constituição Federal aos Entes Políticos para a instituição de tributos. Cumpre ressalvar que a Constituição não cria tributos, mas outorga competência para que os Entes Públicos assim o façam. O parágrafo único do artigo 6º do Código Tributário Nacional dispõe que: "Os Tributos cuja receita seja distribuída, no todo ou em parte, a outras pessoas jurídicas de direito público pertencem à competência legislativa daquela a que tenham sido atribuídos."

Desse modo, o fato de a receita de certo tributo ser distribuída a outras pessoas de direito público não autoriza que a exação deixe de pertencer à competência de quem as recebeu originariamente, inclusive, tendo por base o princípio da indelegabilidade das competências tributárias consagrado no *caput* do artigo 7º do Código Tributário Nacional.

O Supremo Tribunal Federal se deparou com questão interessante do ponto de vista da repartição das receitas tributárias. O Município de Itabi/SE interpôs o Recurso Extraordinário n. 705423 para excluir benefícios, incentivos e isenções fiscais, concedidos pela União em relação aos Imposto sobre Renda e Proventos de qualquer natureza (IR) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), que acabavam por refletir nos repasses ao orçamento local.

O Recurso Extraordinário teve repercussão geral reconhecida e, por maioria, foi negado provimento à pretensão do Município de que as desonerações não fossem computadas na cota do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) destinado ao Município de Itabi. Vale transcrever a Ementa do referido julgado:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. FEDERALISMO FISCAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS.

> COMPETÊNCIA PELA FONTE OU PRODUTO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. AUTONOMIA FINANCEIRA. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. CÁLCULO. DEDUÇÃO OU EXCLUSÃO DAS RENÚNCIAS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS. IMPOSTO DE RENDA - IR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o livre exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração. 2. A expressão "produto da arrecadação" prevista no art. 158, I, da Constituição da República, não permite interpretação constitucional de modo a incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação e dos estágios da receita pública. 3. A demanda distingue-se do Tema 42 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2008, DJe 05.09.2008. Isto porque no julgamento pretérito centrou-se na natureza compulsória ou voluntária das transferências intergovernamentais, ao passo que o cerne do debate neste Tema reside na diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado Fiscal por parte de ente federativo. Precedentes. Doutrina. 4. Fixação de tese jurídica ao Tema 653 da sistemática da repercussão geral: "É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades." 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016)

O Relator, Ministro Edson Fachin, afirmou no citado julgado que o poder de isentar é decorrência lógica do poder de tributar. Firmou-se então o Tema 653: *Valor devido pela União ao Fundo de Participação dos Municípios, relativamente aos impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, em face de benefícios e incentivos fiscais concedidos em relação a esses mesmos impostos.*

Firmando-se a tese de que é constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.

Não se despreza a importância desses repasses para as finanças municipais, o que garante aos Municípios sua autonomia financeira. Contudo, quem detém a competência tributária para a instituição do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados é a União. Nesse contexto, somente ela pode conceder benefícios fiscais e isenções, sendo que, em face dessas medidas, a arrecadação tributária passa a ser menor, refletindo no repasse ao Fundo de Participação dos Municípios.

É esse o modelo de repartição das receitas tributárias consagrado na Constituição Federal. Cabe, por bem, à União ponderar o impacto negativo da política federal de desonerações sobre as finanças municipais, a fim de não obstaculizar a autonomia financeira dos Municípios, que garante a estes autonomia política como Entes Federados, prevista na Constituição Federal de 1988.

Além dessa ponderação, outra forma de se evitar prejuízo à autonomia financeira dos Municípios é conceder-lhes outros meios de ajustamento intergovernamental, como subvenções, auxílios a fundos, incentivos, que podem se dar pela formação de convênios entre os Entes Políticos, a fim de que cumpram seus deveres constitucionalmente previstos.

O problema maior quanto a isso são os possíveis condicionamentos para a efetivação do repasse de valores por meio de incentivos fiscais, o que torna o Ente menor "refém" do Ente maior. Deve-se ter em mente que, para os tributos em que há determinação de repasse da receita tributária, há dois titulares no que tange ao produto de sua arrecadação, e o fato de a União ou o Estado possuir a competência tributária para sua instituição não lhes dá superioridade em relação à participação de cada Ente no produto da arrecadação.

## 4 CONCLUSÃO

O Estado Federal Brasileiro possui uma particularidade, pois sua federação não é formada apenas pela União e pelos Estados-membros, como o usual. Forma-se pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Os Municípios, como Entes Políticos, possuem autonomia política, e uma das maneiras de assegurar esta autonomia é garantir-lhes autonomia financeira. Esta, por sua vez, adquire-se pela competência tributária discriminada constitucionalmente e pela repartição das receitas tributárias arrecadas pela União e pelos seus respectivos Estados.

Foi elaborado um capítulo específico para analisar as formas de repartição da receita tributária previstas na Constituição de 1988, destacando-se as hipóteses de repartição tributária direta e indireta.

Foram discutidos a questão da competência tributária do Ente instituidor e o seu direito de prever isenções e benefícios fiscais, mesmo que tais medidas repercutam diminuição de valores no repasse aos Entes Municipais.

É importante destacar também a necessidade de cautela nessas concessões, pois, ainda que façam parte da competência tributária da União, não podem chegar ao ponto de violar a autonomia financeira dos Municípios.

Por fim, espera-se que este trabalho possa servir como alerta, pois de nada adianta alçar os Municípios à categoria de Entes Federados, distribuir-lhes diversas competências materiais, como urbanização, ensino e saúde, sem lhes dar os meios financeiros para execução. Sabe-se, neste aspecto, que o repasse das receitas

tributárias dos Entes maiores é de vital importância para se garantir orçamento, a fim de que esses Entes menores cumpram com seus deveres constitucionalmente previstos.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado.** 30. ed. Porto Alegre: Globo, 1993.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade:** para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 29. ed. São Paulo : Malheiros, 2014.

_____. **Teoria do Estado.** 5. ed. São Paulo : Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 939.** Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Sydney Sanches, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590. Acesso em: 11 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sergipe). **Recurso Extraordinário 705423**. Relator: Min. Edson Fachin, 23 de novembro de 2016. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772526363/recurso-extraordinario-re-705423-se-sergipe. Acesso em: 19 set. 2020.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário.** 28. ed. São Paulo : Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário:** linguagem e método. 5. ed. São Paulo : Noeses, 2013.

COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro.** 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2015.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário.** 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 34. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do Estado.** 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal.** 16. ed. São Paulo : Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 9. ed. São Paulo : Atlas, 2013.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo.** 7. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Direito tributário :** Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 17 ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2015.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Federalismo numa visão tridimensional do Direito.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. São Paulo : Malheiros, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 18. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2011.

# A FACE OCULTA DO ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*THE HIDDEN FACE OF MORAL HARASSMENT IN PUBLIC ADMINISTRATION*

Dalmária Nessi Ricaldi[1]

**Resumo:** O presente trabalho apresenta os conceitos e características do assédio moral. Analisa a natureza da conduta do agente assediador e da vítima. Investiga as práticas institucionalizadas da Administração Pública e, se estas contribuem para o assédio moral, por meio da sociologia de Pierre Bourdieu, utilizando os conceitos de Campus, Habitus e Capital, tudo isso com base no caso concreto julgado pelo STJ, em que um prefeito colocou uma servidora pública "de castigo". Apresenta as consequências do assédio moral na esfera da vida profissional e privada do assediado. A metodologia utilizada é estudo de caso, com pesquisa jurisprudencial e doutrinária.
**Palavras–chave:** Assédio Moral. Superior Tribunal de Justiça. Administração Pública.

***Abstract:*** *This paper presents the concepts and characteristics of bullying. It analyzes the nature of the conduct of the harassing agent and the victim. It investigates the institutionalized practices of Public Administration and, if they contribute to moral harassment, through the sociology of Pierre Bourdieu, using the concepts of Campus, Habitus and Capital, all based on the specific case judged by the STJ, in which a mayor put a public servant "grounded". It presents the consequences of moral harassment in the sphere of the harassed professional and private life. The methodology used is a case study, with jurisprudential and doctrinal research.*
***Keywords:*** *Moral harassment. STJ. Public administration.*

## 1 INTRODUÇÃO

A investigação aqui realizada insere-se no âmbito dos estudos direcionados para compreender o fenômeno crescente do assédio moral na Administração Pública.

O fato é que, cada vez mais, verifica-se a ocorrência de ações sistemáticas, colocando agentes públicos em contextos de vulnerabilidade, com consequências desastrosas à sua saúde física e psíquica.

Em um primeiro momento analisaremos a importante decisão do Superior Tribunal de Justiça no Resp 1286.466/RS, em que condenou um prefeito por ato de improbidade Administrativa, por infringir os princípios da moralidade e da impessoalidade ao colocar uma servidora pública "de castigo", em evidente tentativa de desrespeitar e humilhar a vítima.

[1] Procuradora Municipal de Porto Alegre.

Todavia, devemos entender que não é qualquer conduta que ofende a dignidade de pessoa humana que deve ser considerada assédio moral, é preciso identificar o conceito e as características da atitude do agente assediador e a posição da vítima assediada, o que também será abordado neste estudo.

O interesse pela pesquisa das causas do problema é mais prudente do que a pesquisa das punições, posto que, o assédio moral traz consequências para a saúde física e psíquica do trabalhador muitas vezes irreversíveis. Além de prejuízos à toda a coletividade, pois um setor de trabalho doente não consegue prestar um bom serviço.

A conduta individualizada do agente público deve ser analisada, buscando identificar se o indivíduo pratica o assédio moral porque é da sua natureza imprimir o mau aos outros. Se ao agir de determinada maneira ele exerce sua autonomia, ou se, sua liberdade não é completa, pois sempre é condicionada a determinadas situações.

A perversidade da conduta do agente deve ser analisada para entender se é preciso mudar as pessoas ou a situação. É preciso visualizar com nitidez o conceito de moralidade na conduta do agente assediador, para compreender se a conduta responsável pelo sofrimento da vítima é praticada com alguma finalidade de ascensão social ou simplesmente inexiste quaisquer motivos que justifique a conduta ilegítima, sendo praticada unicamente por indiferença ao sofrimento do próximo.

Após, analisaremos a conduta do prefeito, da servidora pública e do campo burocrático, por meio de alguns aspectos da sociologia de Pierre Bourdieu, em especial, com as referências sobre Habitus, Campo e Capital, utilizadas para possibilitar o debate sobre o assédio moral na Administração Pública, a fim de vislumbrar se determinadas práticas institucionalizadas contribuem ou facilitam o assédio moral.

Por fim, buscaremos encontrar os indicadores de riscos para o desenvolvimento de ações preventivas, considerando as grandes consequências na saúde física e psíquica do trabalhador, muitas vezes irreversíveis.

## 2 O ASSÉDIO MORAL E O CASO JULGADO NO RESP 1286.466/RS

O Ministério Público ajuizou ação civil pública em desfavor do prefeito da cidade de Canguçu/RS, em face da prática de ato de improbidade, por ter atentado contra os princípios da administração pública (art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92), quando se valendo da função obrigou uma funcionária pública municipal a permanecer "de castigo" na sala de reuniões da Prefeitura durante 04 dias.

A prática do assédio moral foi caracterizada em face do comprovado sentimento de vingança, vez que a servidora pública teria levado ao conhecimento do Ministério Público a existência de dívida do Município com o Fundo de Aposentadoria dos Servidores Públicos.

O fato foi amplamente divulgado pela imprensa e fartamente comprovado através dos documentos juntados com a inicial, inclusive com a confissão do prefeito, que ao ser questionado sobre a conduta afirmou que "três dias foi muito pouco para ela".

A sentença de primeiro grau acolheu a alegação do Ministério Público e condenou o prefeito por ato de improbidade administrativa, sujeito às sanções previstas no art. 12, inciso III, da Lei n 8.429/92, por infringir os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. A sentença foi revertida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vez que os desembargadores, apesar de entenderem que o assédio moral estava configurado, não o caracterizaram como ato de improbidade administrativa. Somente no Superior Tribunal de Justiça que a conduta foi confirmada como ensejadora de prática de improbidade administrativa.

É preciso analisar esta decisão sob todos os detalhes, no que se refere a conduta do agente, da vítima, do ambiente de trabalho, do aspecto da violência simbólica representada pela forçosa necessidade não só de punir a servidora, mas mostrar força diante de todos.

Assim, em primeiro lugar, precisamos entender alguns conceitos básicos sobre assédio moral, salientando que nem toda violação da dignidade do servidor público importa prática do assédio moral. Não configura assédio moral, por exemplo, condutas isoladas e que não são capazes de causarem danos aos aspectos da personalidade do servidor público.

Na visão de Lenio Luiz Streck, a dignidade da pessoa humana não pode ser utilizada como um álibi hermenêutico, para compreender qualquer violação como prática de assédio moral, tampouco autorizar decisões carregadas de subjetividade, no sentido de arbitrárias/discricionárias (STRECK, 2012).

Ainda na esteira deste autor, a dignidade humana, caracteriza-se como um ideal de vida boa para a comunidade, com indicações (de sentido) institucionalizadas historicamente, de autonomia, respeito, liberdade, igualdade, e cuidado (STRECK, 2012).

Assim, para a configuração do Assédio Moral é necessário que estejam conjugados alguns critérios, para que não decorra unicamente da subjetividade do julgador, nas palavras de Maria Gentile é necessário:

> (a) a realização de uma conduta no ambiente de trabalho; (b)a intencionalidade da conduta do sujeito que pratica o assédio moral, (c)a repetitividade da conduta ofensiva e a duração no tempo, sendo que para alguns no mínimo seis meses, (d)desnível entre os envolvidos, no qual a vítima encontre-se em posição constante de inferioridade; (e)configuração do assédio moral conforme desenvolvimento de fases sucessivas e o (f)intento de perseguição (GENTILE, 2009).

Neste sentido, é preciso entender que a partir da própria institucionalização do assédio moral surgem indicações de sentido, que atribuem importância ao tempo e a repetição, além disso, devem ser atos capazes de causar degradação, desrespeito, humilhação, etc. (OHLWEILER, 2014).

Como refere Alexandre Pandolpho Minassa:

> Entende-se por assédio moral um processo malicioso que manipula a pessoa envolvida mediante o desprezo pela sua liberdade, dignidade e personalidade, com o único intuito de aumentar o poder do agressor por meio da pura eliminação de todos os obstáculos presentes no seu percurso até o topo (MINASSA, 2012, p. 115).

Neste ínterim, verifica-se que o agente público assediador desenvolve ações, pratica atos, emite palavras ou adota gestos contra a vítima, desqualificando, desmoralizando e desestabilizando a posição ocupada no campo administrativo.

Por isso, é preciso compreender a conduta individualizada do agente, de modo a identificar a razão que o faz praticar determinadas condutas ilegítimas contra a vítima, para que assim possamos desenvolver ações preventivas.

## 2.1 O indivíduo e a capacidade de ser ou não *Humano*

O comportamento humano sempre foi objeto de estudo. Ao longo dos anos, cada vez mais psicólogos e pesquisadores tentam desvendar a mente humana, para entender porque pensamos ou agimos de determinada maneira.

Neste caminho, o psicólogo Phillip Zimbardo (2012) demonstrou em sua pesquisa, chamada de "Prisão de Stanford"[2], que o ser humano tem dificuldade de controlar a si mesmo quando lhe é atribuído algum poder, o que denominou de "Efeito Lúcifer", fazendo referência ao anjo de luz que se rebelou contra seu criador após receber destaque entre os demais.

Além disso, o psicólogo Stanley Milgram, também desenvolveu uma pesquisa, para demonstrar que o ser humano é capaz de praticar o mau nos outros quando sabe que não lhe será cominada nenhuma punição. Nesta pesquisa, estudaram-se as reações individuais, quando isentas de responsabilidade, diante do sofrimento dos outros[3].

[2] Para o experimento, foram selecionados 24 voluntários, mentalmente saudáveis. Os guardas deveriam manter a ordem, enquanto os prisioneiros deveriam se rebelar contra o sistema. De forma irracional, a brutalidade dos guardas para com aqueles que, pouco tempo antes, eram seus amigos de universidade, cresceu e tornaram-se sádicos e algozes dos companheiros. Se um prisioneiro pedisse para deixar o experimento, ele seria submetido ao "comitê de liberdade condicional" e teria seu caso "julgado". O mais surpreendente não era a recusa do pedido, mas sim a aceitação da decisão pelos presidiários, estes pareciam esquecer que podiam simplesmente desistir quando bem entendessem. Através de um uniforme, foram desumanizados.

[3] O experimento foi feito da seguinte forma: um ator, ligado a fios elétricos, reagiria aos falsos choques; ao voluntário, seriam realizadas perguntas de conhecimento geral. Propositalmente, suas respostas estariam incorretas, e, a cada resposta errada, o voluntário deveria apertar o botão que daria os choques, cada vez mais forte. A princípio, cogitasse que nenhum dos voluntários aceitaria infligir "dor" e "sofrimento" ao seu próximo, mas os resultados mostram o contrário. Ao final do experimento, 65% deles havia prosseguido até o choque "letal" (450 volts). Quando a pessoa demonstrava sinais de que iria desistir, Milgram dizia para continuarem, pois não tinham outra escolha e, seriam isentas de quaisquer responsabilidades. Mesmo os que se recusaram (porcentagem ínfima), ao deixarem o local, não tentaram ajudar a "vítima" ou denunciar o que estava ocorrendo.

Constatou-se que o lado obscuro das pessoas pode emergir em determinadas circunstancias sociais, como ocorreu no nazismo, onde pessoas que mantinham uma vida absolutamente normal foram facilmente influenciadas a executar ordens inescrupulosas de uma pessoa com princípios morais deturpados. Todo um país se ajoelhou perante um líder que promoveu um dos maiores genocídios já visto na história da humanidade.

A ideia base deste experimento, em síntese, é a seguinte: qualquer indivíduo, dito normal, em geral, é capaz de praticar o mal ou ter comportamentos antissociais e este é, em grande parte o resultado ou consequência de situações que facilitam esses mesmos comportamentos. Por outras palavras, nas "condições certas" qualquer pessoa "normal" é capaz de cometer uma "anormalidade". A partir disso, seria possível dizer que a natureza do indivíduo é má, precisando ele somente de tempo e oportunidade para expressar o mau?

Zimbardo afirma que, bastam 7 (sete) passos para que pessoas boas sejam capazes de atitudes ruins, quais sejam: dar o primeiro pequeno passo sem pensar; desumanização própria (quando se está anônimo numa multidão, sua maldade é diluída entre os demais); desumanização do outro (é mais fácil fazer mal a alguém quando não se vê ou não se sabe quem é essa vítima); difusão da responsabilidade pessoal; obediência cega à autoridade; adesão passiva às normas do grupo; e tolerância passiva à maldade através da inatividade ou indiferença (ZIMBARDO, 2012).

Para Hanna Arendt (2004) o indivíduo não é mau por sua natureza, ele simplesmente faz parte de um sistema, como um dente de engrenagem, na qual todos são usados para manter a administração em andamento e assim desumanizá-las.

Tanto o pensamento filosófico quanto o religioso evitam o problema do mal, ou porque a maldade é explicada pela ignorância ou pela fraqueza em ceder a tentação. O individuo pode não ser monstruoso, basta não ter a capacidade de pensar. Isso é importante porque se a capacidade de distinguir o certo do errado tem a ver com a capacidade de pensar, somente algumas pessoas poderiam fazer esta distinção. Para Hannah Arendt a estupidez e a ausência de pensar são mais comum que a maldade (ARENDT, 2004).

Além disso, a incapacidade de pensar, a estupidez pode ser encontrada em pessoas altamente inteligentes e a maldade dificilmente é a sua causa.

O não pensar possui perigos, uma vez que, ao não pensar o indivíduo se agarra a quaisquer regras prescritas de conduta que possam existir num dado tempo em uma dada sociedade. As pessoas se acostumam a não tomar decisões. Assim fica fácil as autoridades inverterem os mandamentos básicos da moralidade.

Todavia, quando a pessoa tem a qualidade de pensar, ela se torna incapaz de praticar o mau, seu senso de moralidade a condiciona ao pensamento de que mesmo querendo não poderá agir de determinada maneira. Neste contexto, surge o elemento vontade, que na visão de Kant é a faculdade de escolher apenas o que a razão reconhece como bom (KANT, 1964).

Para Jürgen Habermas (2016), a vontade é determinada pelas preferências ou motivos racionais, que cada pessoa tem:

> Neste caso, o ato de liberdade surge como parte da consciência de um único sujeito. No caso da autonomia, porém, a vontade se deixa determinar por máximas aprovadas pelo teste da universalização. A vontade de uma pessoa é determinada por motivos que deveriam igualmente ser levados em conta por todas as outras pessoas (na medida em que são vistas como membros da comunidade moral). Essa interpretação do livre arbítrio e da razão prática nos permite conceber a comunidade moral como uma comunidade abrangente que faz suas próprias leis, uma comunidade formada por indivíduos livre e iguais que se sentem obrigados a tratar uns aos outros com fins em si mesmo.

Para Hannah Arendt (2004, p.256) é a sociedade que torna o homem indiferente ao sofrimento do próximo, uma vez que, "[...] quando todo mundo é arrebatado sem pensar por aquilo que todos os demais fazem e acreditam, aqueles que pensam são puxados para fora de seus esconderijos porque a sua recusa a se juntar ao grupo é visível e, com isso, se torna uma espécie de ação".

## 2.2 Os valores morais

O assédio moral, mais do que apenas provocações no local de trabalho, é uma campanha de terror psicológico, com o objetivo de fazer da vítima uma pessoa rejeitada. O indivíduo-alvo é submetido a difamação, abuso verbal, comportamento agressivo e tratamento frio e impessoal. O agente assediador constrange a vítima, impondo-lhe tratamento desumano e degradante.

Para analisar a conduta do agente é preciso entender se a estrutura racional da mente humana seria capaz de saber o que é bom e o que é mau? Será que é o lado racional do ser humano que conduz ao certo e errado? Será que todo homem tem consciência moral, capaz de saber as consequências do mau que imprimi aos outros?

Para Kant o homem não é apenas racional ele também pertence ao mundo dos sentidos e, é esse mundo que o tentará. O homem não quer o mal pelo mal, são tentações, as suas atitudes sempre terão algum sentido. Kant enfatiza que todo homem tem consciência moral e por mais que não queira admitir, ele não pode deixar de ouvir a voz da sua consciência (KANT, 1964).

A grande questão, a saber, é se essa consciência está presente em todos os indivíduos na mesma frequência, ou se, a voz da consciência sempre fala mais alto em determinadas pessoas, que procuram não desviar-se do caminho correto.

Para Kant a moral ordena, ou seja, o sujeito moral sente-se intimamente obrigado a agir segundo determinadas regras, neste caso, se as regras não foram respeitadas poderia se dizer que este indivíduo desconhece os conceitos morais de certo e errado (KANT, 1964).

Kant afirma que a moralidade é a única condição capaz de fazer com que um ser racional seja um fim em si, buscando, em sua teoria, alicerçar as relações sociais através de um princípio fundador da sociedade, que ele elege como "princípio supremo da

moralidade". Para ele o ser humano passa a ter uma finalidade moral, ou seja, o agente passa a contribuir para a criação de uma nova ordem jurídica que não apenas defende os seus direitos, mas que também o projeta em direção ao outro, essa é a base da construção do "Princípio da Dignidade Humana" e, em consequência do princípio da solidariedade (KANT, 1964).

Assim, considerando que a finalidade da moral é contribuir para estabelecer as bases que guiam a conduta do homem e ensinam a melhor forma de agir e de se comportar dentro de uma sociedade, para garantir o mínimo de ordem social é necessário que os valores morais possam ser construídos e consolidados dentro de cada sociedade.

## 2.3 A prática do assédio moral compreendida através da sociologia de Pierre Bourdieu

É importante analisar o caso concreto apresentado e submetê-lo a Teoria de Pierre Bourdieu, com vistas a entender algumas características do agente assediador, da vítima assediada e do ambiente de trabalho e, com isso buscar compreender se há uma face oculta do assédio moral na Administração Pública.

No caso em exame, quando o agente público praticou o assédio moral contra a servidora pública, ele acreditava que esta é a forma de se manter no poder, a ideia era espalhar o medo para abafar as tentativas de oposição, uma vez que não há autoridade sem dominação, tanto que, quando foi questionado a cerca da conduta arbitrária, não a negou e ainda afirmou que estava no exercício de suas funções, alegando, que a servidora não poderia reclamar do tratamento dispendido, uma vez que a mesma agiu em desconformidade com os interesses da autoridade quando denunciou ao Ministério Público a ausência de repasses ao fundo de previdência. Neste caso, entendeu o assediador que, cabe ao agente público manter a ordem, independentemente de quais os direitos e princípios serão infringidos. Essa postura, de tantas vezes ser repetida, acaba-se tornando naturalizada dentro daquele campo burocrático.

Além disso, o espaço impõe sua lógica a todos os agentes que nele penetram, cada espaço Bourdieu chama de campo, ou seja, um sistema estruturado de forças objetivas. Cada campo tem seus princípios de visão e de divisão que os agentes lhe aplicam. Assim, de acordo com uma determinada exposição repetida às condições sociais imprimidas aos indivíduos, estas se tornam interiorizadas (BOURDIEU, 2002).

Ao lado do conceito de Campo está o habitus, na qual constitui um conjunto de conhecimentos práticos adquiridos ao longo do tempo que nos permitem perceber e agir e evoluir com naturalidade num universo social dado (BOURDIEU, 1989).

Para Bourdieu os indivíduos não agem apenas por interesses, mas também por vontade de se distinguir e se situar em um escala de poder. Assim, para se diferenciar do resto da massa, e poder angariar funções comissionadas, alguns chefes começam a pisar em seus subalternos. Não é raro que uma repartição inteira seja oprimida pelo agressor, há casos, inclusive, de todo um setor colocar o cargo ou função à disposição por não suportar o assédio por parte de seus chefes (BOURDIEU, 2002).

A Controladoria Geral da União afirma que cresce o número de casos de funcionários que sofrem maus tratos de chefes no serviço público. Segundo dados de 19/06/2017, um processo por assédio moral é registrado a cada 55 horas[4].

A Universidade de Brasília comandou uma pesquisa com 359 funcionários do MRE (Ministério das Relações Exteriores) sobre as condições de trabalho no Itamaraty. A pesquisa, divulgada na semana passada, revelou que 66% dos entrevistados relataram terem sido vítima de assédio moral nos últimos cinco anos. A pesquisa realizada pelo Laboratório de Psicodinâmica e Clínica do Trabalho da UnB foi encomendada pelo Sinditamaraty. Dos 359 entrevistados, 237 (66%) relataram terem sofrido alguma forma de assédio moral nos últimos cinco anos de trabalho. Ao todo, 88% das pessoas que responderam à pesquisa disseram já ter testemunhado casos de assédio moral no MRE ao longo dos últimos cinco anos[5].

Esta pesquisa comprovou que a estrutura burocrática do ambiente de trabalho contribui para a prática do assédio moral, realidade que não ocorre somente no Itamaraty, mas em todas as esferas de governo, sejam elas Federais, Estaduais ou Municipais e, em razão da ausência de um mecanismo efetivo de controle não é possível ter certeza dos números de casos de assédio moral na Administração Pública como um todo, impossibilitando diagnosticar a dimensão do prejuízo, que sabemos traz consequências desastrosas e algumas irreversíveis para a saúde física e psíquica do trabalhador.

### 2.4 O sofrimento no trabalho e a violência simbólica

Para Pierre Bourdieu o agente assediador é dotado de um conjunto de símbolos, signos que o permite situar em um determinado espaço social, o qual dá-se o nome de capital simbólico, ou seja, o agente público que controla o capital simbólico impõe aos dominados sua vontade, de forma a se manter no poder e inibir quaisquer oposição. Essa forma de imposição, Bourdieu denomina de violência Simbólica. No caso paradigma narrado, o prefeito utilizou o seu poder, sua dominação para impor um castigo a servidora, com a finalidade de demonstrar força e evitar novas ocorrências. A ideia de dominação era de tal forma agressiva que o agente assediador impôs à assediada a exposição vexatória, pois a colocou a vista de todos os demais colegas de trabalho (BOURDIEU, 1989).

É uma violência suave, insensível, invisível as suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento (BOURDIEU, 2002).

---

[4] BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Denúncias.** Disponível em: cgu.gov.br/denuncias. Acesso em: 2 out. 2020. [Página não disponível em 2 out. 2020].

[5] PRAZERES, Leandro. **Gritos e agressão com café quente:** pesquisa revela assédio moral no Itamaraty. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/03/15/gritos-e-agressao-com-cafe-quente-pesquisa-revela-assedio-moral-no-itamaraty.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

As ações que são consideradas simbólicas não demandam o emprego de violência física ou de qualquer outro artifício que consuma energia, ela é suave, invisível, aparentemente natural, visando dissimular e transfigurar as relações de força subjacentes de modo tal que se possa ignorar, no sentido de não questionar e, ao mesmo tempo, reconhecer, dada sua legitimidade, a ação própria de violência exercida (BOURDIEU, 2002).

Segundo Axel Honneth o reconhecimento das violências simbólicas, ou assédio moral, constitui uma proteção social contra o rebaixamento que afeta o autorrespeito moral do indivíduo. Assim, esse reconhecimento preserva a integridade moral do individuo ao combater normativamente qualquer forma de desrespeito ou lesão decorrente do rebaixamento e da humilhação social. O autor afirma, ainda, que uma das consequências desenvolvidas pelo rebaixamento moral é o sentimento de vergonha social, onde o conteúdo emocional caracterizado pelo rebaixamento do sentimento de valor individual atingido, criando uma autoimagem depreciativa que neutraliza e mina os ideais individuais como cidadão (HONNETH, 2011).

A combinação entre ambiente insalubre e pressão psicológica pode levar à deterioração do local de trabalho, ao surgimento de doenças profissionais das mais diversas e a acidentes de trabalho, com efeitos físicos, psicológicos, sociais, familiares e no ambiente de trabalho, tais como:

> Depressão, ansiedade, insônia ou sonolência excessiva, palpitações, hipertensão arterial, distúrbios cardiovasculares, tremores, sensações de falta de ar, de fadiga, irritabilidade, dores de cabeça, perturbações digestivas, dores abdominais, crises de choro e diminuição da libido são alguns dos males sofridos pela vítima do assédio moral. Vêm sendo observados, ainda, casos de alcoolismo, anorexia, transtornos, síndrome do pânico, síndrome de Burnout caracterizada pelo desgaste físico e emocional associado ao trabalho profissional, que acomete principalmente pessoas que trabalham em contato direto com pessoas, expostos ao estresse crônico. (SANTOS; FERNANDES, 2010)

Além disso, o prejuízo também é experimentado por toda a coletividade, já que o servidor público que sofre assédio moral no trabalho tem baixo desempenho, comprometendo a qualidade dos serviços. O servidor que apresenta quaisquer dos transtornos acima referidos, poderá entrar com pedido de licença para tratamento de saúde e com isso todo o setor sofrerá os reflexos da inatividade.

Por isso, é necessário que medidas preventivas sejam tomadas o mais breve possível, porque a punição é importante, tem caráter pedagógico, no entanto, a prevenção é muito mais efetiva do ponto de vista da saúde física, psíquica do trabalhador, em face da irreversibilidade dos efeitos do assédio moral.

## 3 CONCLUSÃO

Apresentada todas as premissas, é possível entender que a decisão do STJ é de suma importância, uma vez que reconhece a gravidade da conduta do agente assediador, dando uma punição justa.

Contudo, a decisão não resolve determinados problemas dentro do campo burocrático, como é possível perceber pela análise do sociólogo Pierre Bourdieu, para isso é necessário entender a lógica do sistema e analisar as práticas institucionalizadas que tornam os servidores mais vulneráveis ao assédio moral, buscando combatê-las.

Pela análise do conteúdo verifica-se que o ser humano não é mau por sua natureza, mas sim uma pessoa comum incapaz de pensar, assim, levado a situação fática poderá cometer atrocidades sem que isso importe em ausência de caráter, de moral e de ética.

Vale salientar que o ambiente conduz o indivíduo a determinadas atitudes, que podem ser egoístas, quando perde o interesse pela solidariedade e não se importa com o sofrimento do próximo, ou quando é simplesmente um dente na engrenagem do sistema, que ocupa determinado posto justamente para que não possa pensar e assim manter o funcionamento do campo burocrático.

O campo burocrático conduz as ações do indivíduo e não o inverso. O indivíduo é apenas parte do sistema, o espaço impõe sua lógica a todos os agentes que nele penetram, chamado de campo por Bourdieu. Cada campo tem seus princípios, seus costumes, sua identidade e sua divisão de tarefas, determinadas por agentes hierarquicamente superiores e, de acordo com a repetição aquela conduta acaba se tornando aceita pela comunidade como se natural fosse.

Além disso, há o processo de dominação, em que o agente precisa manter sob seu controle determinados trabalhadores e para isso utiliza-se de todos os mecanismos que estão ao seu alcance, independentemente das consequências ao trabalhador e ao ambiente de trabalho. O poder de dominação, às vezes, está tão enraizado que o agente acredita que sua conduta é legítima, que é necessária para manter a ordem e o funcionamento do sistema, mesmo que não seja a mais adequada.

Por esta razão, o assédio moral deve ser considerado um problema de saúde pública, já que causa grandes danos a saúde física e psicológica do trabalhador assediado, com consequências irreversíveis. Criar fatores de riscos para desenvolver ações preventivas é mais eficaz do que o próprio tratamento do dano.

## REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BOURDIEU, Pierre; LOYOLA, Maria Andréa (Org.). **Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola**. Rio de Janeiro: Eduerj, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

GENTILE, Maria. **II mobbing**: problemi e casi pratici nel lavoro pubblico. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964.

MINASSA, Alexandre Pandolpho. **Assédio moral**: no âmbito da administração pública. Leme: Habermann, 2012.

OHLWEILER, Leonel Pires. O assédio moral na administração pública, dignidade humana e improbidade administrativa: questões hermenêuticas sobre a efetividade do direito administrativo. **Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 8, n. 27, abr./jun. 2014.

PRAZERES, Leandro. **Gritos e agressão com café quente:** pesquisa revela assédio moral no Itamaraty. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/03/15/gritos-e-agressao-com-cafe-quente-pesquisa-revela-assedio-moral-no-itamaraty.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

SANTOS, João Domingos Gomes (coord.); FERNANDES, Geralda (org.). Assédio moral no serviço público: não pratique, não sofra, denuncie. Brasília: CSPB, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed.São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ZIMBARDO, Philip George. **O efeito Lúcifer**: como pessoas boas se tornam más. Rio de Janeiro: Record, 2012.

# A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO GESTOR PÚBLICO PERANTE OS ÓRGÃOS DE CONTROLE

*THE SUBSTANTIATION OF THE ADMINISTRATIVE DECISION AS A PROTECTIVE INSTRUMENT FOR THE PUBLIC MANAGER BEFORE THE CONTROL AGENCIES*

Felipe de Sousa Menezes[1]

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo demonstrar que, conquanto haja elevado grau de preocupação com a atuação dos órgãos de controle perante a atuação do gestor público, o uso adequado da fundamentação das decisões administrativas pode ajudar na demonstração das razões técnicas e jurídicas que levaram à edição do ato.
**Palavras-chave:** Fundamentação. Decisão Administrativa. Controle.

***Abstract:*** *The present study intends to demonstrate that, although there is concern with the performance of the control agencies before the performance of the public manager, the appropriate use of the substantiation for administrative decisions can help to demonstrate the technical and legal reasons that led to the edition of the act.*
***Keywords:*** *Substantiation. Administrative decision. Control.*

## 1 INTRODUÇÃO

Há pouco mais de dois anos, foi promulgada a Lei Federal nº 13.655/2018, que trouxe sensíveis e consideráveis alterações à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei nº 4.657/1942). Da análise das alterações, entre outras particularidades, observa-se uma preocupação em estabelecer parâmetros para a atuação de órgãos de controle em relação aos atos praticados pela Administração Pública.

No entanto, partindo-se do pressuposto de que todos os atos administrativos, em alguma medida, são controláveis[2], antes mesmo de se apontar a preocupação com a atuação de órgãos de controle, o que, para alguns, leva ao direito administrativo do medo[3],

[1] Procurador Municipal de Porto Alegre. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado). Especialista em Direito Administrativo Empresarial pela UCAM - RJ. Email: felipe-adv@hotmail.com

[2] FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **NOMOS**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 195-217, jan./jun. 2015. p. 205.

[3] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 71, jan. 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: 14 jun. 2020.

cumpre verificar se o próprio gestor público tem se desincumbido do seu ônus de fundamentar técnica e juridicamente as escolhas e decisões administrativas, atuação essa que também ganhou bastante influência da recente alteração da LINDB.

Isso porque, a partir de uma rápida percepção da atuação diária da Administração Pública, identifica-se ainda uma certa resistência na fundamentação das decisões e escolhas feitas ao longo de um processo administrativo, postura a qual, caso corrigida, tenderia a mitigar o medo de decidir administrativamente ou até mesmo justificar com mais robustez o ato praticado.

Conquanto, na maioria das vezes, ao menos no que toca o aspecto formal, até exista uma fundamentação, tem-se observado que os motivos expostos são insuficientes para expor, em um grau de riqueza de informações, tudo aquilo que a Administração Pública dispõe, mas não consta do processo administrativo, ou, quando consta, não é levado em consideração quando da edição do ato.

Assim, tendo a fundamentação como a exposição das razões fáticas, técnicas e jurídicas, efetivamente cotejadas com o caso concreto, que levaram a uma escolha ou a uma decisão administrativa, tem-se que o seu adequado uso permitiria uma maior proteção ao gestor público quando da verificação dos seus atos pelos órgãos de controle, bem como permitiria uma defesa dos mesmos de forma mais robusta e legítima, além de reduzir a chance de apontamento da existência de escolhas subjetivas potencialmente arbitrárias[4].

## 2 A FUNDAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL E LEGAL

Não há mais resistência quanto à noção de que decisões administrativas devem ser editadas acompanhadas de fundamentação, sejam ela vinculadas ou discricionárias – para quem ainda aceita a existência desse binômio[5]. Para além de uma característica do Estado Democrático de Direito, trata-se, em verdade, de um direito fundamental do cidadão[6] e uma ferramenta de *accountability.*

Ainda que não haja previsão expressa na Constituição reconhecendo o dever de fundamentação das decisões administrativas, tem-se que o mesmo pode ser inferido do art. 93, IX, da CF/88, que prevê a necessidade de motivação das decisões administrativas

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, edição especial, p. 13-41, nov. 2018. p. 23.

[5] Rejeitando esse tratamento binário, fundado basicamente no clássico princípio da legalidade administrativa, e afirmando existir, na verdade, graus de vinculação do agir administrativo ao Direito, Gustavo Binenbojm defende a existência do princípio da juridicidade, ideia que "elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um dos seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora" (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 148).

[6] MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz. Comentários ao art. 93 da CF/88. *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

dos tribunais. Se aos tribunais é imposto tal mister, não faz sentido deixar o Poder Executivo de fora dessa obrigação, já que se trata de decisões de mesma natureza[7].

Em âmbito Federal, o art. 50 da Lei nº 9.784/1999 previu uma série de hipóteses em que os atos administrativos deverão vir acompanhados de motivação, "[...] com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos [...]"[8]. Mesmo que se possa tecer críticas ao dispositivo, por ter delimitado as situações em que deve haver fundamentação – quando deveria prever tal obrigação a todos os atos administrativos, certo é que se revelou um grande avanço legal ao expor expressamente essa necessidade.

Como alternativa à limitação de casos em que seria exigida a fundamentação, há quem sustente que a motivação teria ganhado caráter principiológico e geral[9], de modo que o dever de motivar seria correlato a todas as manifestações administrativas e as situações previstas no referido dispositivo seriam meramente exemplificativas.

De forma mais ampla e, portanto, mais audaciosa quanto à imposição da necessidade de fundamentação dos atos administrativos, a Lei Complementar nº 790/2016, do Município de Porto Alegre/RS, em seu art. 53, prevê que "[...] os atos administrativos, discricionários ou vinculados, deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos"[10].

No âmbito da LINDB, desde o seu texto original até a sua recente alteração, trazida pela Lei Federal nº 13.655/2018, percebe-se uma extensa preocupação com a fundamentação das decisões administrativa, controladora e judicial, afirmando-se a inviabilidade de decisões prolatadas meramente "com base em valores jurídicos abstratos". Há uma notável preocupação com que as decisões sejam acompanhadas de fundamentos que façam um efetivo cotejo do ordenamento jurídico com os fatos pertinentes ao caso concreto analisado.

Trata-se apenas de algumas previsões legais que disciplinam genericamente o dever de a edição do ato administrativo vir acompanhada da fundamentação fática e jurídica que lhe dão suporte.

Pela pertinência com os tempos atuais, à guisa de exemplificação concreta quanto à necessidade de fundamentação, cumpre mencionar a Lei Federal nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Esta lei traz flexibilizações que permitiriam um processo de contratação mais célere com vistas ao combate ao COVID-19. No entanto, o uso de mecanismos trazidos pela

---

[7] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 7-18, jul. 1997.

[8] BRASIL. **Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

[9] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 303.

[10] PORTO ALEGRE. **Lei complementar n° 790, de 10 de fevereiro de 2016.** Porto Alegre: [Prefeitura Municipal, 2020]. Disponível em: http://leismunicipa.is/hciur. Acesso em: 15 out. 2020.

referida lei não se pode dar ao mero arbítrio da Administração Pública, sendo necessária uma demonstração de efetiva correlação da contratação pretendida à doença, não bastando, assim, a simples afirmação de que a compra se adequa ao permissivo legal e citar seus dispositivos.

Ainda no âmbito de combate ao COVID-19, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a constitucionalidade da Medida Provisória 966/2020, concluiu pela necessidade de conferir interpretação conforme à Constituição, a fim de que "[...] decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas"[11], sob pena de o ato administrativo incorrer em erro grosseiro,

Deste modo, nesse cenário pandêmico, ainda que o gestor público entenda pela necessidade de flexibilização ou restrição de direitos, com vistas à tutela de outros direitos, em um juízo de ponderação[12], é fundamental que, quando da tomada de decisões, externe os critérios científicos e técnicos, previamente materializados no processo administrativo.

Não é por outro motivo que o art. 3º, §2º, da Lei Federal nº 13.979/2020, impõe que medidas restritivas (isolamento e quarentena são exemplos) somente poderão ser impostas "[...] com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública"[13].

Assim, ainda que se possa divergir ideologicamente das decisões tomadas pelo gestor público, os critérios técnicos e científicos, levados em consideração e utilizados como premissa na fundamentação, exigirão uma postura deferente da quem quer que seja.

A nível de controle da Administração Pública, merece menção a Súmula 263 do Tribunal de Contas da União (TCU), que, quanto à possibilidade de na capacidade técnico-operacional do licitante, admite a "[...] exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão *e a complexidade do objeto a ser executado.*" (Grifo nosso)[14].

---

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 150, p. 196-199, 17 jun. 2020.

[12] BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 136.

[13] BRASIL. **Lei n° 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

[14] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 263.** Brasília, DF: TCU, 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/sumula/%22SUMULA-EJURIS-22780%22. Acesso em:15 out. 2020.

Nesta ordem de ideias, detendo-se à parte acima grifada, percebe-se que, de forma sútil, o TCU admite a exigência de quantitativos mínimos, o que não é a regra, desde que acompanhada de fundamentação que indique a efetiva necessidade do que se está a exigir. Uma adequada e pertinente exteriorização de motivos autoriza a flexibilização de situações jurídicas que, a prioristicamente, seriam vedadas.

Ainda em relação às licitações e contratos administrativos, seara que especialmente atrai a atenção dos órgãos de controle, dado o manejo de recursos público, é extensa a previsão de decisões que devem ser tomadas fundamentadamente e, por vezes, além de questões fáticas e jurídicas, justificadas com elementos técnicos, sob pena de inviabilizar-se a aferição da correção do ato administrativo em questão.

Como exemplo, tem-se a possibilidade de edição de aditivo contratual, unilateralmente imposta pela Administração pública, "[...] com as devidas justificativas, [...] quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos" (art. 65, I, a, da Lei Federal nº 8.666/1993)[15].

De outro lado, no que tange à organização da Administração Pública e a distribuição de competências, o uso do instituto da avocação deve se dar apenas em situações excepcionais e acompanhado da devida justificativa, tal como exige o art. 15 da Lei Federal nº 9.784/1999.

Isso porque, considerando que a distribuição das competências ocorre em nível abstrato, por meio de previsão legal, a alteração dessa competência, ainda que em caráter excepcional e por autoridade hierarquicamente superior, deve ser concretamente justificada, por meio da exposição de motivos que indique as razões que demonstrem que, no caso específico, a modificação da competência objetiva "[...] otimizar e agilizar o atendimento das finalidades públicas"[16].

Por fim, ainda que não se tenha a menor pretensão de aqui exaurir o tema, o art. 489, §1º, do CPC, tem especial relevância, uma vez que traz um considerável rol de elementos que uma decisão judicial deve possuir, sob pena de ser considerada não fundamentada. A aplicação subsidiária desse regramento processual à seara administrativa é corretamente aceita em razão da previsão do art. 15 do CPC.

Deste modo, tem-se que há uma grande preocupação constitucional, legal e jurisprudencial que o ato administrativo seja praticado como uma adequada fundamentação, o que, sem sombra de dúvidas, lhe confere legitimidade e permite o controle realizado pelos órgãos de controle e pela própria sociedade.

Afinal, tudo isso se encontra relacionado ao direito fundamental à administração pública, notadamente no que tange às vertentes dialógica e da transparência[17].

---

[15] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acessos em: 15 out. 2020.

[16] OLIVEIRA, 2017, p. 296.

[17] FREITAS, 2015, p. 198-199.

Não se admite mais a mera exposição de motivos genéricos e abstratos, que a qualquer decisão serviria, sendo necessária uma motivação consciente, o que, por certo, abre "[...] ensejo para vitórias significativas contra a condescendente, tradicional e patológica negação dos mais elementares deveres republicanos"[18].

## 3 A FUNDAMENTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO

Diante do arcabouço constitucional, legal e jurisprudencial que impõe o dever de fundamentar técnica, fática e juridicamente quando da edição de um ato administrativo, infere-se que parte da atuação dos órgãos de controle, sem sombra de dúvidas, passa pela análise dos fundamentos expostos pelo gestor público. Uma decisão com fundamentação deficiente ou pobre em argumentos certamente terá aptidão de trazer mais preocupação do que tranquilidade ao seu prolator.

Além da exigência do ordenamento jurídico quanto à necessidade da revelação das razões técnicas, fáticas e jurídicas, a fundamentação também se revela importante no sentido de diminuir a possibilidade de vieses subjacentes à decisão proferida[19], de modo a se ter uma decisão isenta, na medida do possível. Esse último aspecto, outrossim, tende a excluir, senão a diminuir, os riscos de serem apontadas arbitrariedades eventualmente subjacentes à decisão.

Assim, a qualidade e profundidade dos argumentos estruturantes da fundamentação administrativa, por certo, serão relevantes para a justificação do ato praticado, bem como para eventual defesa de quem o praticou, caso se faça necessário, perante órgãos de controle.

A preocupação com a fundamentação sempre se deu com vistas a garantir a fiscalização e participação social[20], a atuação dos órgãos de controle e impedir arbitrariedades administrativas. Na maior parte das vezes em que se percebe essa preocupação, o objeto é eventual cerceamento de direitos de particulares sem que se exponha adequadamente as razões para tanto, o que, ao fim e ao cabo, inviabilizaria o exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), bem como impediria um efetivo controle por parte do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88).

No entanto, ainda que possa parecer uma visão egoísta por parte do gestor público, o que se percebe é que, para além do aperfeiçoamento do ato administrativo e da transparência no trato da coisa pública, o que já seriam motivos suficientes, uma adequada fundamentação das suas escolhas e decisões facilitará a aferição da legalidade dos seus atos perante os órgãos de controle e permitirá uma defesa mais ampla da legitimidade da sua prática.

---

[18] FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 247.

[19] FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013. p. 223-244.

[20] "O bom governo, ou a boa administração, implica a necessidade de contar com a presença e participação real da cidadania, de toda a cidadania, evitando que as fórmulas fechadas que procedem das ideologias desta jaez excluam de sua consideração determinados setores sociais".

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa administração pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 37.

À guisa de exemplo, tem-se o art. 20 da LINDB, que enuncia o seguinte: "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão" [21]. Aqui, tendo sido "consideradas as consequências práticas da decisão" administrativa, em um efetivo e claro cotejo do ordenamento com o caso posto, haverá uma maior margem de defesa do ato administrativo, de modo que, até pela própria previsão legal, deverá o órgão de controle ter maior deferência ao ato.

Para isso, contudo, o administrador público deverá se despir da clássica postura de emissão de atos com mera menção do dispositivo legal, como se isso fosse suficiente para demonstrar, em determinado caso, as razões que levaram à prática do ato. Para além disso, importa que revele as razões fáticas, técnicas e jurídicas que impulsionaram à edição do ato, com vistas ao melhor atendimento do interesse público e direitos fundamentais.

Nessa linha, a premissa é que a exposição dos fundamentos da decisão ocorra previamente à própria edição do ato. Conquanto admita-se, excepcionalmente, a exteriorização dos motivos que subsidiaram o ato em momento posterior à sua prática[22], fato é que, por decorrência lógica, argumentos legítimos são preexistentes ao ato e, portanto, devem antecedê-lo.

Do contrário, corre-se o risco de a fundamentação posterior ser apontada como uma mera *fabricação de motivos*, o que, por certo, deslegitimaria a atuação do gestor público. Em casos tais, o ônus argumentativo para demonstrar a preexistência objetiva dos fundamentos será muito mais elevado, de modo que é recomendável evitar que não o faça.

## 4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se chegar às seguintes assertivas conclusivas:

(a) Atualmente, encontra-se superada a ideia de que os atos administrativos são desprovidos da necessidade de fundamentação. O dever de expor os motivos que levaram à edição do ato deriva da própria noção de Estado Democrático de Direito, permitindo um controle social e dos órgãos de controle.

(b) Tanto a Constituição Federal como atos normativos de variadas espécies exigem explícita ou implicitamente a demonstração das razões que levaram o gestor público a tomada de determinada decisão. Trata-se de um direito fundamental do cidadão[23] e um dever fundamental do gestor público.

---

[21] BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

[22] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 40.427 DF 2013/0006416-4**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 03 de setembro de 2013. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24165347/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-40427-df-2013-0006416-4-stj/inteiro-teor-24165348?ref=juris-tabs. Acesso em: 06 out. 2020.

[23] MENDES; STRECK, 2018.

(c) A liberdade ofertada ao gestor público para decidir, ainda em casos que haja um menor grau de vinculação à juridicidade, não pode ser confundido como um convite à arbitrariedade, mas uma indução ao atendimento de prioridades constitucionais, cujo atendimento somente será possível de verificar a partir da análise da fundamentação.

(d) As novas alterações inseridas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro induzem à necessidade de aprimoramento da fundamentação das decisões, bem como exige uma maior deferência dos órgãos de controle quanto aos motivos expostos nas decisões administrativas e todas as particularidades circunstanciais existentes à época da sua edição.

(e) Em razão desse cenário de exigências e controles, além do dever de motivar suas decisões, surge para o gestor público a oportunidade de utilizar esse ônus legal como uma ferramenta positiva apta a demonstrar que sua atuação se encontra legitimada pela busca do atendimento de prioridades constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acessos em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei n° 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 40.427 DF 2013/0006416-4**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 03 de setembro de 2013. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24165347/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-40427-df-2013-0006416-4-stj/inteiro-teor-24165348?ref=juris-tabs. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 150, p. 196-199, 17 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 263.** Brasília, DF: TCU, 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/sumula/%22SUMULA-EJURIS-22780%22. Acesso em:15 out. 2020.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 7-18, jul. 1997.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **NOMOS**: revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 195-217, jan./jun. 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 71, jan. 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: 14 jun. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, edição especial, p. 13-41, nov. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz. Comentários ao art. 93 da CF/88. *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al*. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PORTO ALEGRE. **Lei complementar n° 790, de 10 de fevereiro de 2016.** Porto Alegre: [Prefeitura Municipal, 2020]. Disponível em: http://leismunicipa.is/hciur. Acesso em: 15 out. 2020.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa administração pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

# INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: COMPETÊNCIA, NATUREZA JURÍDICA, PRESSUPOSTOS E PROCEDIMENTO

*INCIDENT REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION: LEGAL NATURE, ASSUMPTIONS AND PROCEDURE.*

Hélio Fagundes Medeiros[1]

**Resumo:** A recente aprovação do Novo Código de Processo Civil apresentou uma significativa mudança em relação ao julgamento de casos repetitivos em nosso sistema processual. A nova legislação positivou o Incidente de Resolução de Demandas repetitivas como técnica de solução de processos de litigiosidade de massa, somando-se a outros já existentes.
**Palavras Chaves**: Novo Código de Processo Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

***Abstract:*** *The recent approval of the new Civil Procedure Code introduced a significant change in relation to the trial of repetitive cases in our court system. The new legislation positive the repetitive demands Resolution incident as mass litigation process solution technique, adding to the existing ones, such as: a) the binding precedent; b) repetitive extraordinary appeal, c) special appeal and repeated the appeal; d) the injunction refusing the application, among others. The mass claims phenomenon is very common in relation to the Treasury, which is why the study of Repetitive Demand resolution of incident becomes relevant at this time.*
***Keywords****: New Civil Procedure Code. Repetitive demands. Resolution incident.*

## 1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da litigância de massa tem se intensificado nas últimas décadas, com acentuada sobrecarga do Poder Judiciário, causando déficit na prestação da tutela jurisdicional, aumentando o tempo de tramitação dos processos, e, consequentemente, comprometendo a qualidade do exercício da jurisdição.

Em grande parte destas demandas, a Fazenda Pública figura como parte na relação processual, caracterizando-se como litigante habitual, fato que impõe aos advogados públicos o dever de conhecer as técnicas processuais que previnem ou tendem a remediar a massificação de processos.

[1] Procurador Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal.
Email: heliofm@pgm.prefpoa.com.br

Este quadro patológico de massificação de demandas implicou na positivação de diversas técnicas processuais, com intuito de dar solução coletiva às demandas em que houvesse similitude fática e jurídica, de forma contingenciar o crescimento da litigiosidade e a aplicação não isonômica do direito.

O Novo Código de Processo Civil, seguindo a necessidade de atender a uma crescente litigiosidade, positivou diversas técnicas processuais no sentido de dar maior eficiência e unidade ao Direito. Dentre os instrumentos processuais que passaram a fazer parte do direito objetivo, destaca-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas passou a coexistir com outros instrumentos de combate à litigância de massa previstos em nossa legislação processual, tais como: a súmula vinculante; b) os recursos extraordinário, especial e de revista repetitivos; d) a improcedência liminar do pedido; e) incidente de uniformização de interpretação de lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública; f) o processo coletivo da ações coletivas; e; g) os poderes do juiz previstos no artigo 139 do Código de Processo Civil.

Diante da relevância da matéria é necessário estudar o conceito, os critérios de aplicação, o procedimento de instauração e julgamento deste do novo instrumento processual. O presente artigo tem por objetivo desvendar o perfil dogmático do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

## 2 DEMANDAS REPETITIVAS NO BRASIL

O Brasil vem passando por grandes transformações na economia, na política e em sua estrutura social, caracterizando-se por uma sociedade massificada, politizada e de relações jurídicas complexas[2]. Atualmente, tanto na esfera pública quanto na privada as demandas aumentam exponencialmente, fruto do crescimento populacional, da produção, do consumo, do número de funcionários públicos e trabalhadores.[3]

Outro fator que influencia este processo, decorre do papel do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas, função determinada pelo modelo de Estado Constitucional adotado. A Constituição Federal de 1988 definiu que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado limitado pelo Direito, cujo poder político é legitimado pelo povo[4].

O Estado Democrático de Direito consolidou as conquistas do Estado Constitucional liberal e as conquistas advindas do Estado Constitucional Social, mas também manifestou o seu comprometimento com outras diversas dimensões de direitos fundamentais[5].

---

[2] CARNEIRO, Leonardo. **A Fazenda pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 204.

[3] MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 15.

[4] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 199. P. 227.

[5] JR ZANETTI, Hermes. **Constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 107.

O Estado Constitucional, classicamente, ostenta três modalidades essenciais: a primeira, o Estado Constitucional da separação dos Poderes (Estado Liberal), a segunda, o Estado Constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social), a terceira, o Estado Constitucional da Democracia Participativa (Estado Democrático)[6].

A primeira modalidade de Estado Constitucional teve compromisso com a liberdade, cujas constituições tinham um caráter de inspiração individualista, quando se formaram a grande camada de direitos fundamentais de primeira dimensão. Em tal momento histórico vigoravam as teorias clássicas da jurisdição oriundas do pensamento Chiovenda e Carnelutti, as quais se baseavam na supremacia da lei[7].

Todavia, com o advento da segunda modalidade de Estado Constitucional passaram a existir não somente direitos fundamentais de proteção, mas também direitos sociais de prestação, ou seja, direitos fundamentais de primeira e segunda geração, cuja eficácia vertical impôs ao Poder Judiciário o compromisso com a sua efetivação[8].

Neste contexto, a jurisdição ganhou novos contornos, visto que também passou a ter como escopo a concretização dos direitos fundamentais, o que acabou por gerar um aumento dos poderes dos juízes e um alargamento da função jurisdicional.

Já terceira modalidade de Estado Constitucional, ou seja, no Estado Democrático de Direito, houvera uma recepção das conquistas Estado Constitucional Liberal e do Estado Constitucional Social, e, acima de tudo, surgiram novas dimensões de direitos fundamentais, o que também afetou a função da jurisdição.

Tais mudanças causaram uma significativa multiplicação de processos judiciais, desafiando o Poder Judiciário, colocando à prova o direito processual civil como instrumento importante na prestação da tutela jurisdicional[9].

Atualmente, tramitam 99,7 milhões de processos no Poder Judiciário brasileiro, em sua ampla maioria em primeiro grau de jurisdição, problema que o Estado tem encontrado dificuldade em solucionar[10].

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Edital de Seleção nº 01/09, através do qual propôs uma parceria entre o Poder Judiciário e a comunidade acadêmica. Formou-se uma aliança com a finalidade de realizar tanto um diagnóstico sobre os problemas na prestação jurisdicional quanto no sentido de se obter propostas para o seu aperfeiçoamento.

---

[6] BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 47.

[7] SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio**. Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 66.

[8] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159.

[9] CAVALCANTI, Marcos Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 150.

[10] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao. Consulta em: 28 ago. 2016.

Esta soma de esforços deu origem ao trabalho intitulado de **Demandas Repetitivas e a morosidade da Justiça brasileira**, que diagnosticou as causas de aumento de demandas judiciais cíveis. No estudo, realizou-se um mapeamento das demandas repetitivas e ainda foram propostas soluções processuais e gerenciais à morosidade da justiça[11].

A pesquisa ainda diagnosticou que além da conscientização dos cidadãos sobre seus direitos, existem outros canais que incentivam à judicialização de conflitos no Brasil, tais como: o setor público, a advocacia e a mídia. O setor público criando direitos sem a devida regulamentação; a advocacia buscando novos campos de atuação; e a mídia exercendo o seu papel no esclarecimento dos cidadãos sobre os seus direitos.

Ainda sobre o tema, merece destaque o **Relatório do Banco de Dados Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, no qual consta o registro de que a maior parte das demandas em tramitação versam sobre direito previdenciário, tributário e administrativo[12].

Neste contexto, é importante salientar que os litígios referidos alhures revelam um certo grau de homogeneidade jurídica em seu conteúdo, razão pela qual colocam em risco a aplicação uniforme do direito, e, consequentemente, a sua eficiência, norma fundamental do direito processual civil brasileiro[13].

Nas ações desta natureza, o Estado não deve proporcionar uma solução individualizada, visto que pode gerar um ambiente de incerteza através de decisões judiciais divergentes, dando origem à chamada jurisprudência lotérica.[14]

Atualmente, em plena vigência de um Estado constitucional "[...] o fim do processo civil só pode ser reconduzido à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação e o respeito aos precedentes[15]". A par deste entendimento, tem-se que admitir que o direito de ação possui um conteúdo muito mais complexo do que supomos, tendo, na verdade, uma acepção material de acesso à justiça.

Segundo Nelson Nery Júnior "[...] pelo princípio constitucional do direito de ação, além do processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada"[16]. O acesso à justiça não representa, portanto, o simples poder de ajuizar uma ação ou de apresentar defesa, mas sim o direito a uma tutela jurisdicional efetiva na sua dimensão qualitativa.

---

[12] Dados retirados do site :
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/**.** Acesso em: 15 nov. 2019.

[13] JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.56.

[14] CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.186, p.108-128, abr. 2001.

[15] MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 19.

[16] NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 174.

Mauro Capelletti e Bryant Garth indicam três soluções para o acesso à justiça, denominadas de ondas renovatórias. A primeira tratou da assistência judiciária; a segunda tratou da representação jurídica dos interesses difusos; a terceira recebeu o nome de enfoque de acesso à justiça[17].

A terceira onda renovatória deteve a concepção mais ampla de acesso à justiça e teve por escopo instituir técnicas processuais adequadas para tutela de direitos e melhor preparar os aplicadores do direito. Percebe-se claramente que o acesso à justiça nada mais representa que o direito a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva[18], alcançada principalmente pela instituição de técnicas processuais capazes de dar amparo à pretensão levada a juízo.

Partindo desta compreensão, a adoção de técnicas processuais capazes de contingenciar o crescente surgimento de demandas repetitivas vem atender ao anseio de propiciar ao cidadão o acesso a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.

O Estado para prestar uma tutela jurisdicional adequada deve concretizar o tratamento isonômico a todos que estiverem em posições idênticas, atendendo à segurança jurídica, cujas premissas repousam na previsibilidade, cognoscibilidade e na calculabilidade do Direito[19].

A nossa legislação processual tem sido sensível às necessidades acima descritas, razão pela qual vem progressivamente positivando técnicas de resolução de conflitos de massa, como meio de combater a pulverização de conflitos desta natureza[20].

O Código de Processo Civil de 1973 já contemplava diversos mecanismos no sentido de combater processos repetitivos tais como: a) técnicas de recursos repetitivos; b) improcedência liminar do pedido; c) pedido de uniformização de interpretação de lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Federais; d) pedido de uniformização da lei no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública; e) repercussão geral; f) suspensão de segurança em várias liminares em casos repetitivos[21].

O Novo Código de Processo de Processo Civil avançou, uma vez que criou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, com previsão no artigo 976 e seguintes. O recente instituto possui um perfil dogmático próprio, cujas bases científicas merecem estudo para que a sua aplicação não seja desvirtuada e confundida com outros métodos de resolução de demandas repetitivas já existentes.

---

[17] CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 1-15.

[18] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel**. Curso de Direito Constituciona**l. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 743.

[19] CAVALCANTI, 2016, p. 155.

[20] TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p.37.

[21] CARNEIRO, 2016, p. 209.

## 3 PERFIL DOGMÁTICO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Antes de qualquer reflexão jurídica sobre o novel instituto, tem-se que estabelecer o significado de demanda repetitiva.

O Novo Código de Processo Civil em seu artigo 928 assim dispõe, *verbis*:

> Art.928. Para fins deste Código considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
> I- incidente de resolução de demandas repetitivas;
> II-recurso especial e extraordinário repetitivos; [22]

O enunciando do artigo 928 não contribuiu com maiores esclarecimentos sobre a matéria, uma vez que abordou tão somente o conceito de julgamento de casos repetitivos, cujas premissas teóricas não podem servir como critério para estabelecer conceito de demanda repetitiva.

A ausência de uma definição técnica de demanda repetitiva também perdura nas demais disposições do código, gerando insegurança para quem pretenda instaurá-lo.

Embora não haja um conceito legal expresso, é possível através do estudo mais minucioso dos artigos sobre IRDR extrair a sua finalidade, e, consequentemente, estabelecer o conceito de "demanda repetitiva".

Para fins de instauração do incidente são consideradas demandas repetitivas todas aquelas que apresentarem a existência de questões comuns, de direito processual ou material, ainda que estas questões não representem a principal controvérsia do conflito subjetivo[23].

Percebe-se que não há exigência de uma relação jurídica padrão, e muitos menos de similitude entre pedido e causa de pedir. Apenas é relevante que a controvérsia seja sobre uma questão unicamente de direito e se repita em vários processos.

Logo, o termo "demanda repetitiva" utilizado pelo Código possui pouco rigor científico, visto que para instauração do IRDR não é imprescindível que haja identificação entre a causa de pedir e o pedido. Somente é imprescindível a existência de questões jurídicas de origem comum e homogêneas, podendo ser desvinculadas de qualquer dos elementos da demanda.

Assim, o nome mais adequado para o instituto seria: "Incidente de Resolução de Questões Repetitivas". Estabelecido o conceito de demanda repetitiva, cabe referir que o novo instituto não possui natureza jurídica de ação autônoma ou recurso, mas sim de

---

[22] BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

[23] TEMER, 2016, p.69.

um verdadeiro incidente processual. Outra dúvida que poderia ser cogitada é se IRDR conduz ao julgamento da pretensão ou apenas fixa a tese jurídica.

Embora o Novo Código de Processo Civil não adote um enunciado explícito, é possível, através de um estudo minucioso de seus artigos, afirmar que o objeto do IRDR é unicamente fixar tese jurídica, tratando-se de um processo meramente objetivo. José Miguel Garcia Media refere que "[...] busca-se com o incidente, a definição, a fixação (ou afirmação) e a adoção de uma tese"[24].

Logo, há apenas a fixação da tese em abstrato, sem aplicação direta ao caso concreto. Este entendimento decorre dos seguintes fundamentos: a) no IRDR apenas há resolução de questão de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da causa; b) a desistência do que seria a "causa-piloto" não impede o julgamento do incidente, o que demonstra total desvinculação da relação jurídica de direito material que deu origem ao litígio; c) a natureza objetiva é mais adequada para a fixação tese às demandas fundadas na mesma questão[25]. Marcos de Araújo Cavalcanti também advoga no sentido de que o julgamento do incidente decorre de uma decisão abstrata que apenas fixa a tese jurídica.[26]

O argumento mais contundente, entretanto, é justamente a sua natureza de incidente processual, e como tal não se dedica a julgar a pretensão das partes. Somente se tivesse a natureza de ação autônoma ou de recurso o IRDR teria a possibilidade de julgar a causa.

No incidente será prolatada uma decisão, em caráter abstrato, que fixará a tese jurídica. No processo que deu origem ao IRDR haverá uma decisão que julgará a causa com a aplicação da tese firmada, se for caso, ou seja, ocorrerá uma divisão cognitiva.

Portanto, estamos tratando de um incidente processual que não encerra qualquer litígio, isto é, não confere o bem da vida à parte, mas apenas fixa a tese jurídica de questão unicamente de direito em julgamento de casos repetitivos, não havendo julgamento do pedido[27]. Em resumo, o IRDR provoca o julgamento coletivo e abstrato da questão unicamente de direito, que sejam homogêneas, identificadas em casos repetitivos**.**

### 3.1 Pressupostos de Admissibilidade

O Novo Código de Processo Civil em seu artigo 976 estabeleceu como pressupostos para instauração do IRDR os seguintes requisitos: a) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; b) o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; c) inexistência de recurso repetitivo afetado para definir tese sobre a mesma questão de direito.

---

[24] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1414.

[25] TEMER, 2016, p. 68.

[26] CAVALCANTI, 2016, p. 228.

[27] TEMER, 2016, p. 68.

Quanto à primeira exigência, é importante referir que a doutrina vem sustentando que este requisito deve ser visto com cautela, não devendo ser exigido para a sua configuração um grande volume de processos em tramitação[28].

A exigência de efetiva repetição de processos está diretamente relacionada com a necessidade de que a questão de direito controvertida tenha sido amplamente debatida.

A efetiva repetição de processos também deve coexistir com o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica decorrente de decisões judiciais díspares, caso contrário não haverá o que prevenir[29]. A nossa legislação processual também aponta como requisito para a instauração do IRDR que a questão seja unicamente de direito.

Importante sublinhar que "questão" é qualquer ponto de fato e de direito controvertido de que dependa de pronunciamento judicial. A questão não constitui em si, o objeto de julgamento, uma vez resolvida, insere-se entre os fundamentos da decisão, entre as razões de decidir. Por exemplo, debates sobre assistência judiciária gratuita, valor da causa, admissibilidade de determinado meio de prova, etc.

Melhor explicando, as "questões" são afirmações, que constituem "pontos" a examinar. Se uma dessas afirmações "pontos" é contrariada pelo antagonista de quem a formulou, surge a questão, que é, portanto, ponto controverso.*[30]*

Portanto, "questões" são pontos controvertidos que deverão ser resolvidos pelo juiz, mas que não são objeto litigioso do processo, ou seja, não se constituem objeto principal da demanda, ou seja, não representam a lide[31].

Todavia, algumas questões poderão ser resolvidas dentro do próprio procedimento principal, mas outras poderão demandar a instauração de um procedimento colateral, denominado de incidente processual. Deste modo, incidente processual é um procedimento colateral instaurado para solucionar questões controvertidas no processo.

As "questões" podem ser de fato ou direito, todavia um dos temas mais tormentosos no direito processual civil se refere justamente em estabelecer uma precisa distinção entre fato e direito, uma vez que a própria estrutura das normas jurídicas possui um suporte fático. Não existem questões unicamente de direito, tendo em vista que o fenômeno jurídico é composto sempre de fato e direito.

---

[28] FPPC, enunciado 87: A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de segurança jurídica.

[29] NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 68.

[30] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2017. p 42.

[31] MEDINA, José Miguel. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal:** admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 65

Embora as questões de direito e de fato sejam partes integrantes do mesmo fenômeno jurídico, o aspecto problemático deste fenômeno pode incidir sobre questões que sejam preponderantemente de fato ou de direito, o que permite fazer uma distinção entre ambas aceitando a existência de um juízo de preponderância de uma e outra em cada situação[32].

O juízo de preponderância é um critério seguro para análise se a questão jurídica considerada como repetitiva poderá ser classificada como unicamente de direito ou de fato.

Para fins de instauração do IRDR, uma questão será unicamente de direito se o magistrado estiver voltado para análise de uma questão jurídica que seja preponderantemente de direito[33]. Será possível, portanto, identificar uma questão de direito pelo juízo de preponderância.

Pode-se dizer que uma questão é unicamente de direito quando apresentar as seguintes características: a) a controvérsia for sobre como deve ser entendido o texto normativo e quais as consequências jurídicas daí extraídas; b) qual é norma aplicável a determinada situação fática, e, c) a compatibilidade entre o texto normativo e outras normas da Constituição[34].

A par do critério acima citado, também é possível afirmar que uma questão é exclusivamente de direito quando o fundamento posto em dúvida no processo é de direito, e os fatos com ele relacionados não necessitam ser provados, valorados ou não são controvertidos.[35]

Logo no IRDR não são apurados se ocorreram determinados fatos e as suas circunstâncias, mas apenas a aplicação do texto normativo e as suas consequências, ou seja, não pode haver controvérsia sobre os fatos; a controvérsia é apenas sobre o direito[36].

Outro pressuposto para a instauração do IRDR é a necessidade de causa pendente no Tribunal, o que decorre de sua própria natureza de incidente processual que necessariamente deverá estar vinculado a uma causa pendente de julgamento.

---

[32] YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Distinção entre questões de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. **Revista Dialética de Direito Processual,** São Paulo, n. 43, 2006. p. 33.

[33] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.552.

[34] DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais processos nos Tribunais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 557.

[35] MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 83.

[36] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio. **Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1035.

Logo, o recurso que demonstre o preenchimento deve estar pendente de julgamento, entendimento que encontra amparo na súmula n°46 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

No mesmo sentido o enunciado n° 344 do VIII Fórum Permanente de Processualistas Civis[37]: A instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pressupõe a existência de processo pendente no Tribunal.

Para uma melhor compreensão dos requisitos explicados, citamos como exemplo um caso envolvendo o Município de Porto Alegre. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tramitavam 1.700 ações judiciais, cuja pretensão era a condenação do Município de Porto Alegre ao pagamento de diferenças remuneratórias decorrentes da conversão dos vencimentos dos servidores em URV.

Os primeiros julgamentos oscilavam ora pela aplicação da prescrição de fundo de direito, ora pela prescrição quinquenal. As decisões divergiam inicialmente somente sobre uma questão unicamente de direito (prescrição), eram repetitivas (1.700 ações), causavam violação à isonomia e à segurança jurídica (decisões conflitantes) e, muitas delas, já se encontram em fase recursal, havendo, portanto, causa pendente no Tribunal.

Diante deste caso emblemático e de grande repercussão no Município, a Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre requereu a instauração do incidente. Contudo o IRDR não foi admitido, visto que a Corte local entendeu que não existia uma potencial violação à segurança jurídica, bem como por inexistir uma efetiva repetição de processos.

A doutrina advoga que o critério relativo à efetiva repetição de processos não deve ser levado ao extremo, todavia esta não é a posição que vem sendo adotada pelo Tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sobre o tema, cabe registrar os seguintes julgados da Corte local:

> *DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PEDIDO PARA INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DEMANDAS REPETIVAS. MATÉRIA ALUSIVA À INTERPRETAÇÃO DO ART. 162 DO CTB E RESOLUÇÃO-CONTRAN Nº 404/12. PRECEDENTES DAS CÂMARAS QUE INTEGRAM A SEGUNDA TURMA CÍVEL EM NÚMERO DE DOIS EM QUASE DOIS ANOS. INEXISTÊNCIA DE DEMANDAS REPETITIVAS. NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA E DAS TURMAS RECURSAIS DA FAZENDA PÚBLICA NÃO HÁ PREVISÃO PARA O INCIDENTE, MAS SIM PARA O INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA, QUANDO SE TRATAR DA HIPÓTESE. 1.* ***Não há precedentes repetitivos no âmbito das Câmaras de direito público que julgam a matéria do "direito público não especificado" - DPNE. Em dois anos, foram identificada apenas uma apelação cível e um mandado de segurança, este que será apreciado pela Quarta Câmara Cível na sessão de 27SET16****. 2. Não cabe à Segunda Turma Cível uniformizar*

[37] DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis:** de 01, 02 e 03 de maio de 2015. Salvador: JusPodivm, 2015.

*o entendimento das Turmas Recursais da Fazenda Pública e seus Juizados Especiais da Fazenda Pública. No âmbito do Juizado Especial, há apenas previsão de incidente de uniformização na Lei nº 12.153/09. No Regimento Interno daquele Órgão também só há previsão de uniformização. INCIDENTE INADMITIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA.* (Incidente de Resolucao de Demandas Repetitiva Nº 70071201115, Segunda Turma Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 23/09/2016) (Grifou-se).

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. INCOPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE DIREÇÃO. MUNICÍPIO DE GRAVATAÍ. INTELIGÊNCIA DO ART. 976 DO NCPC-15. REQUISITOS SIMULTÂNEOS: I - DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVA REPETIÇÃO DE PROCESSOS QUE CONTENHAM CONTROVÉRSIA SOBRE A MESMA QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO. II - RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE NÃO PREENCHIDO NA HIPÓTESE. QUANTIDADE PEQUENA DE DEMANDAS NUM LAPSO DE 11 ANOS. INADMISSIBILIDADE. 1. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem como objetivo sedimentar posicionamento acerca de controvérsias sobre a mesma questão a fim de proporcionar segurança jurídica às partes, a teor do disposto no art. 976 do NCPC-15. 2. Na hipótese, a requerente, na condição de servidora pública, visa à unificação de posicionamento no tocante à incorporação de Gratificação de Direção, nos termos da Lei-Gravataí nº 681/91. **Contudo, não preencheu o requisito de admissibilidade do incidente relativo à comprovação da "efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito", que deve estar simultaneamente demonstrado com o "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica" (art. 976, I e II, do NCPC-15). Demonstração de pequena quantidade de demandas que não se caracterizam por ser "ações em massa" a justificar o presente*incidente. *Pesquisa no âmbito desta Corte que demonstra poucos recursos interpostos num lapso de 11 anos. Situação peculiar do caso que leva à inadmissão do incidente. INCIDENTE INADMITIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. (Incidente de Resolucao de Demandas Repetitiva Nº 70070911060, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 01/09/2016)** (Grifou-se).

***INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. TITULARIDADE DA VERBA HONORÁRIA. REPETIÇÃO DE PROCESSOS NÃO DEMONSTRADA. QUESTÃO DE FATO. O incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos do artigo 976 do CPC, pode ser instaurado se houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. O incidente possui natureza preventiva, prestando-se justamente para orientar os juízes do primeiro grau de jurisdição nas ações ainda em trâmite. Logo, não é cabível para ações já julgadas. No caso dos autos, além de a matéria não ser unicamente de direito, pois está a demandar indagação sobre os fatos da causa, os proponentes sequer demonstraram a ocorrência de repetição de processos que contenham controvérsia sobre a questão relativa à***

> ***titularidade dos honorários sucumbenciais. NEGADA ADMISSÃO Á INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.* (Incidente de Resolucao de Demandas Repetitiva Nº 70069923381, Sexto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em 19/08/2016)** (Grifou-se).[38]

A par das decisões citadas, fica evidente que a "efetiva repetição de processos", como cláusula geral, cairá na discricionariedade judicial, o que poderá ser questionado mediante recurso especial, com fundamento em dissídio jurisprudencial, caso haja entendimentos diversos em outros tribunais da federação, para que seja fixada uma interpretação uniforme em todo território nacional.

Por derradeiro, outro requisito expresso no §4°, do artigo 976, possui natureza negativa, uma vez que exige para a instauração do IRD que não haja recurso, especial ou extraordinário, repetitivo, já afetado sobre a mesma questão jurídica.

Tal exigência ocorre para uma razão óbvia, tanto o IRDR quando à sistemática de recursos repetitivos fixam teses jurídicas sobre questões unicamente de direito, logo não há razão para que os dois instrumentos sejam acionados para resolver a mesma questão.

### 3.2 Procedimento

O pedido de instauração poderá ser requerido pelo Juiz ou relator, por ofício; pelas partes, por petição; pelo Ministério Público e Defensoria Pública, também por petição (art.977 do CPC/2015). Também não há impedimento para que o Colegiado delibere pela instauração do incidente, ainda que o relator reste vencido.[39]

O pedido de instauração deverá ser instruído com os documentos indispensáveis para demonstração do preenchimento de seus requisitos. É importante salientar que havendo mais de um pedido de instauração sobre a mesma questão de direito todos deverão apensados e processados conjuntamente[40].

O Incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser dirigido ao Presidente do Tribunal (art.977 do CPC/2015) que distribuirá o incidente a um relator que compõe o órgão colegiado de uniformização de jurisprudência (art.978 do CPC/2015).

---

[38] Retirado do site:
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Jurisprudência.** Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia. Acesso em: 25 nov. 2019b.

[39] TALAMINI, Eduardo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas:** pressupostos. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos. Acesso em: 25 de set. 2016.

[40] FPPC, enunciado 89: Havendo mais de um pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo Tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas.

Feita a distribuição, o colegiado fará o juízo de admissibilidade, momento em que será feita delimitação provisória do objeto do incidente. No juízo de admissibilidade o colegiado não poderá restringir a admissão do IRDR a determinadas questões de direito em detrimento de outras.[41] A decisão deverá ser necessariamente colegiada e irrecorrível, salvo a possibilidade de interposição de embargos de declaração.[42]

É importante que nesta fase seja dada a oportunidade para que se manifestem tanto às partes integrantes do processo originário quanto aos legitimados à tutela de direitos dos excluídos, visando oferecer espaço para delimitação da questão logo no início do processo, porquanto qualquer desvirtuamento poderá ensejar violação co contraditório[43].

Se o relator verificar que os documentos anexados sejam insuficientes, mas que indiquem fortes indícios de que as alegações sejam verdadeiras, poderá, neste caso, aplicar por analogia o artigo 982, inciso II, colhendo informações como forma complementar o acervo probatório. Tal postura encontra fundamento nos poderes instrutórios do juiz e na primazia do julgamento de mérito.

Admitido o incidente o relator adotará três medidas: a) suspenderá os processos pendentes individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na Região, conforme caso; b) poderá requisitar informações a órgão cujo juízo tramita o processo no qual se discute o objeto do incidente.

A suspensão dos processos é decorrência automática da admissão, prescindindo do preenchimento de qualquer outro requisito, cuja extensão atinge os juizados especiais[44].Embora a suspensão seja efeito automático do juízo de admissibilidade é necessário, no entanto, que as partes sejam intimadas pelo juízo titular do processo antes da suspensão propriamente dita.

A intimação tem por finalidade dar chance aos afetados de demonstrarem a distinção de seus casos, bem como dar plena ciência do incidente[45], visto que o objeto do incidente pode não corresponder à matéria debatida no processo de determinado

---

[41]FPPC, enunciado 89: Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por fundamento, restrinja seu cabimento.

[42]FPPC, enunciado 91: Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática. FPPC, enunciado 556: É irrecorrível a decisão do órgão colegiado que, em sede de juízo de admissibilidade, rejeita a instauração de resolução de demandas repetitivas, salvo o cabimento de embargos de declaração.

[43] MARINONI, 2016, p. 61.

[44]FPPC, enunciado 82: A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência de admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos da tutela de urgência. FPPC, enunciado 93: Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo Estado ou Região.

[45] FPPC, enunciado 348: Os interessados serão intimados da suspensão de seus processos individuais, podendo requerer o prosseguimento ao juiz ou Tribunal onde tramitem, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou nos recursos repetitivos.

litigante. Logo, a intimação permitirá à parte que realize o pedido de distinção, cuja decisão poderá ser atacada por agravo de instrumento[46].

Realizada a admissão haverá ampla divulgação do IRDR para que a sociedade saiba que determinada questão de direito está sendo submetida a debate, possibilitando a participação dos interessados na elaboração da tese jurídica (art.978 do CPC/2015).

Após à ampla divulgação haverá a delimitação definitiva do objeto, tendo em vista que somente neste momento o colegiado terá melhores subsídios para identificar com precisão a questão de direito debatida[47]. Entretanto, cabe mencionar que o colegiado deve respeitar o princípio da congruência, sendo vendado ao órgão julgador conhecer de teses sobre outras questões diversas, caso contrário a decisão será nula por violação ao contraditório.[48]

Estabelecida a delimitação definitiva do objeto, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (art.983 do CPC/2015). O relator ouvirá as partes do processo originário; os legitimados dos direitos dos litigantes excluídos, denominados de representantes adequados; os interessados, que intervirão como *amicus curiae.*[49]

O Novo Código é digno de crítica em relação à atenção que dispensou à participação dos sujeitos processuais no procedimento do incidente, tema que deveria, na verdade, ser o "coração" do procedimento. Sem a devida participação dos sujeitos processuais será aberto um perigoso caminho para desvirtuamento do instituto e a violação de direitos e garantias processuais fundamentais.

A fase de instrução e debate foi tratada praticamente em único dispositivo (art.983 do CPC/2015) o que representa uma grave aglutinação da atividade de cognição, entrando em contradição com a própria finalidade do instituto.

Nem a previsão de audiência pública não elide a possibilidade de desvirtuamento do IRDR, visto que nem toda a questão de direito é passível de investigação diferenciada, com a necessidade de esclarecimento de especialistas[50]. Assim, mesmo com a previsão de realização de audiência pública há grandes chances de violação ao contraditório, e consequente nulidade da decisão.

Ouvidas as partes e realizadas a diligências necessárias será designada pelo relator a sessão de julgamento do IRDR. No julgamento, relator fará exposição breve sobre o objeto do incidente, dando, em seguida, a possibilidade ao Ministério Público, às partes e aos demais interessados a possibilidade de realizarem sustentação oral (art.984 do CPC/2015).

---

[46] TEMER, 2016, p. 122.

[47] TEMER, 2016, p. 127.

[48] CABRAL, Antônio Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1439.

[49] MARINONI, 2016, p. 91.

[50] MARINONI, 2016, p. 91.

No entanto, deverá o relator descrever não somente a questão que será objeto do incidente, mas também os fundamentos que foram lançados pelas partes. Caso o colegiado pretenda resolver a controvérsia apoiado em outro fundamento, deverá, neste momento, explicitá-lo de modo que possibilite às partes o exercício do contraditório, evitando a chamada decisão surpresa, combatida explicitamente no Novo Código de Processo Civil (art.10 do CPC/2015)[51].

Outro ponto de grande relevância se refere à fundamentação do acórdão que fixar a tese no IRDR. A decisão deverá enfrentar todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, ao resultado do julgamento[52] (art.984,§2° do CPC/2015). No entanto, o dever de fundamentação tal como exigido na decisão que julga o incidente não será o mesmo em relação às decisões que aplicarem a tese firmada.[53]

Julgado o incidente, será aplicada a tese a todos os processos individuais e coletivos, presentes e futuros, que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na mesma área de jurisdição do respectivo tribunal (art.985 do CPC/2015), inclusive aos juizados especiais. Contra a decisão que desrespeitar a tese firmada caberá reclamação ao Tribunal (art.985,§1° do CPC/2015).

Convém ressaltar que o respeito à tese não retira a liberdade do juiz, visto que continuará julgando seus processos com ampla discricionariedade, analisando os demais argumentos das partes e as provas dos autos. Quer dizer, aplicar a tese firmada não significa que haverá solução do litígio, retirando a liberdade do juiz, tendo em vista que a questão de direito pode se referir a apenas um aspecto do processo como, por exemplo, a necessidade ou não de produção de prova pericial.

Da decisão que julgar o incidente caberá recurso especial ou extraordinário, os quais impedirão que a decisão produza seus efeitos, uma vez que são dotados de efeito suspensivo (art.987 do CPC/2015). Por fim, a tese poderá ser revisado de ofício ou a requerimento dos legitimados (art.986 do CPC/2015).

### 3.3 Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas Julgados e Admitidos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

O Tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul é a Corte de Justiça com maior número de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas admitidos e julgados no Brasil, assumindo um protagonismo na utilização deste novo instrumento processual de solução coletiva de demandas homogêneas[54].

---

[51] MARINONI, 2016, p. 95.

[52] WAMBIER, 2016, p. 1564.

[53] FPPC, enunciado 524: O artigo 489, §1°, inciso IV não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado.

**[54]** Retirado de:
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **IRDR no TJRS.** Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/institu/nurer/irdr.php. Acesso em: 25 nov. 2019a.

O Corte local já admitiu 15 (quinze) incidentes, sendo que em sua grande maioria já houvera julgamento de mérito. Neste ponto do estudo, para fins didáticos, é importante que sejam citados separadamente os incidentes já julgados e aqueles que estão pendentes de julgamento.

O Tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul fixou as seguintes teses jurídicas ao julgar o mérito dos IRDRs sob sua jurisdição[55]:

> TEMA 2- São aplicáveis os arts. 26 e 39 da Lei 6.830/80 às execuções fiscais que tramitam na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul distribuídas antes da vigência da Lei Estadual nº 14.634/2014, excetuadas as hipóteses de tramitação em serventias privatizadas.
>
> TEMA 5- A presença de pessoa natural ou pessoa jurídica de direito privado, em litisconsórcio passivo facultativo ou necessário com um dos entes arrolados no inciso II do art. 5º, da Lei 12.153/09, não afasta a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública para o processamento e julgamento da demanda.
>
> TEMA 7- Nos casos em que se pretenda o fornecimento de medicamentos de uso contínuo ou por tempo indeterminado, a competência é do Juizado Especial da Fazenda Pública, se o custo anual do fármaco por inferior ao valor de 60 (sessenta) salários mínimos. Excedendo esse valor, a competência será das varas da Fazenda Pública.
>
> TEMA 8- A concessão de aposentadoria voluntária de servidor municipal pelo Regime Geral de Previdência Social, não implica em automática exoneração do serviço público, inexistindo óbice à permanência no exercício do cargo. A fonte de custeio dos proventos da aposentadoria se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional De Seguro Social.
>
> TEMA 9-Nas ações ajuizadas sob a vigência da Lei nº 8.121/85, concernentes ao direito à saúde, em que o ente municipal e o Estado são demandados em litisconsórcio passivo facultativo, restando sucumbentes, o Estado é o único ente responsável pelo pagamento das despesas processuais relativas a emissão de precatórias para sua citação e intimações. Todavia, transitada em julgado a sentença que decide de forma diversa, inviável a rediscussão da questão na fase de cumprimento, diante dos efeitos da coisa julgadas.
>
> TEMA 12- se o atraso ou parcelamento dos vencimentos, soldos, proventos ou pensões de servidores públicos ativos, inativos e pensionistas, por si só enseja dano moral; (2) caso positivo, se há necessidade de comprovação ou se o mesmo está in re ipsa; (3) admitidas tais hipóteses, se pode cada servidor/pensionistas, modo individual, propor mais de uma ação, (3.1) a relativamente a cada mês em que ocorrer atraso/parcelamento; (3.2) por rubrica ou vínculo que lhe diga respeito.

[55] RIO GRANDE DO SUL, 2019a.

Paralelamente às teses fixadas, tramitam outros incidentes já admitidos, os quais estão pendentes de julgamento de mérito:

> TEMA 14- Controvérsia estabelecida entre as Câmaras Cíveis deste Tribunal de Justiça quanto à condenação solidária em honorários advocatícios quando o município vem a sucumbir com o ente estadual quanto ao pedido principal.
>
> TEMA 10- Discussão acerca da competência para a execução individual de sentenças proferidas em ações coletivas referentes a diferenças remuneratórias de servidores públicos, quando o crédito é inferior ou igual a 60 salários mínimos.
>
> TEMA 13- Se a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações são isentos da Taxa Única de Serviços Judiciais prevista na Lei nº 14.634/2014, art. 2º, caput, não importando o polo que ocupem na demanda ou o resultado desta.
>
> TEMA 6- Controvérsia sobre o termo inicial da prescrição intercorrente no âmbito das ações executivas e sobre a necessidade ou não de intimação do credor para a fluência do prazo prescricional. [56]

Após a apresentação das teses firmadas e dos incidentes em tramitação em nossa Corte local, não resta dúvida de que este novo instituto processual será cada vez mais utilizado, dando maior eficiência e segurança jurídica na prestação da tutela jurisdicional.

Em razão disso, as Procuradorias devem voltar as suas atenções para o IRDR, tanto para instaurá-lo quanto para participar na formação das teses jurídicas que estejam em processo de formação, haja vista o seu potencial de vinculação.

## 4 CONCLUSÃO

A crescente demanda de ações judiciais tem sido um grande desafio na prestação da tutela jurisdicional. Após décadas de profundas mudanças na sociedade, a massificação de litígios judiciais se intensificou, tornando-se algo comum, e aparentemente sem solução.

O Estado se mostrou impotente, visto que mesmo diante deste quadro endêmico continuou a tratar o tema sem sistematização e de forma individualizada. A legislação processual durante muito tempo adotou uma postura conservadora frente à massificação de processos, fornecendo soluções díspares para litigantes de casos idênticos, causando desconfiança em relação ao Poder Judiciário.

---

[56] RIO GRANDE DO SUL, 2019a.

Diante deste quadro de profunda instabilidade jurídica e de massificação de litígios judiciais, o legislador deu início a um processo de positivação de técnicas processuais de solução de processos repetitivos. Assim a nossa legislação começou alterar de paradigma, de um método de solução individual, para técnicas coletivas de solução de conflitos. O Novo Código de Processo Civil manteve os avanços do código de 1973, entretanto avançou ainda mais ao criar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O IRDR é um incidente processual que se destina a fixar tese jurídica sobre determinada questão unicamente de direito material ou processual repetitiva em relevante número de processos, que atentem contra a segurança jurídica e à isonomia. O IRDR, portanto, não se destina a julgar a causa, mas fixar tese jurídica, tratando-se de um processo de natureza objetiva, cujo processamento foi disciplinando nos artigos 977 e seguintes do Novo Código de Processo Civil.

O resultado do julgamento do incidente é a fixação de uma tese jurídica sobre questão unicamente de direito, que será aplicada em toda área de jurisdição do Tribunal, inclusive no âmbito dos Juizados Especiais. Não há dúvida de que pelo menos teoricamente o IRDR veio para atender aos anseios de uma prestação tutela jurisdicional adequada, contudo tal objetivo somente será alcançado se a sua aplicação se der em harmonia com os direitos e garantias processuais fundamentais, garantindo às partes ampla participação na formação da tese.

Caso o seu processamento seja sumário e concentrado ao ponto de se construir uma tese “às escuras”, haverá apenas um “estelionato jurídico”, um instrumento beneficiando uma das partes ou somente o Tribunal. Somente o tempo dirá se o incidente atingirá a sua finalidade.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CABRAL, Antônio Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Leonardo. A Fazenda pública em juízo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAVALCANTI, Marcos Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.186, p.108-128, abr. 2001.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais processos nos Tribunais. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 7. ed. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2017.

DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis:** de 01, 02 e 03 de maio de 2015. Salvador: JusPodivm, 2015.

JR ZANETTI, Hermes. **Constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio. **Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal:** admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **IRDR no TJRS.** Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/institu/nurer/irdr.php. Acesso em: 25 nov. 2019a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Jurisprudência.** Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia. Acesso em: 25 nov. 2019b.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel**. Curso de Direito Constituciona**l. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio**. Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas:** pressupostos. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos. Acesso em: 25 de set. 2016.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Salvador: Juspodivm, 2016.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Distinção entre questões de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. **Revista Dialética de Direito Processual,** São Paulo, n. 43, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

# A REFORMA ADMINISTRATIVA E A PERDA DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO

## *THE ADMINISTRATIVE REFORM AND THE LOSS OF THE SUBJECTIVE RIGHT OF APPROVED CANDIDATES IN A PUBLIC COMPETITION*

Igor Moura Maciel[1]

**Resumo:** O presente trabalho visa discorrer sobre a alteração do artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal proposta pelo projeto de reforma administrativa enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional e identificado como a Proposta de Emenda à Constituição Federal 32/2020. O Supremo Triunfal Federal possui pacífica jurisprudência no sentido de reconhecer o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concursos públicos dentro do prazo de validade dos certames. Trata-se de posição firmada em razão da expressa previsão do artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal que estabelece que o candidato aprovado será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego Diante da proposta de alteração, o dispositivo passará a prever apenas e tão somente uma expectativa de direito a tais candidatos que terão prioridade na nomeação em relação aos demais. O presente trabalho pretende criticar esta alteração para defender a manutenção da redação constitucional tal como atualmente prevista.
**Palavras-chave:** Reforma administrativa. Concurso público. Direito subjetivo. Nomeação. Candidato aprovado.

***Abstract:*** *This paper aims to discuss the the amendment of article 37, item IV, of Brazilian Federal Constitution proposed by the administrative reform project sent by the Government to the National Congress and identified as the Proposed Amendment to the Federal Constitution 32/2020. The Federal Supreme Court has an understanding that recognizes the subjective right to nominate candidates in public tenders within the validity period of the concourse. This is a position signed due to the express provision of article 37, item IV, of the Federal Constitution, which establishes that the approved candidate will be summoned with priority over new candidates to take up a position in the Public Administration. Given the proposed amendment, the provision will now provide only an expectation of entitlement to such candidates who will have priority in the appointment in relation to the others. The present work intends to criticize this amendment to defend the maintenance of the constitutional wording as currently foreseen.*
***Key-words:*** *Administrative Reform. Public concourse. Subjective law. Appointment. Approved candidate.*

[1] Procurador do Município de Porto Alegre.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 03 de setembro de 2020, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional proposta de emenda à Constituição Federal, distribuída sob o número 32/2020. Referida PEC propõe-se a realizar uma verdadeira reforma administrativa nas estruturas das instituições públicas brasileiras.

A partir da análise individual de cada mudança proposta, essencialmente relacionadas a direitos e garantias dos servidores públicos, é possível uma reflexão sobre o impacto imediato das alterações constitucionais, acaso aprovadas, quanto aos servidores públicos ativos.

Além disso, a análise da exposição de motivos contendo a justificativa do Poder Executivo através do Ministério da Economia quanto à necessidade e viabilidade da proposta encaminhada é importante elemento de estudo para as considerações desenvolvidas no presente trabalho.

Lastreada no princípio da eficiência e na necessidade de se limitar os gastos públicos, a alteração constitucional proposta baseia-se em três grandes orientações[2]:

(a) modernizar o Estado, conferindo maior dinamicidade, racionalidade e eficiência à sua atuação;

(b) aproximar o serviço público brasileiro da realidade do país; e

(c) garantir condições orçamentárias e financeiras para a existência do Estado e para a prestação de serviços públicos de qualidade.

Pretende-se, assim, estabelecer mecanismos de gestão de recursos humanos mais ágeis ao Estado, permitindo-se uma maior dinâmica na contratação e demissão de servidores públicos, além de uma maior aproximação dos entes públicos com a iniciativa privada. Segundo a mensagem de encaminhamento, estas e outras medidas geram uma maior efetividade, eficiência e eficácia na atuação estatal.

A título de exemplo, a PEC 32/2020 cria novos vínculos jurídicos nas contratações estatais, passando a coexistirem no ordenamento jurídico o vínculo de experiência, o vínculo por prazo determinado, o cargo de liderança e assessoramento e os cargos por vínculo indeterminado, subdivididos em cargos típicos e não típicos de Estado.

Naturalmente, se diversos os vínculos administrativos dos servidores com o Estado, diversos os tratamentos quanto a direitos e garantias, especialmente quanto à

[2] GUEDES, Paulo Roberto Nunes. **Proposta de Emenda à Constituição [32/2020]:** altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3E947D7DD624EBC533C615645554626A.proposicoesWebExterno1?codteor=1928148&filename=Tramitacao-PEC+32/2020. Acesso em: 10 out. 2020.

existência ou não de estabilidade prevista no artigo 41, caput e parágrafo 1º, da atual redação da Constituição Federal de 1988[3].

A discussão jurídica quanto às alterações constitucionais sugeridas é necessária mormente para se lograr um aprofundamento no debate e uma melhor qualificação dos parlamentares quando das votações futuras. Todavia, dados as diversas alterações propostas, há que se definir um escopo de análise pontual.

Neste trabalho, pretende-se analisar especificamente a sutil alteração proposta ao artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal que estabelece a base da fundamentação para o direito subjetivo a nomeação dos candidatos aprovados dentre o número de vagas dos concursos públicos.

Segundo a atual redação do dispositivo em epígrafe, "[...] durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira"[4].

Assim, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto em um edital de concurso público será convocado dentro do prazo de validade do certame. Inexiste margem discricionária ao Administrador Público, uma vez que ao publicar o edital, presume-se que o gestor já realizara toda a análise relativa à necessidade de contratação e disponibilidade financeira para tanto.

Logo, publicado o edital com uma determinada quantidade de vagas, vincula-se o administrador público àquelas disposições consideradas como as normas básicas do concurso. Inexiste, portanto, discricionariedade quanto à convocação ou não dos candidatos aprovados, mas apenas quanto ao momento da nomeação dentro do prazo de validade do certame. Trata-se de posição consolidada no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[5].

---

[3]BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020. Artigo 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

[4] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

[5] RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação

A PEC 32/2020 estabelece uma sutil alteração no artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal, mas que poderá representar um drástico efeito na convocação de candidatos aprovados em concursos públicos. Segundo a redação proposta: "IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público terá prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego público"[6].

A pequena mudança de redação onde o candidato aprovado em concurso público "[...] será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo [...]"[7] para "[...] terá prioridade sobre novos concursados para assumir cargo [...]"[8] representa, essencialmente, a desnecessidade de convocação do candidato aprovado.

Desta forma, o concurso público poderá ser realizado, a ordem de classificação definida, mas o candidato, ainda que aprovado em primeiro lugar, não terá direito subjetivo à nomeação, mas tão somente expectativa de direito quanto a um futuro provimento do cargo público vago.

O presente trabalho destina-se, portanto, a pontualmente a alteração proposta para se analisar a atual jurisprudência dos tribunais superiores quanto ao direito à nomeação dos candidatos aprovados em concursos públicos (2), bem como uma análise da inconstitucionalidade da alteração constitucional proposta (3) bem como conclusões relacionadas à necessidade de atuação e cobrança da população quanto aos parlamentares (4).

## 2 O DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSOS PÚBLICOS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há muito havia se consolidado no sentido de que dentro do prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado apenas possuiria direito à nomeação, acaso eventualmente preterido na ordem de classificação. Trata-se de entendimento consubstanciado na súmula 15, editada ainda no ano de 1963[9].

---

titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. [...] V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 598099 MS.** Repercussão geral em Recurso Extraordinário. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 ago. 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609362. Acesso em: 07 dez. 2020.

[6] GUEDES, op. cit., p. 2.

[7] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

[8] GUEDES, op. cit., p. 2.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 15.** Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964, p. 37.

Desta forma, a mera aprovação em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, geraria ao candidato apenas uma expectativa de direito de, surgindo a necessidade de provimento a ordem de classificação do concurso com prazo de validade vigente deveria ser seguida.

Já sob a égide da Constituição Federal de 88, o Supremo Tribunal Federal, baseado na disposição do artigo 37, inciso IV, estabeleceu o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas em concurso público. Isto porque, segundo defendido pelo Exmo. Ministro Ayres Britto, nos autos do RE 227.480, Relatora Min. Carmen Lúcia, DJe 21.8.2009[10], "[...] os candidatos não podem ficar reféns da conduta que, deliberadamente, deixa escoar o prazo de validade do concurso para, em seguida, prover os cargos mediante nomeação de novos concursados".

Segundo definido pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do momento em que o Administrador Público lança um edital para concurso, tem-se o pressuposto de que toda a análise de conveniência e oportunidade para publicação do certame, a análise da necessidade de preenchimento da vaga e os cálculos financeiros para provimento foram realizadas em um momento prévio.

Assim, após a publicação do edital, a administração já tem a certeza da necessidade e da viabilidade da contratação de um candidato aprovado. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, é possível, concluir, portanto, que[11]:

---

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário RE/227480 RJ.** Direitos constitucional e administrativo. Nomeação de aprovados em concurso público. Existência de vagas para cargo público com lista de aprovados em concurso vigente: direito adquirido e expectativa de direito. Direito subjetivo à nomeação. Recusa da administração em prover cargos vagos: necessidade de motivação. Artigos 37, incisos II e IV, da Constituição da República. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. Órgão julgador: Relator(a): Min. Menezes Direito. Redator(a) do acórdão: Min. Cármen Lúcia, 16 de setembro de 2008. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=157&dataPublicacaoDj=21/08/2009&incidente=5594&codCapitulo=5&numMateria=24&codMateria=2. Acesso em: 07 dez. 2020.
1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

[11] RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. [...] V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 598099 / MS.** Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 10 de agosto de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199510/false. Acesso em: 07 dez. 2020.

> [...] dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público.

Naturalmente, em hipóteses excepcionais, caracterizadas por superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade da situação concreta, é possível se cogitar da não nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas. Contudo, trata-se de hipótese excepcionalíssima, talvez possível de se cogitar em um cenário absolutamente imprevisível como o causado pela pandemia do coronavírus.

Já quanto aos candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que estes candidatos possuem mera expectativa de direito à nomeação. Assim, enquanto os candidatos aprovados dentro do número de vagas serão nomeados ao longo do prazo de validade do certame, os candidatos aprovados fora do número de vagas inicialmente previstos, em cadastro de reservas, por exemplo, terão mera expectativa de direito à nomeação[12].

Em uma nova oportunidade, o Supremo Tribunal Federal definiu, inclusive, a possibilidade de um candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital, ter a sua mera expectativa de direito convertida em direito subjetivo à nomeação, em hipóteses de flagrante contratação precária e burla ao concurso público.

Tratam-se de situações onde existente uma preterição arbitrária e imotivada da Administração Pública na convocação de candidatos aprovados em concursos públicos com certames ainda válidos[13].

---

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2.Turma). **Ag. Reg. em Mandado de Segurança 31790 AgR / DF**. Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Concurso público. Formação de cadastro de reserva. 4. Candidato aprovado em certame para formação de reserva não tem direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Gilmar Mendes, 29 de abril de 2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5875009. Acesso em: 07 dez. 2020.

[13] [...] 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados

Sedimentada, portanto, a posição dos tribunais brasileiros acerca do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público, dado o respeito ao princípio do concurso público, corolário do sistema de mérito onde todos são iguais perante a lei, sem qualquer tipo de distinção.

## 3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA MUDANÇA CONSTITUCIONAL PROPOSTA

A Proposta de Emenda à Constituição 32/2020 prevê uma mudança na redação do artigo 37, inciso IV para definir que "[...] IV- durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público terá prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego público".[14]

Diferentemente da atual redação do dispositivo que estabelece que "[...] durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira"[15], a mudança normativa proposta irá retirar do ordenamento jurídico um dos dispositivos constitucionais que sustenta o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concursos públicos.

Desta forma, procura a proposta de reforma administrativa, através da legítima tentativa de diálogo institucional entre os Poderes da República, superar a orientação jurisprudencial consolidada do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de atuação própria do Executivo e do Legislativo a tentativa de, por ato normativo primário, modificar a interpretação que tenha sido dada pelo Supremo Tribunal Federal a alguma norma constitucional[16].

Contudo, não deve prosperar a mudança constitucional proposta na tentativa de se reduzir os direitos dos candidatos aprovados em concursos públicos. Isto porque o diálogo institucional entre os poderes precisa ser pautado em uma linha argumentativa que se justifique e indique as razões da adoção dos fundamentos

---

no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 837311 / PI**. Relator: Min. Luiz Fux, 09 de dezembro de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10744965. Acesso em: 07 dez. 2020.

[14] GUEDES, op. cit., p. 2.

[15] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

[16] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 167.

sustentados para a mudança, não se podendo permitir apenas uma sobreposição de diferentes posicionamentos dos Poderes do Estado[17].

Além disso, o postulado do concurso público transforma-se em verdadeiro princípio que deve ser seguido pelos gestores e o edital, além de vincular aos candidatos que irão competir no certame também vincula a própria Administração Pública, podendo-se concluir pela existência de um princípio da acessibilidade aos cargos públicos[18].

A regra constitucional do concurso público prevista no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal[19] estabelece um verdadeiro direito a um justo procedimento de recrutamento com a confiança dos candidatos quanto à observância aos dispositivos constitucionais e legais, a exemplo da igualdade de condições e oportunidades dos candidatos[20].

A justa expectativa dos candidatos quanto a um justo procedimento também é corolário do princípio da boa-fé, uma vez que tanto no aspecto objetivo como no aspecto subjetivo do princípio, é possível se verificar uma confiança legítima dos cidadãos depositada na realização e cumprimento das regras do concurso público[21].

O princípio da segurança jurídica, especificamente consubstanciado no princípio da proteção à confiança depositada nas instituições públicas[22], não permite a realização de certames com expectativas frustradas aos candidatos a cargos públicos.

Após anos de estudos e dedicação, realização de gastos com inscrições, deslocamento e hospedagem, renúncias familiares e profissionais, tolher o candidato de seu direito a tomar posse em concurso a que fora aprovado dentro do número de vagas certamente viola o dever de boa-fé da administração pública.

---

[17] LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de. "Diálogo" entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018.

[18] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 143.

[19] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020. Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

[20] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

[21] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 927.

[22] COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n° 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, n. 237, 2004, p. 271-315. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376. Acesso em: 07 dez. 2020.

Conforme palavras do Ministro Luiz Fux[23]:

> Ao decidir pela necessidade de prover determinados cargos públicos, a Administração não pode agir em dissonância com as disposições do edital, uma vez que as instruções e exigências nele previstas originam uma relação de confiança com o administrado e a ensejam o surgimento de legítimas expectativas quanto ao seu cumprimento.

## 4 DAS CONCLUSÕES E A NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA DISCUSSÃO DA PEC 32/2020 NO CONGRESSO NACIONAL

Diante do modelo dos sistemas eleitoral e de governo brasileiros que permitem ao Presidente da República articular sua base de apoio junto ao Poder Legislativo através da distribuição de cargos ministeriais, cargos de Administração em empresas públicas e de recursos orçamentários entre os grandes partidos, há a possibilidade de se prever o resultado das votações orientadas pelo Executivo.

Além disso, é possível que sejam elencadas diversas críticas ao próprio modelo presidencialista brasileiro, a exemplo de um sistema partidário fragmentado que ameaçaria a governabilidade e a estabilidade do regime democrático, a ausência de partidos fortes, coesos e programáticos aptos a estruturar as preferências políticas dos eleitores, além da falta vínculos entre os parlamentares e seus eleitores[24].

A expressão presidencialismo de coalizão fora cunhada por Sérgio Abranches[25] exatamente para definir o sistema de governo brasileiro, onde a governabilidade e a estabilidade institucional passam pela formação de coalizões políticas entre o Poder Executivo e o Congresso Nacional, através de alianças e negociações.

É possível, portanto, prever que os acordos realizados com o Congresso Nacional poderão refletir-se em votos. Se o governo quiser negociar cargos e verbas orçamentárias em troca de votos durante a legislatura, os acordos firmados podem ser fiscalizados e corresponderão aos votos favoráveis às propostas de interesse do Executivo[26].

---

[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 837311 / PI**. Relator: Min. Luiz Fux, 09 de dezembro de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10744965. Acesso em: 07 dez. 2020.

[24] PIVA, Otávio. **Presidencialismo sem coalizão: a ruptura do modelo de relacionamento entre poderes no governo Collor.** 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 32.

[25] ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988, p. 5-34.

[26] SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão.** Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ, 2003.

Desta forma, no Brasil em que pese o pluripartidarismo pode-se afirmar que na prática existem apenas três partidos: os que votam com o governo, os que votam contra o governo e os que vislumbram a melhor oportunidade casuisticamente[27].

Além disso, o índice de produção legislativa do Congresso Nacional é muito baixo, sendo certo que há uma excessiva demora na aprovação dos projetos de lei oriundos do Legislativo, o que não ocorre com a análise dos projetos de lei oriundos do Executivo. Estes, ainda, quando aprovados, são consideravelmente menos alterados ou vetados em comparação com as proposições emanadas do próprio Legislativo[28].

Tal fato ocorre porque no Brasil, diferentemente de outros países, em razão da forma proporcional de eleição, o deputado desconhece seu verdadeiro eleitor, haja vista que boa parte dos votos do parlamentar não foram originalmente a ele destinados, mas a um outro membro da sua coligação ou partido político, sendo certo que inexiste uma identificação entre eleitor e representante[29].

Desta forma, o legislativo de países outros profere votos segundo orientação e pensamento de seus eleitores, enquanto o parlamentar brasileiro vincula-se de forma bastante clara ao Executivo – seja a favor ou contra – baseando suas decisões conforme a situação ou a oposição[30].

Figueiredo e Limongi entendem que a atuação do parlamento brasileiro é bastante previsível e que detendo os líderes o poder de agenda do que será votado, é possível prever-se quase com elevado grau de certeza o resultado de determinada votação[31].

Assim, é possível concluir que a discussão individual com cada parlamentar precisa ser feita e provocada pela população para o aprofundamento de tão relevante tema para a administração pública. O silêncio nas discussões tende a gerar a aprovação da PEC 32/2020 com a mínima oposição, dado o reduzido número histórico de alterações legislativas propostas em projetos do Executivo.

A PEC 32/2020 ao buscar alterar, em um diálogo institucional, a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas de concursos públicos, acaba por frustrar a legítima expectativa depositada pelos administrados nas instituições públicas.

---

[27] TEMER, Michel. O Congresso Nacional e a reforma política. *In:* MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (coord.). **Direito do Estado:** novos rumos: tomo 1: Direito Constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 13-22.

[28] MOISÉS, José Álvaro. Desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995 – 2006). **Cadernos Adenauer XII**, Rio de Janeiro, n. 2, set. 2011.

[29] SANTOS, op. cit.

[30] MACIEL, Igor Moura. O poder de agenda do Congresso Nacional: o exercício da liberdade do poder legislativo face às frequentes ingerências do Executivo. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1.067–1.082, maio/ago. 2015, p 1.075.

[31] FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

Princípio corolário da segurança jurídica e da boa-fé da Administração Pública, a acessibilidade aos cargos públicos exige uma confiança do administrado quanto às regras do certame que irá seguir, assim como à legítima expectativa de que se aprovado após isonômica competição com outros candidatos, será nomeado e empossado no cargo público almejado.

Entende-se, portanto, pela necessária rejeição da alteração proposta ao artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal, mantendo-se na íntegra a atual redação do dispositivo.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988, p. 5-34.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2.Turma). **Ag. Reg. em Mandado de Segurança 31790 AgR / DF**. Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Concurso público. Formação de cadastro de reserva. 4. Candidato aprovado em certame para formação de reserva não tem direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Gilmar Mendes, 29 de abril de 2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5875009. Acesso em: 07 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 598099 MS.** Repercussão geral em Recurso Extraordinário. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 ago. 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609362. Acesso em: 07 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 598099 / MS.** Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 10 de agosto de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199510/false. Acesso em: 07 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário RE/227480 RJ.** Direitos constitucional e administrativo. Nomeação de aprovados em concurso público. Existência de vagas para cargo público com lista de aprovados em concurso vigente: direito adquirido e expectativa de direito. Direito subjetivo à nomeação. Recusa da administração em prover cargos vagos: necessidade de motivação. Artigos 37, incisos II e IV, da Constituição da República. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. Órgão julgador: Relator(a): Min. Menezes Direito. Redator(a) do acórdão: Min. Cármen Lúcia, 16 de setembro de 2008. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=157&dataPublicacaoDj=21/08/2009&incidente=5594&codCapitulo=5&numMateria=24&codMateria=2. Acesso em: 07 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 837311 / PI**. Relator: Min. Luiz Fux, 09 de dezembro de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10744965. Acesso em: 07 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 15.** Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964, p. 37.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n° 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, n. 237, 2004, p. 271-315. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376. Acesso em: 07 dez. 2020.

GUEDES, Paulo Roberto Nunes. **Proposta de Emenda à Constituição [32/2020]:** altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3E947D7DD624EBC533C615645554626A.proposicoesWebExterno1?codteor=1928148&filename=Tramitacao-PEC+32/2020. Acesso em: 10 out. 2020.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de. "Diálogo" entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018.

MACIEL, Igor Moura. O poder de agenda do Congresso Nacional: o exercício da liberdade do poder legislativo face às frequentes ingerências do Executivo. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1.067–1.082, maio/ago. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOISÉS, José Álvaro. Desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995 – 2006). **Cadernos Adenauer XII**, Rio de Janeiro, n. 2, set. 2011.

PIVA, Otávio. **Presidencialismo sem coalizão: a ruptura do modelo de relacionamento entre poderes no governo Collor.** 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão.** Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ, 2003.

TEMER, Michel. O Congresso Nacional e a reforma política. *In:* MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (coord.). **Direito do Estado:** novos rumos: tomo 1: Direito Constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 13-22.

# DIALOGANDO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO FORMAS DE ALCANÇAR O INTERESSE PÚBLICO

*DIALOGUE WITH PUBLIC ADMINISTRATION:*
*MEDIATION AND CONCILIATION AS WAYS TO ACHIEVE PUBLIC INTEREST*

Patricia Dornelles Schneider[1]

**Resumo**: No presente artigo, fizemos uma breve análise histórica do conceito de interesse público, atrelado também aos princípios de supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Com essa análise histórica e conceitual, chegando a uma nova significação desses princípios atinentes ao Direito Administrativo, abordamos as recentes legislações que trazem para o Direito Público a noção de consensualidade, com novos paradigmas que não só permitem mas estimulam a autocomposição no âmbito da Administração Pública. Ao estudarmos a evolução histórica do conceito de interesse público, em especial dos seus princípios gerais, analisamos a edição da Lei 13.140, de 25/06/2016, que dispõe, no seu capítulo II, sobre a autocomposição no âmbito da Administração Pública, como forma de resolução consensual de conflitos. Assim, com a transformação do Direito Administrativo ao longo da história, é possível encontrar na legislação atual, a autorização e o estímulo para a realização de autocomposição no âmbito da Administração Pública, como forma de resolução pacífica de conflitos, possibilitando que a o Ente Público alcance o seu desiderato, ou seja, o interesse público ou da coletividade.
**Palavras-chave**: Administração Pública. Interesse Público. Supremacia do interesse Público. Indisponibilidade. Consensualidade. Métodos adequados de Resolução de Conflitos. Mediação e Conciliação. Lei 13.140/2016. Autocomposição.

***Abstract:*** *In this article, we made a brief historical analysis of the concept of public interest, also linked to the principles of supremacy and unavailability of the public interest. With this historical and conceptual analysis, reaching a new meaning of these principles pertaining to Administrative Law, we approach the recent laws that bring to the Public Law the notion of consensuality, with new paradigms that not only allow but stimulate self-composition within the scope of Public Administration. When studying the historical evolution of the concept of public interest, especially its general principles, we analyzed the edition of Law 13.140, of 06/25/2016, which provides, in its chapter II, on self-composition within the scope of Public Administration, as consensual conflict resolution. Thus, with the transformation of Administrative Law throughout history, it is possible to find in current legislation, authorization and encouragement for self-composition within the scope of Public Administration, as a way of peaceful resolution of conflicts, enabling the Public Entity to reach its desideratum, that is, the public or collective interest.*
***Keywords:*** *Public Administration. Public interest. Supremacy of Public Interest. Unavailability. Consensuality. Appropriate Conflict Resolution Methods. Mediation and Conciliation. Law 13.140 / 2016. Self-composition.*

[1] Procuradora Municipal de Porto Alegre.

## 1 INTRODUÇÃO

O conceito de interesse público sofreu transformação ao longo da história, modificando em grande parte a dogmática do Direito Administrativo.

Nas lições de Rafael Maffini[2]:

> O direito administrativo — como de resto todas as áreas da ciência jurídica — vem enfrentando uma crise de paradigmas, uma vez que tende a superar conceitos e premissas que lhe serviram de base, substituindo-os por outros mais consentâneos com o atual estágio evolutivo da sociedade pós-moderna e massificada. Enfim, o direito público vem buscando paradigmas teóricos compatíveis com a noção atual de Estado.

Essas transformações refletem, atualmente, na edição de legislações que autorizam e estimulam a Administração Pública a buscar alternativas de resolução de seus conflitos de forma mais horizontal, buscando a consensualidade e o diálogo com a sociedade, que é, ao fim e ao cabo, a destinatária de suas políticas públicas.

O chamado microssistema de mediação, que pode ser resumido pela edição da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015, artigos 3º, 165/175) e da Lei nº 13.140/2016, são marcos regulatórios da consensualidade como forma de resolução pacífica de conflitos, trazendo para a esfera pública também a possibilidade de dialogar.

## 2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

Em contraposição ao atual Estado Democrático de Direito, tivemos o Estado unilateral ou absolutista. No absolutismo, a concepção de poder divino emanado do Rei, Monarca ou do Príncipe, vigorava como sendo a pedra de toque de todo o sistema, inclusive no âmbito da responsabilidade civil do Estado, já que nesse caso, não havia a responsabilização civil por atos que causassem danos a terceiros, sendo a vontade do soberano irretocável (*The king can do not wrong)*.

É a partir da queda do absolutismo e do surgimento do Estado de Direito que a atuação administrativa passa a ser pautada pela atuação responsável dos seus atos, com estreita vinculação ao conceito de interesse público.

A proteção jurídica dos administrados por meio da lei (Estado de Direito ou Estado legal) passa então a representar a ideia de interesse público, com a distinção entre o interesse público e o privado.

---

[2] MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, jan. 2010. DOI: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8051. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8051. Acesso em: 28 out. 2020.

Embora não seja alçado a princípio, o interesse público, no ordenamento jurídico brasileiro, é posto como fundamento do Estado.

A ideia de supremacia do interesse público, nesta seara, foi estabelecida na base do Direito Administrativo brasileiro, que o considerou hierarquicamente superior ao interesse privado ou particular, sendo que no conflito entre ambos, deve incidir a regra da supremacia do interesse público.

Ao lado da regra da supremacia do interesse público, também a construção da noção de direito público indisponível foi sedimentada, como forma de afirmar que não cabe ao administrador fazer valer o seu interesse privado em detrimento do público.

Na última década, em especial, há novas reflexões sobre esses conceitos e seus limites, com importantes transformações no Direito Público.

Importante referir que o interesse público deve ser sempre compreendido como um fator intertemporal, ou seja, que se modifica de acordo com as necessidades e adequações de seus destinatários.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello[3]:

> O interesse público, o interesse do todo, nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade de gerações de seus nacionais.

Assim, na afirmativa de que o interesse público se apresenta de forma intertemporal, não há como se conceber o interesse público de forma prévia e abstrata, sem a análise do caso concreto, mediante avaliação participativa entre o gestor público, os órgãos ou entidades públicas envolvidos.

Relacionada à noção de interesse público, a idéia de indisponibilidade do interesse publico consiste na afirmativa de que não cabe ao administrador fazer valer seu interesse em detrimento do particular.

Ora, em uma nova perspectiva, tem se defendido uma reconstrução do significado do interesse público, já que a hierarquia dos interesses não seria absoluta, na medida em que apenas a análise do caso concreto e de suas circunstâncias, poderia resolver o conflito de princípios, havendo a necessidade também de sopesar o princípio da eficiência disposto no art. 37, da CF/88.

Conforme Cleuler Barbosa das Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho[4]: "[...] o interesse público é considerado – mesmo pelos que defendem a idéia de supremacia e

[3] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p 182.

indisponibilidade – como algo intertemporal, que se modifica de acordo com as necessidades e adequações dos seus destinatários".

Os mesmos autores afirmam que o interesse público, no atual contexto, não pode ser concebido como obstáculo à idéia de consensualidade administrativa, devendo haver compatibilização entre necessidade do Estado e necessidade da sociedade.

O aumento e utilização dos mecanismos de consenso representam um abandono de um viés autoritário em benefício de um viés democrático, com uma participação mais efetiva da sociedade.

Para José Luiz de Moura Faleiros Júnior[5]:

> O Estado Democrático de Direito passa a ser norteado por uma proposta de redefinição de conceitos como democracia, soberania popular, cidadania, separação entre o público e o privado, além de outros, e, com isso, busca-se inserir os cidadãos como atores efetivos nos processos de tomada de decisões. Este movimento rompe com o paradigma jurídico anterior – que simplesmente buscava valorizar a pretensão de um confuso e pouco delineado 'bem-estar' dos cidadãos – para instalar na sociedade um modelo pautado no diálogo, na negociação, no acordo, na coordenação, na descentralização, na cooperação e na colaboração entre os indivíduos e o Estado, o que explicita com clareza o emprego do termo 'consenso'.

A ideia de práticas consensuais de solução de conflitos está inserida em uma visão geral do próprio acesso à justiça, como direito fundamental disposto na Constituição Federal – art.5º, XXXV.

De acordo com a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[6]: "No Direito Administrativo jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar o modo de se atingi-lo com maior eficiência."

A ideia de indisponibilidade do interesse público como causa motivadora da impossibilidade de o ente público conciliar não se confunde, portanto, com os meios de dispor do interesse público.

Não se pode mais confundir indisponibilidade do interesse público com disponibilidade do direito patrimonial. Muitas vezes, a disposição do direito patrimonial implica exatamente na concretização do interesse público.

---

[4] NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa - RIL**, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63. Acesso em: 2 dez. 2020. p. 63-64.

[5] FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. A administração pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, 2017.

[6] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 154.

Por exemplo, se o conflito entre o particular e a Administração é eminentemente patrimonial e, se ele versar sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes através de autocomposição, os direitos são, portanto, disponíveis e o interesse público poderá ser atingido (entendimento consentido entre as partes com economia de tempo/ dinheiro).

## 3 O MARCO REGULATÓRIO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

No entendimento de Luis Alberto Warat:[7]

> Novas possibilidades de resolução dos conflitos baseadas nas necessidades, nos desejos e nos interesses das partes, sob forma da integração e não de enfrentamento reciprocamente destrutivo do outro. A mediação, em termos abstratos, seria uma dessas alternativas mais proveitosas na resolução dos conflitos.

Em tempos de assombrosas desestruturas, surge a necessidade de buscar soluções alternativas e adequadas para os conflitos envolvendo a Administração Pública.

A mediação e a conciliação surgem neste cenário como uma possibilidade de restabelecer o diálogo entre as partes, sendo um lugar criado para auxiliar os próprios envolvidos a encontrar e construir a melhor solução para o conflito. O mediador, neste processo, é o terceiro imparcial que, através de técnicas adequadas, busca construir a ponte perdida entre as partes, restabelecendo o diálogo a fim de se chegar a um consenso.

A mediação foi inicialmente disciplinada no Brasil pela Lei federal 13.140, de 26/06/2015, marco regulatório do tema no País, com capítulo específico para a autocomposição envolvendo a Administração Pública (capítulo II).

Já o Código de Processo Civil de 16/03/2015, no seu art. 174, disciplina que todos os entes públicos deverão criar câmaras de conciliação e mediação para solucionar administrativamente conflitos envolvendo a Administração Pública.

O art. 175, cáput, do CPC, diz que não são excluídas outras formas de mediação e conciliação extrajudiciais, que podem ser feitas por profissionais independentes, nos termos de lei específica, sendo tais disposições aplicáveis às Câmaras de Conciliação e Mediação, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo.

Com a legislação dispondo e estimulando os meios adequados ou alternativos de resolução de conflitos, dentre eles a mediação, a conciliação e a arbitragem no âmbito da Administração Pública, está normatizada a ideia de uma consensualidade, que é fenômeno recente e que leva a Administração a adotar mecanismos de diálogo, composição e engajamento do administrado na consecução de finalidades públicas.

[7] WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo:** a mediação no Direito. [S.l.]: Modara, 2018. p. 25.

A consensualidade atua tanto na perspectiva de fundamento da ação administrativa, como na perspectiva do método da atividade administrativa e nos instrumentos de atuação administrativa.

Convém novamente relembrar que o CPC/2015 e a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) previram a criação pela Administração Pública dos vários entes da Federação, das chamadas câmaras especializadas de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

A lei também dispôs que regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras, bastando que preveja o procedimento adequado sobre a negociação como método de resolução desses litígios.

Exemplificando, no Município de Porto Alegre, em 27/01/2016, houve a concretização do comando disposto no art. 174 do Código de Processo Civil de 2015, com a criação e regulamentação da Câmara de Mediação e Conciliação, inserida na denominada Central de Conciliação do Município de Porto Alegre (Lei 12.003/2016, regulamentada pelo Decreto 19.519/2016).

## 4 CONCLUSÃO

O contexto histórico mostra que a consensualidade administrativa ganhou normatização e pode ser considerada como parte integrante do Estado Democrático de Direito.

O interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, deve se adequar a realidade política e social, demonstrando-se de forma intertemporal, portanto, não podendo ser reconhecido e interpretado como imutável ou estanque.

Ainda, conforme o magistério de Figueiredo Moreira Neto[8]:

> As consensualidades tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

A escolha do método de resolução mais indicado para determinada disputa deve levar em consideração as características específicas do conflito, as vantagens e desvantagens em cada procedimento e aspectos como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado, dentre outros.

[8] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Apud SALOMÃO, Luis Felipe; DRUMOND, Mônica. **Métodos online de resolução de litígios**. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/metodos-online-de-resolucao-de-litigios/. Acesso em: 24 set. 2020.

A preferência pela busca de meios adequados de resolução dos conflitos ganha força com a normatização da autocomposição pela Administração Pública, e tem a sua concretude nas câmaras de mediação e conciliação públicas, sendo dever de cada um e de todos estimular e capacitar tal instrumento, como verdadeira política pública de resolução de conflitos, de forma a alcançar o verdadeiro desiderato da Administração Pública que é atender a coletividade ou o bem comum, considerando-se aqui o moderno conceito de uma boa e eficiente Administração.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. A administração pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, 2017.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, jan. 2010. DOI: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8051. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8051. Acesso em: 28 out. 2020.

MEDAUER, Odete. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 35.ed. [S.l.]: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa - RIL**, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63. Acesso em: 2 dez. 2020. p. 63-64.

SALOMÃO, Luis Felipe; DRUMOND, Mônica. **Métodos online de resolução de litígios**. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/metodos-online-de-resolucao-de-litigios/. Acesso em: 24 set. 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 24, jan./fev. 2011.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 3.ed. [S.l.]: Forense, 1957.

SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da administração Pública: comentários ao artigo 174 do Novo Código de Processo Civil. *In:* TALAMINI, Eduardo (coord.). **Processo e administração pública**. (coord.). Salvador: Juspodivm, 2016.

VALIATTI, Thiago, HUNGARO, Luis; MORETTINI e CASTELLA, Gabriel. **Lei de introdução e o Direito Administrativo**. [S.l.]: Lumen Juris, 2019.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo:** a mediação no Direito. [S.l.]: Modara, 2018.

# PARECERES

# Direito Eleitoral. Calamidade pública. Distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública

Jhonny Prado da Siva[1]

PARECER INDIVIDUAL N. 1206/2020
PROCESSO SEI: 20.0.000036260-4
INTERESSADO: FORÇA-TAREFA PGM COVID-19

EMENTA: Direito Administrativo. Direito Eleitoral. Condutas vedadas em período Eleitoral. Lei 9.504/97. Situação excepcional de calamidade pública de âmbito internacional em decorrência do coronavírus. Estado de Emergência declarado pelo governo federal pela Portaria nº 188/2020. Estado de calamidade em âmbito federal reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6 de 2020. Decreto Estadual 55.128, de 2020. Decreto municipal de calamidade pública nº 20.534, de 2020. Exceção legal configurada. Art. 73 da Lei 9.504/97. Jurisprudência do TSE no mesmo sentido. Possibilidade jurídica da distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública.

ÍNTEGRA DO PARECER disponível no site da PGM.

[1] Procurador Municipal de Porto Alegre.

# Construção Civil.
# Proibição da atividade durante o estado de calamidade - COVID-19

Eleonora Braz Serralta[2]

PARECER INDVIDUAL N. 1207/2020
PROCESSO SEI: 20.0.000012590-4
INTERESSADO: RCORREA ENGENHARIA LTDA.

Ementa: Construção Civil. Proibição da atividade durante o estado de calamidade -COVID-19. Suspensão dos prazos para cumprimento de obrigações em Termos de Compromissos firmados no âmbito do processo de licenciamento urbano-ambiental. Adiamento por 35 dias das datas aprazadas.

ÍNTEGRA DO PARECER disponível no site da PGM.

[2] Procuradora Municipal de Porto Alegre.

# DEVER DE INDENIZAR DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Patricia Dornelles Schneider[3]

PARECER INDVIDUAL N. 1208/2020
PROCESSO SEI: 20.0.000035386-9
INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL ADJUNTA
DE URBANISMO E MEIO AMBIENTE - PGA/DPUMA

EMENTA: Direito Civil. Direito Administrativo e Constitucional. Pandemia. COVID-19. Competências Constitucionais. Federalismo de Cooperação. Interesse Local. Art. 30, I E II da CF/88. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, §6, CF/88. Fato do Príncipe. Caso fortuito e força maior. Fatos imprevisíveis. Dever de indenizar. Excludentes do Nexo Causal.

ÍNTEGRA DO PARECER disponível no site da PGM.

[3] Procuradora Municipal de Porto Alegre.

# Lei Complementar nº 851/2019. Vantagens devidas a servidores: concessão de avanços. extinção de adicional de tempo de serviço

Paula Carvalho da Silva Kleinowski[4]

PARECER INDVIDUAL N. 1209/2020
Processos SEI: 19.0.000078436-5, 19.13.000007845-1, 19.0.000110095-8, 19.13.000005414-5, 19.0.000148343-1, 19.0.000119472-3, 19.0.000103420-3, 19.0.000152572-0, 19.0.000090810-2, 19.0.000101127-0, 19.0.000136453-0
INTERESSADO: SMPG e PREVIMPA

EMENTA: Termo inicial da vedação à majoração de gratificações por regime especial de trabalho em razão de tempo de serviço e do cálculo e pagamento da parcela individual. Averbação de tempo de serviço e concessão de vantagens temporais com utilização de tempo de serviço averbado. Interpretação a ser conferida aos dispositivos que asseguram vantagens adquiridas anteriormente à vigência da lei. Incorporação de gratificação de função e da parcela remuneratória. Pagamento da gratificação pelo desempenho de gestão. Aplicação da lei complementar a servidores investidos no cargo de procurador municipal. Revisão de atos e da concessão de vantagens com base em nova interpretação.

ÍNTEGRA DO PARECER disponível no site da PGM.

[4] Procuradora Municipal de Porto Alegre.

# Regularização Fundiária. REURB-S. Lei 13.465/17. Regularização de lotes em área pública

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira[5]

PARECER INDVIDUAL N. 1210/2020
PROCESSOS SEI: 19.14.000001857-0
INTERESSADO: DEMHAB

EMENTA: Regularização fundiária. Lei 13.465/17. REURB-S. Legitimação fundiária. Regularização de lotes em área pública. Aquisição originária do direito real de propriedade. Outorga administrativa conforme requisitos legais. Possibilidade de destinação de título de legitimação fundiária à pessoa signatária de instrumento jurídico anterior (oneroso ou não) de garantia de posse com o poder público municipal como: concessão de direito real de USO-CDRU, permissão remunerada de USO-PRU, concessão de uso especial para fins de MORADIA-CUEM ou contrato de superfície não registrado no registro de imóveis. Inexistência de renúncia de receita. Entendimento que não contraria as orientações jurídicas homologadas no Parecer PGM 1204/19. Loteamento Vila dos Ferroviários.

ÍNTEGRA DO PARECER disponível no site da PGM.

[5] Procuradora Municipal de Porto Alegre.

# Reparação Ambiental. Infração. Termo de Compromisso Ambiental (TCA)

Daniela Copetti Cravo[6]

PARECER INDVIDUAL N. 1211/2020
INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE E DA SUSTENTABILIDADE (SMAMS). PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO (PGM).
PROCESSOS SEI: 001.037195.13.1.00000

EMENTA: Infração. Reparação Ambiental. Decisão em Processo Administrativo. Obrigação de Fazer. Caso não haja cumprimento voluntário após notificação pela SMAMS da decisão condenatória que estabelece a compensação ambiental, e não sendo firmado o TCA, será necessário o ajuizamento de ação de obrigação de fazer, nos moldes do artigo 9º do Decreto n.º 19.034/2015, que regulamenta a LC n.º 757/2015. No entanto, antes do envio do processo administrativo à PGM para propositura da ação de obrigação de fazer, deve ser verificado se o infrator não tem interesse em firmar o TCA (Termo de Compromisso Ambiental), no qual serão ajustadas as condições e as obrigações a serem cumpridas pelo infrator, visando à reparação do dano ambiental, cuja oferta deve ser renovada pela Secretaria após a decisão administrativa.

ÍNTEGRA DO PARECER disponível no site da PGM.

[6] Procuradora Municipal de Porto Alegre.

# Dívida pretérita de IPTU/TCL. Inexistência de responsabilidade solidária. Interpretação do art. 130 do Código Tributário Nacional

Cristiane da Costa Nery[7]

PARECER INDVIDUAL N. 1212/2020
PROCESSOS SEI: 20.0.000010953-4
INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA – DRI/RM

EMENTA: Inexistência de responsabilidade solidária entre os adquirentes de unidades autônomas pela dívida pretérita de IPTU/TCL incidente sobre o todo maior do imóvel. Responsabilidade tributária incidente é proporcional à quota-parte ou fração ideal da propriedade adquirida, demonstrada a individualização. Interpretação do caput do art. 130 do CTN consolidada no TJRS e STJ.

ÍNTEGRA DO PARECER disponível no site da PGM.

[7] Procuradora Municipal de Porto Alegre.

# Termo De Compensação Vegetal - TCV

Igor Moura Maciel[8]

PARECER INDVIDUAL N. 1213/2020
PROCESSOS SEI: 18.0.000073262-8
INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE E DA SUSTENTABILIDADE DE PORTO ALEGRE - SMAMS

EMENTA: Termo de Compensação Vegetal - TCV. Município de Porto Alegre. Prescrição. Obrigação de reparar o dano ambiental. Aplicação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Imprescritibilidade.

ÍNTEGRA DO PARECER disponível no site da PGM.

[8] Procurador Municipal de Porto Alegre.

PARECER
COLETIVO

# Contratos administrativos de prestação de serviços e parcerias. Pandemia de COVID-19

Carlos Eduardo da Silveira
Albert Abuabara
Alexandre da Fontoura Dionello
Felipe de Sousa Menezes[9]

PARECER COLETIVO N. 212/2019
PROCESSO SEI Nº: 20.0.000034080-5
INTERESSADO: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

EMENTA: Efeitos da pandemia de COVID-19 nos contratos administrativos de prestação de serviços de caráter continuado e nas parcerias com as organizações da sociedade civil, sem fins lucartivos, regidas pela Lei nº 13.019/14. Caso fortuito ou força maior.

ÍNTEGRA DO PARECER disponível no site da PGM.

[9] Procuradores Municipais de Porto Alegre.

# MUNICÍPIO EM JUÍZO

# Área do direito:
# Direito tributário municipal

## ITBI – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA POR INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER ATIVIDADE ECONÔMICA EXERCIDA PELA EMPRESA. IMÓVEIS INCORPORADOS PELA EMPRESA UTILIZADOS PARA FINS PESSOAIS DOS SÓCIOS. DESVIRTUAMENTO DA FINALIDADE SOCIAL DA EMPRESA. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA CONCESSÃO DA IMUNIDADE.

Ana Catarina Dantas Fontes da Cunha Lexau[1]

ARE 1.255.382 AGR/RS
AÇÃO ORDINÁRIA N. 001/1.16.0047303-3
AUTOR: LAC PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA.
RÉU: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADORES MUNICIPAIS: JANINE LUEHRING GIONGO, SYLVIO ROBERTO CORRÊA DE BORBA, RICARDO FELIPE CAMPOS DE MELLO, ROBERTO SILVA DA ROCHA.

### COMENTÁRIOS

Referida ação ordinária tratou da análise do pedido de imunidade tributária relativa ao ITBI, com base no art. 156, II, § 2º, I, da CF/88, sob o argumento de que os imóveis foram incorporados à empresa autora em realização de capital social.

A autora da ação sustentou a anulação do AL n.°000842.00/2016, alegando que não incide ITBI quando a transmissão de imóveis ocorre a título de integralização de capital social. Alegou não possuir receita, preponderantemente, advinda de atividade locação ou venda de propriedade imobiliária, sendo, portanto, cabível a imunidade nos artigos 156, II, §2°, I, da CF/88, e artigo 36, do CTN.

O Município, em sua defesa, sustentou a regularidade do auto de lançamento, tendo em vista que, durante o período de apuração da atividade preponderante, a empresa restou inativa economicamente, ficando claro que os imóveis integralizados não se destinaram à expansão empresarial, servindo sim a atividades estranhas ao objeto social da empresa, como, por exemplo, para fins residenciais de um dos sócios.

A sentença foi pela procedência do pedido, para reconhecer a imunidade tributária da autora relativamente ao ITBI incidente sobre a transferência de imóveis para integralização de capital social, desconstituindo o AIL nº 000842.00/2016.

Com isso, o Município interpôs apelação, afirmando a correção do auto de lançamento, objeto da lide, pois, em que pese vasto patrimônio, a empresa não registrou qualquer

[1] Procuradora Municipal de Porto Alegre. Atua na Procuradoria Tributária–PTR/PGA-AF.

atividade econômica durante o período avaliado. Sendo assim, a empresa não preencheu os requisitos constitucionais e legais para a concessão da imunidade pleiteada.

Isso pois a Carta Magna, com a previsão da referida imunidade, objetivou o progresso das empresas e, em consequência, o crescimento econômico do País, mediante instrumento voltado ao incremento da produção nacional de bens e serviços, haja vista a outorga de imunidade às pessoas jurídicas adquirentes de bens em situações especiais. O que se conclui é que, se a empresa se apresentou inativa no período de apuração, ou seja, não realizou qualquer operação empresarial com intuito de auferir receita, o efetivo aumento de capital social apenas serviu para alterar a propriedade dos bens imóveis descritos na inicial.

Ademais, a documentação juntada aos autos comprovou que os imóveis incorporados estavam sendo utilizados para uso residencial dos sócios, num evidente desvirtuamento da finalidade da empresa (gestão de empresas, administração imobiliária, compra e venda de imóveis e locação), conforme previsto no seu contrato social.

Nesse sentido, foi o julgamento do apelo, cujo acórdão restou assim ementado:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA ITBI. BENS INCORPORADOS AO PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍDICA PARA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL. IMUNIDADE. ATIVIDADE PREPONDERANTE. AUSÊNCIA DE RECEITA OPERACIONAL. O Imposto de Transmissão Inter Vivos não incide na transmissão de bens imóveis, para integralizar o capital social, salvo se utilizados na atividade preponderante de compra e venda, locação ou arrendamento desses bens, pela empresa adquirente (art. 156, § 2º, inciso I da CF). A atividade econômica e a partilha entre si dos resultados são características indispensáveis ao conceito de empresa, nos termos do art. 981 do Código Civil. Receita operacional é um dos componentes da definição constitucional da imunidade. Não havendo atividade econômica e receita operacional, a empresa não preenche o requisito indispensável para o gozo da imunidade prevista na Constituição Federal, disciplinada no art. 37 do CTN. Precedente desta Câmara. Além disto, vistoria realizada pela fiscalização do Município revela desvirtuamento da finalidade social da sociedade já que os imóveis incorporados estão sendo utilizados para moradia dos sócios da empresa. Legalidade do lançamento impugnado. Apelação provida. (Apelação Cível, Nº 70075302935, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em: 11-10-2017)

Interpostos Recursos Excepcionais, a parte não obteve êxito junto aos Tribunais Superiores, restando as decisões em instância final, em anexo, a consolidar a tese municipal relacionada à imunidade tributária, mantendo hígida a atuação do fisco e a cobrança do ITBI dos imóveis que não atendem aos requisitos constitucionais e legais para a obtenção do benefício fiscal.

Cumpre, por fim, mencionar que o entendimento exarado no julgado acima não vai de encontro à *ratio decidendi* externada no julgamento do RE 796376/SC, que firmou a seguinte tese: "A **imunidade** em relação ao **ITBI**, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da

Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado."

No referido julgado, prevaleceu o voto do Redator, no sentido de que, para a verificação da primeira parte do inc. I do § 2º do art. 156 da CF/88 não se deve aplicar a ressalva de análise da atividade preponderante, conforme se extrai do seguinte trecho do julgado:

> Em outras palavras, a segunda oração contida no inciso I - " nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil" - revela uma imunidade condicionada à não exploração, pela adquirente, de forma preponderante, da atividade de compra e venda de imóveis, de locação de imóveis ou de arrendamento mercantil. Isso fica muito claro quando se observa que a expressão "nesses casos" não alcança o "outro caso" referido na primeira oração do inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF.

Contudo, no caso concreto, o entendimento que prevaleceu é outro: a inatividade da empresa pela ausência de receita operacional não implementa a condição para o gozo da imunidade prevista no art. 156 da Constituição Federal, pois desvirtua os fins de fomento da economia para os quais a imunidade restou prevista.

PGM/PTR, 06 de novembro de 2020.

## SENTENÇA

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**15/05/2020 PLENÁRIO**

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.255.382 RIO GRANDE DO SUL**

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE
AGTE.(S) : LAC PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS LTDA.
ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO KIRCHHOF
ADV.(A/S) : THOMAS SOARES ZUCCHETTI
ADV.(A/S) : RAQUEL HECK MARIANO DA ROCHA
AGDO.(A/S) : MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

**EMENTA**

**Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. ITBI. Integralização de imóvel ao capital social. Imunidade. Atividade preponderante. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes.**

1. Não se presta o recurso extraordinário para o reexame dos fatos e das provas dos autos (Súmula nº 279/STF), tampouco para a análise da legislação infraconstitucional.

2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC).

3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 8 a 14/5/20, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC), nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli (Presidente).

**Brasília, 15 de maio de 2020.**
**Ministro Dias Toffoli**
**Presidente**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):**

Trata-se de tempestivo agravo regimental contra decisão mediante a qual neguei seguimento ao recurso, sob os fundamentos de ausência de ofensa constitucional direta e de incidência da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

Sustenta a parte agravante, em síntese, a inaplicabilidade dos óbices apontados.

Em atenção ao princípio da celeridade processual e por não verificar prejuízo para a parte agravada, deixei de abrir prazo para contrarrazões.

É o relatório.

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):**

A irresignação não merece prosperar.

Isso porque, o acolhimento da pretensão da parte agravante exigiria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos (Súmula nº 279/STF), bem como a análise da legislação infraconstitucional pertinente, procedimentos incabíveis em recurso extraordinário. Nesse sentido:

**"Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. ITBI. Imunidade tributária. Transmissão de bens imóveis incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital. Análise dos requisitos. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes**.1. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, bem como a análise da legislação infraconstitucional. Incidência da Súmula nº 279/STF. 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita." (ARE nº 1.212.011/SP-AgR, tribunal Pleno, **de minha relatoria**, DJe de 18/9/19).

"Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Tributário. 3. Imposto sobre transmissão debens imóveis. Imunidade tributária relativa à integralização de capital social condicionada à verificação da atividade preponderante da empresa. 4. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE nº 1.081.651/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 9/4/18).

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. ITBI. BENS E DIREITOS INCORPORADOS AO PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍDICA EM REALIZAÇÃO DE CAPITAL. CONTROVÉRSIA QUANTO À ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA EM RAZÃO DA INATIVIDADE ECONÔMICA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO." (ARE nº 1.128.935/RS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Lux**, DJe de 30/11/18).

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ITBI. ISENÇÃO. ATIVIDADE PREPONDERANTE. ADMINISTRAÇÃO, COMPRA, VENDA E LOCAÇÃO DE IMÓVEIS PRÓPRIOS. EXCEÇÃO A IMUNIDADE. CARACTERIZADA. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA 279/STF. PRECEDENTES. 1. A resolução da controvérsia demandaria o reexame dos fatos e do material probatório
constantes nos autos, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015." (RE nº 1.065.200/PR-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 25/5/18).

Por ser manifestamente improcedente, nego provimento ao agravo regimental e condeno a parte agravante ao pagamento de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, consoante disposto no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, caso seja unânime a votação.

Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

É como voto.

# Área do direito:
# Direito tributário municipal

## IPTU - ISENÇÃO E IMUNIDADE FRENTE À LEGISLAÇÃO LOCAL. REQUISITOS A SEREM OBSERVADOS E POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO CONCEDIDA

Cristiane da Costa Nery[2]

AGRESP N. 1.558.320
AÇÃO ORDINÁRIA Nº 001/1.17.0024791-4
AUTOR: GRÊMIO FOOTBALL PORTO ALEGRENSE
RÉU: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE.
PROCURADORA MUNICIPAL: CRISTIANE DA COSTA NERY

ARE N. 1.247.649 AGR/RS
EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL 001/1.09.0023172-0
EMBARGANTE: GRÊMIO FOOTBALL PORTO ALEGRENSE
EMBARGADO: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADOR MUNICIPAL: FERNANDO VICENZI

### COMENTÁRIOS

Referidas ações trataram dos requisitos legais para a concessão, revogação ou manutenção da isenção tributária em relação aos imóveis de propriedade do clube de futebol. Ou seja, discutiu-se a aplicação do benefício fiscal em questão, atendimento às finalidades essenciais, como comanda a legislação aplicável.

O autor das ações sustentou preencher os requisitos legais para usufruir de tal benefício em ambos os casos, no que não concordou o Município de Porto Alegre que cobrou IPTU dos imóveis objetos das ações.

O Município, em sua defesa, sustentou que a isenção não é instituto que se mantém sem possibilidade de revogação. Caso assim fosse, sua natureza jurídica e requisitos não seriam os legalmente estabelecidos na legislação federal e municipal que deve ser observada, como bem diligenciou a auditoria da receita municipal.

Ou seja, a isenção é de competência do ente tributante que a concederá ou não, com base na legislação que rege a matéria. Para que tenha direito ao benefício

[2] Procuradora Municipal de Porto Alegre. Procuradora-Chefe da Procuradoria Tributária – PTR/PGA-AF.

fiscal o contribuinte deverá comprovar sua condição, o ônus é dele e não do ente tributante.

De acordo com o Código Tributário Nacional (CTN), isenção é exceção feita pela própria regra jurídica de tributação, ou seja, o tributo é devido porque existe obrigação, mas a lei restringe o seu pagamento. Trata-se, pois, de mera espécie de dispensa legal do pagamento de tributo, o que explica o fato de poder ser revogada a qualquer tempo quando o contribuinte deixar de atender aos requisitos exigidos pela lei correspondente. Exatamente o caso dos autos.

A isenção, portanto, é sempre decorrente de lei do ente tributante, que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração, nos termos do art. 176 do CTN.

Além disso, quando não concedida em caráter geral, a isenção deve ser efetivada em cada caso por despacho da autoridade administrativa em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para a sua concessão, conforme artigo 179 do CTN.

Nestes termos, a isenção é sempre decorrente da legislação do ente com competência para instituir o tributo justificando-se, pois, que o intérprete não possa ampliar o seu âmbito de incidência, havendo a necessidade de interpretação restritiva prevista no art. 111 do CTN.

Em ambos os casos as sentenças de primeiro grau acolheram as teses municipais. Houve apelações, cujos acórdãos restaram assim ementados:

> **TRIBUTÁRIO. IPTU. ENTIDADE ESPORTIVA. REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. IMÓVEIS DESOCUPADOS E ABANDONADOS. FATO NOTÓRIO. AUSÊNCIA DE DIREITO AO BENEFÍCIO FISCAL.**
> A revogação de isenção do pagamento do IPTU concedida em anterior demanda não ofende a coisa julgada, uma vez alterada a situação fática envolvendo o imóvel, que não mais cumpre com os requisitos legais. A desocupação, e abandono, dos imóveis objeto da controvérsia é fato notório, não havendo falar em utilização para o cumprimento das finalidades essenciais do apelante, o que afasta a incidência de isenção. (Apelação Cível 70078582277. Vigésima Primeira Câmara Cível. 22/08/2018)
>
> **APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. NULIDADE DA CDA. NÃO OCORRÊNCIA. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. ART. 113, § 4º. PREVISÃO DE ISENÇÃO. INAPLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 106 DO STJ. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. POSSIBILIDADE.**

> 1 - Não é nula CDA que preenche os requisitos do art. 202 do CTN, discriminando corretamente o valor relativo ao tributo, seus acréscimos, dispositivos legais incidentes e data de constituição do crédito.
> 2 - O art. 113, § 4º, da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre estabelece isenção às entidades de cultura, esporte e de lazer, ainda que em seu texto conste que se trata de imunidade, porque esta, enquanto forma qualificada de não incidência do imposto, somente pode ser prevista na Constituição Federal.
> 3 - Afastada a aplicação da Súmula nº 724 do STF, para o reconhecimento da isenção, exige-se o cumprimento dos requisitos legais, no caso, demonstrar a qualidade de entidade esportiva, não visar fins lucrativos e utilização direta do imóvel tributado para o cumprimento das finalidades essenciais da entidade beneficiada. Caso em que não há demonstração de que o imóvel seja utilizado diretamente pela entidade beneficiada para o cumprimento de suas finalidades essenciais, porque alugado a terceiros. Inteligência do art. 70, §1º, "a", do Código Tributário Municipal e do art. 111 do Código Tributário Nacional. Precedentes.
> 4 - Incidência da Súmula 106 do STJ, porquanto o decurso do prazo prescricional dos créditos se deu em razão da demora não imputável ao exequente. Inocorrência da prescrição.
> 5 – É possível a incidência do índice apurado Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC). Precedentes.
> APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA. UNÂNIME. (Apelação Cível 70036909000. Segunda Câmara Cível. 16/03/2011).

Interpostos Recursos Excepcionais, a parte não obteve êxito junto aos Tribunais Superiores, restando as decisões em instância final, em anexo (SENTENÇAS), a consolidar a tese municipal relacionada à isenção tributária, mantendo hígida a atuação do fisco e a cobrança do IPTU dos imóveis que não atendem aos requisitos legais para a manutenção do benefício fiscal.

PGM/PTR, 04 de novembro de 2020.

## SENTENÇAS

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.320 - RS (2019/0229783-7)**
RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE: GRÊMIO FOOTBALL PORTO ALEGRENSE
ADVOGADO: CLAUDIO LEITE PIMENTEL - RS019507
AGRAVADO: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADOR: CRISTIANE DA COSTA NERY - RS040463

**DECISÃO**

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IPTU. ISENÇÃO. ENTIDADES ESPORTIVAS SEM FINS LUCRATIVOS. ACÓRDÃO RECORRIDO CUJAS CONCLUSÕES SÃO INVIÁVEIS DE REVISÃO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS DE DA INTERPRETAÇÃO DE LEI LOCAL. SÚMULAS 7/STJ E 280/STF. AGRAVO DA ENTIDADE ESPORTIVA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

1. Agrava-se de decisão que negou seguimento a Recurso Especial interposto por GRÊMIO FOOTBALL PORTO ALEGRENSE, com fundamento no art. 105, III, alínea a da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

> *TRIBUTÁRIO. IPTU. ENTIDADE ESPORTIVA. REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. IMÓVEIS DESOCUPADOS E ABANDONADOS. FATO NOTÓRIO. AUSÊNCIA DE DIREITO AO BENEFICIO FISCAL.*
> *A revogação de isenção do pagamento do IPTU concedida em anterior demanda não ofende a coisa julgada, uma vez alterada a situação fática envolvendo o imóvel, que não mais cumpre com os requisitos legais. A desocupação, e abandono, dos imóveis objeto da controvérsia é fato notório, não havendo falar em utilização para o cumprimento das finalidades essenciais do apelante, o que afasta a incidência de isenção (fls. 489).*

2. Nas razões do seu Apelo Especial inadmitido, o recorrente aponta ofensa ao art. 1.022, bem como aos arts. 508, 319, III e 3o. 4o. e 10 do Código Fux. Sustenta, em suma, além de negativa de prestação jurisdicional, que, por ser a entidade associação desportiva sem fins lucrativos, faz jus à isenção do IPTU. Questiona a respeito da existência de coisa julgada que lhe reconheceu o direito à isenção ao pagamento do IPTU dos seus imóveis, independentemente da utilização própria ou não dos bens.

3. Com contrarrazões (fls. 663/677), o recurso foi inadmitido na origem (fls. 696/705).

4. É o relato do essencial.

5. O inconformismo não merece acolhimento.

6. Anote-se, inicialmente, que em Recurso Especial é inviável a análise de suposta ofensa ao comando inserto em dispositivos da Constituição Federal, cabendo ao STF tal exame, por força do disposto no art. 102 da CF.

7. No concernente à alegação de coisa julgada, como bem destacou o Tribunal de origem, a revogação de isenção do pagamento do IPTU concedida em anterior demanda não ofende a coisa julgada, uma vez alterada a situação fática envolvendo o imóvel, que não mais cumpre com os requisitos legais (fls. 489).

8. Tal conclusão foi alcançada pela Corte de origem após análise e interpretação de legislação local (LC Municipal 7/1973). Nesse sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IPTU. DIREITO À ISENÇÃO. MATÉRIA DECIDIDA COM BASE EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 280/STF.*
> *1. Decidida a controvérsia, pela Corte de origem, a partir da aplicação de leis locais, resta afastada a competência deste STJ para o exame do caso (Súmula 280/STF).*
> *2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp. 705.691/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 14.9.2015)*

9. No tocante à alegação de ausência de notificação por meio de prévio processo administrativo, o acórdão consignou que:

> *Depois, como bem destaca sentença, imprópria invocação a respeito da ausência de notificação por meio de prévio processo administrativo, por não constituir causa de pedir contemplada na inicial.*
> *Não vingam, aqui, as alegações do apelante, item 16, já que tal causa de pedir deveria estar posta na inicial, art. 319, III, CPC/15 (fls. 500).*

10. No mais, observa-se que qualquer especulação quanto à comprovação dos requisitos, a fim de que a parte recorrente possa fazer jus à isenção ora almejada, importaria em nova e acurada análise do acervo probatório da causa, medida defesa em Recurso Especial. Confira-se:

> *TRIBUTÁRIO. IPTU. ISENÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA LOCAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 280/STF. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.*
> *1. Cuida-se, na origem, de Embargos à Execução Fiscal ajuizados por Botafogo de Futebol e Regatas, que questiona a legalidade de débitos de IPTU e de TCDL, relativos aos exercícios de 2006 e 2007.*
> *2. Ao contrário do que sustenta o agravante, é indiscutível que a conclusão do acórdão recorrido encontra-se assentada em interpretação de norma prevista em Lei Municipal, o que inviabiliza o conhecimento do Recurso Especial (Súmula 280/STF). Confira-se: "Por seu turno, impõe-se rechaçar o apelo do embargado, pois o art. 61,VI, da*
> *Lei 691/84 - Código Tributário do Município do Rio de Janeiro, prevê a isenção das entidades esportivas ao pagamento do imposto territorial urbano - IPTU" (fl. 293).*
> *3. Ademais, o acolhimento da pretensão recursal exige o afastamento da premissa de que "a referida isenção já tinha sido inclusive concedida em sede administrativa" (fl. 293), procedimento vedado pela Súmula 7/STJ.*
> *4. Agravo Interno não provido (AgInt no AREsp. 881.819/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 12.9.2016).*

11. Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo da Entidade Esportiva.

12. Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília/DF, 23 de maio de 2020.

**NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
**MINISTRO RELATOR**

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**27/04/2020** **PLENÁRIO**

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.247.649 RIO GRANDE DO SUL**
RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE
AGTE.(S): GREMIO FOOTBALL PORTO ALEGRENSE
ADV.(A/S): CLAUDIO LEITE PIMENTEL
AGDO.(A/S): MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

**EMENTA**

**Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. IPTU. Isenção e imunidade. Requisitos. Legislação local. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.**

1. Não se presta o recurso extraordinário para o reexame dos fatos e das provas dos autos, tampouco para a análise da legislação infraconstitucional. Incidência das Súmulas nºs 279 e 280/STF.

2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC).

3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 17 a 24/4/20, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC), nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli (Presidente).

**Brasília, 27 de abril de 2020.**

**Ministro Dias Toffoli**
**Presidente**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):**

Trata-se de tempestivo agravo regimental contra decisão mediante a qual neguei seguimento ao recurso, sob os fundamentos de ausência de ofensa constitucional direta e de incidência da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

Sustenta a parte agravante, em síntese, a inexistência dos óbices apontados.

É o relatório.

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):**

**A irresignação não merece prosperar.**

**Isso porque, colhe-se do acórdão recorrido:**

> "No que tange à pretensa isenção tributária dos imóveis que originaram o débito exequendo, tenho que igualmente não comporta reparo a decisão recorrida.
> A Lei Orgânica do Município de Porto Alegre dispõe, em seu art. 113, § 42:
> (...)
> A imunidade tributária configura limite imposto pelo constituinte ao poder de tributar dos entes federativos. Enseja a exclusão das situações previstas pelo art. 150, inciso VI, da Constituição Federal da hipótese de incidência dos impostos. Trata-se de exoneração prevista na Constituição Federal, e não pelo ente tributante.
> Assim, é da própria natureza do instituto que as hipóteses de imunidade decorram tão-somente do texto constitucional. Não há falar, pois, em imunidade prevista em legislação infraconstitucional.
> (...)
> Sendo assim, deve-se reconhecer que o art. 113, § 4°, da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre não se valeu da melhor técnica ao empregar o vocábulo 'imunidade' em seu texto, porquanto estava a prever hipótese de isenção.
> (...)
> Todavia, o Código Tributário Municipal (Lei Complementar Municipal n° 7873) prevê expressamente:
> (...)
> Desse modo, afastada a aplicação da Súmula n° 724 do STF2, este Tribunal tem o entendimento de que para o reconhecimento da isenção, exige-se o cumprimento dos requisitos legais, devendo o embargante qualificar-se como entidade esportiva, não visar fins lucrativos e o imóvel tributado deve ser utilizado diretamente pela entidade beneficiada, para o cumprimento de suas finalidades essenciais.
> No caso em comento, conquanto no Estatuto Social do Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense (fls. 31 e seguintes) não esteja prevista finalidade econômica ou lucrativa, e sim o objetivo básico do estímulo à prática de educação física, desportos comunitários, atividades recreativas, culturais, sociais e cívicas, não há demonstração de que o imóvel seja utilizado diretamente pela entidade beneficiada para o cumprimento de suas finalidades essenciais.
> A parte embargante, em verdade, afirma que os imóveis são alugados a terceiros, de forma que não está concluir pelo atendimento à alínea a do §1° do art. 70 do Código Tributário Municipal, tendo em vista que o art. 111 do Código Tributário Nacional veda a interpretação extensiva quanto às isenções." (grifei).

Nessa conformidade, o acolhimento da pretensão da parte agravante exigiria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem como a análise da legislação infraconstitucional pertinente, procedimentos incabíveis em recurso extraordinário. Incidência das Súmulas 279 e 280/STF. Nesse sentido:

> "DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - IPTU. ISENÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO ENSEJA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE

LEGISLAÇÃO LOCAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 280/STF. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere ao óbice da Súmula nº 280 do STF, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. 2. A suposta afronta aos postulados constitucionais invocados no apelo extremo somente poderia ser constatada a partir da análise da legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.
3. Majoração em 10% (dez por cento) dos honorários anteriormente fixados, obedecidos os limites previstos no artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015, ressalvada eventual concessão do benefício da gratuidade da Justiça. 4. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, se unânime a votação." (ARE nº 1.167.032/SP-AgR, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 19/2/19).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE. ENTIDADE SINDICAL. COLÔNIA DE FÉRIAS. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL A QUO DE QUE O BEM IMÓVEL NÃO ESTARIA DESTINADO ÀS FINALIDADES ESSENCIAIS DA AGREMIAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. SÚMULA Nº 279 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO" (ARE nº 920.747/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 16/2/16).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. FUNDAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. REQUISITOS. 1. A imunidade conferida às entidades de educação sem fins lucrativos, prevista no art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, é de natureza subjetiva e incide sobre quaisquer bens, patrimônio ou serviços dessas instituições, desde que vinculados às suas atividades essenciais. Precedente: RE-RG 767.332, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.11.2013. 2. Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades. Súmula 724 do STF. 3. Eventual divergência ao entendimento adotado pelo Tribunal de origem, em relação à aplicação de recursos nas atividades essenciais das entidades referidas no art. 150, IV, "c", da Constituição da República, demandaria o reexame de fatos e provas. Súmula 279 do STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE nº 933.174/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Edson Fachin**, DJe de 14/6/16).

"Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Tributário. Imunidade tributária. IPTU. Inexistência. Colônia de férias. Patrimônio não ligado às finalidades essenciais do sindicato. 3. Análise de fatos e provas. Súmula nº 279/STF. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (ARE nº 685.299/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 30/4/14).

Por ser manifestamente improcedente, nego provimento ao agravo regimental e condeno a parte agravante ao pagamento de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, consoante disposto no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, caso seja unânime a votação.

Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

É como voto.

# Área do direito:
# Urbanismo e meio ambiente

## REASSENTAMENTO DA VILA NAZARÉ. EMPREENDIMENTOS SENHOR DO BOM FIM E IRMÃOS MARISTAS. AEROPORTO.

Gustavo Moreira Pestana[3]
Nelson Nemo Franchini Marisco[4]
Simone Somensi[5]

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5041412-07.2019.4.04.0000/RS

AGRAVANTES: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE/RS, DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO – DEMHAB, FRAPORT BRASIL S.A AEROPORTO DE PORTO ALEGRE, ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC.

### COMENTÁRIOS

No mês de junho de 2019, o Ministério Público, Federal e Estadual, e a Defensoria Pública, Federal e Estadual, propuseram Ação Civil Pública nº 50412548920194047100, para que o processo de realocação das famílias da Vila Nazaré observasse os princípios constitucionais e o direito à moradia digna, evitando, assim, remoções forçadas aos empreendimentos Minha Casa Minha Vida destinados a este reassentamento.

Os autores requereram tutela de urgência para que o Município de Porto Alegre e o Departamento Municipal de Habitação - DEMHAB, se abstivessem de praticar qualquer ato que implicasse na remoção e reassentamento das famílias da Vila Nazaré nos Empreendimentos Senhor do Bom Fim e Irmãos Maristas, sob o fundamento de que estes empreendimentos não consubstanciariam o direito à moradia digna e que o Poder Público deveria ofertar outra solução habitacional para os moradores da Vila.

[3] Procurador Municipal de Porto Alegre.
[4] Procurador Municipal de Porto Alegre.
[5] Procuradora Municipal de Porto Alegre.

O Município de Porto Alegre e o DEMHAB, em petição para que o pedido de tutela provisória fosse indeferido e em contestação, sustentaram que:

a) Os empreendimentos acima referidos atendiam plenamente os aspectos caracterizadores do direito à moradia digna - segurança de posse; Disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos; Custo acessível; Habitabilidade; Não discriminação e priorização de grupos vulneráveis; Localização adequada; Adequação cultural, conforme Comentário Geral nº 4 do Comitê Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;

b) Ausência de omissão da Administração Pública Municipal. Critérios de priorização das famílias beneficiárias em consonância com a Lei Federal 11.977/2009 e com a Portaria nº 412 do Ministério das Cidades. Atuação em estrita consonância com o Princípio da Legalidade. Separação dos Poderes. Artigo 2º da CRFB;

c) Interpretação do Contrato de Concessão. Responsabilidade da Concessionária pela Desocupação. Reassentamento. Responsabilidade Residual da Empresa. Posicionamento do Município e DEMHAB. Acordo de Cooperação firmado entre Ente Político Municipal e a Fraport;

d) Tutela Provisória. Ausência de *Fumus Boni Iuris*. *Periculum in Mora* Inverso.

O Juízo da Terceira Vara Federal acolheu os fundamentos do Município e do DEMHAB para indeferir os pedidos de tutela provisória e determinar o prosseguimento do reassentamento das famílias da Vila Nazaré.

Essa decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região na decisão que negou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pelos autores.

A atuação da PGM nesta demanda perante 3ª Vara Federal de Porto Alegre foi de grande relevância para o Município de Porto Alegre, na medida em que contribuiu, de forma determinante, para o prosseguimento das obras de ampliação da pista do Aeroporto Salgado Filho, e do reassentamento de mais de 1300 famílias, possibilitando, assim, que estes cidadãos, os quais, há décadas viviam em situação degradante, finalmente, tivessem o seu direito à moradia digna efetivamente assegurado.

De acordo com a concessionária Fraport, as obras da pista estão 72% concluídas, iniciando a pavimentação em outubro deste ano. Com a nova pista de 3,2 km, será permitida a aterrissagem de aviões cargueiros de grande porte, ampliando o transporte de mercadorias e, por consequência, auxiliando a fomentar o comércio exterior e a economia do Município de Porto Alegre e do Estado do Rio Grande do Sul.

Quanto ao reassentamento, mais de 1066 famílias já estão residindo nos empreendimentos Senhor do Bom Fim e Irmãos Maristas, tendo, assim, seu direito à moradia digna plenamente assegurado e exercido em sua concretude.

Merece destaque também a defesa do Município, em audiências e em reuniões com magistrados, promovidas pelo então Procurador-Geral Nelson Marisco e pela Procuradora-Geral Adjunta na época Simone Somensi, bem como pelo Procurador Gustavo Pestana.

## DESPACHO/DECISÃO

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 4ª Região

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5041412-07.2019.4.04.0000/RS
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO: DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO - DEMHAB
AGRAVADO: FRAPORT BRASIL S.A AEROPORTO DE PORTO ALEGRE
ADVOGADO: FERNANDA PASQUARIELLO MONTEIRO (OAB SP357201)
ADVOGADO: CARINA BULLARA DE ANDRADE (OAB SP406725)
ADVOGADO: BRUNO SANCHEZ BELO (OAB SP287404)
AGRAVADO: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE/RS
AGRAVADO: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
AGRAVADO: AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC
INTERESSADO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**R E L A T Ó R I O**

Este agravo de instrumento ataca decisão proferida pela juíza federal substituta Thais Helena Della Giustina que examinou pedidos liminares em ação civil pública que discute o reassentamento das famílias que ocupam a Vila Nazaré, área do novo sítio aeroportuário do Aaeroporto Internacional Salgado Filho - Porto Alegre/RS, julgando prejudicado um dos pedidos, revogando decisão anterior quanto a outro pedido e indeferindo demais pedidos liminares formulados pelos autores da ação.

Esse é o teor da decisão agravada, na parte que aqui interessa (evento 114 do processo originário):

*Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo* ***MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO*** *e* ***DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL*** *em face da* ***UNIÃO, AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC, MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE/RS, DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO - DEMHAB*** *e* ***FRAPORT BRASIL S.A AEROPORTO DE PORTO ALEGRE****, objetivando, em sede de tutela provisória de urgência antecipada:*

*"1) determinar à* ***AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL*** *e subsidiariamente à UNIÃO que promovam os atos necessários de fiscalização da empresa concessionária FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE PORTO ALEGRE, responsabilidade essa devidamente assentada no Despacho nº 233/2018/DEOUP/SAC, de 03 de outubro de 2018 (doc. 19) – (Afinal cabe ressaltar que a garantia do cumprimento das cláusulas do Contrato de Concessão, bem como a forma deste adimplemento, estão sob a competência da ANAC, que figura como Poder Concedente, na qualidade de representante da União, nos termos da Lei nº 11.182/2005, art. 8º, incs. XII, XXIV, XXV, XLIV):*

*I.) de forma a que essa empresa concessionária abstenha-se de realizar qualquer remoção forçada ou contra a vontade de moradores localizados na vila Nazaré para empreendimentos custeados com recursos públicos, a exemplo dos empreendimentos habitacionais Minha Casa Minha Vida na Rua Irmãos Maristas, 400, bairro Rubem Berta (região nordeste) e Rua Senhor do Bonfim, 55, bairro Sarandi (região norte), ou outra localidade;*

*I.b) de forma a garantir que a empresa concessionária FRAPORT apresente solução habitacional que abranja a totalidade das famílias da Vila Nazaré, a qual deve ser adequada aos moradores garantindo-se a manutenção de seus meios de geração de renda, conforme o exposto, respeitando a adequação e identificação territorial e cultural da comunidade, bem como seu direito a escolha, garantindo a isonomia de tratamento, inclusive com relação às opções disponíveis;*

*I.c) de forma a que empresa concessionária FRAPORT seja instada a cumprir as disposições contratuais referentes a sua responsabilidade e obrigação de, ao promover a desocupação da área, arcar com os custos financeiros de reassentamento e realocação dos moradores da Vila Nazaré, inclusive se realizado para empreendimentos habitacionais custeados com recursos públicos, a exemplo dos empreendimentos Minha Casa Minha Vida na Rua Irmãos Maristas, 400, bairro Rubem Berta (região nordeste) e Rua Senhor do Bonfim, 55, bairro Sarandi (região norte), ou outra localidade adquirida, custeada ou construída com recursos públicos, atuando de forma a que a empresa concessionária promova o necessário repasse correspondente (obrigação conforme disposições contratuais) aos órgãos públicos respectivos, o qual deve se dar, preferencialmente pela oferta de imóveis de mesmo padrão e condições, para reassentamento de outras famílias de baixa renda constantes de cadastros municipais de Porto Alegre;*

*2) determinar à* ***FRAPORT BRASIL S.A. AEROPORTO DE PORTO ALEGRE*** *que:*

*II.a) promova imediatamente ao cadastramento da totalidade das famílias componentes da Vila Nazaré, e não somente as 932 (novecentas e trinta e duas) famílias até a presente data cadastradas, utilizando-se do modelo de formulário estabelecido com o Ministério Público Estadual (doc. 48);*

*II.b) abstenha-se de realizar qualquer remoção, realocação ou reassentamento antes da conclusão do cadastro integral das famílias residentes na Vila Nazaré;*

*II.c) abstenha-se de realizar qualquer remoção, realocação ou reassentamento antes da apresentação um Plano de Reassentamento adequado em que publicamente sejam expostos os critérios de seleção utilizados para cada uma das opções habitacionais ofertadas;*

*II.d) abstenha-se de realizar qualquer remoção, realocação ou reassentamento forçado ou contra a vontade de moradores localizados na vila Nazaré para os empreendimentos habitacionais Minha Casa Minha Vida na Rua Irmãos Maristas, 400, bairro Rubem Berta (região nordeste) e Rua Senhor do Bonfim, 55, bairro Sarandi (região norte), ou qualquer outra localidade, tendo em conta que é sua a responsabilidade, inclusive financeira, de desocupação da referida área, bem como de eventuais reassentamentos e realocações, respeitando os direitos das famílias ali residentes;*

*II.e) apresente em juízo, no prazo de 10 dias, proposta de solução habitacional que abranja a totalidade das famílias componentes da Vila Nazaré, proposta essa que deve ser adequada aos moradores e respeitar seu direito de escolha, garantindo-se a isonomia de tratamento inclusive com relação às opções disponíveis, e com indicação de valores adequados e suficientes, utilizando-se como parâmetro aqueles indicados pelo EVITEA, bem como garantindo a continuidade dos meios de geração de renda das famílias, conforme o exposto, respeitando a adequação e identificação territorial e cultural da comunidade, bem como seu direito a escolha, garantindo a isonomia de tratamento, inclusive com relação às opções disponíveis, em localidade próxima à Vila Nazaré, observando-se ainda as disposições da Portaria nº 317, de 18 de julho de 2013, do então Ministério das Cidades, hoje Ministério do Desenvolvimento Regional;*

*II.f) ao cumprir as disposições contratuais referentes a sua obrigação e responsabilidade de promover a desocupação da área de expansão aeroportuária, bem como reassentamentos e realocações, inclusive do ponto de vista de custo financeiro, e, em caso de remoção voluntária de moradores localizados na Vila Nazaré, para os empreendimentos habitacionais Minha Casa Minha Vida na Rua Irmãos Maristas, 400, bairro Rubem Berta (região nordeste) e Rua Senhor do Bonfim, 55, bairro Sarandi (região norte), inclusive no caso dos reassentamentos já ocorridas, ou outra localidade adquirida, custeada ou construída com recursos públicos, promova o necessário repasse correspondente (obrigação conforme disposições contratuais) aos órgãos públicos respectivos, o qual deve se dar, preferencialmente pela oferta de imóveis de mesmo padrão e condições, para reassentamento de outras famílias de baixa renda constantes de cadastros municipais de Porto Alegre;*

*II.g) elabore um Plano de Reassentamento em que sejam detalhadas as opções de soluções habitacionais e os critérios de seleção, a ser submetido à apresentação e discussão com a comunidade atingida;*

*II.h) assegure o custeio do valor integral do reassentamento, observando-se os parâmetros definidos no EVITEA e as disposições da Portaria nº 317, de 18 de julho de 2013, do então Ministério das Cidades, hoje Ministério do Desenvolvimento Regional;*

*3) determinar ao* ***MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE E AO DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO*** *que:*

*III.a) se abstenham de realizar qualquer remoção, realocação ou reassentamento antes da conclusão do cadastro integral das famílias residentes na Vila Nazaré, cadastramento que deve ocorrer utilizando-se do modelo de formulário estabelecido com o Ministério Público Estadual*

*III.b) se abstenham de realizar qualquer remoção, realocação ou reassentamento antes da apresentação um Plano de Reassentamento adequado em que publicamente sejam expostos os critérios de seleção utilizados para cada uma das opções habitacionais ofertadas;*

*III.c) se abstenham de realizar qualquer remoção, realocação ou reassentamento forçada ou contra a vontade, de moradores localizados na vila Nazaré para os empreendimentos habitacionais Minha Casa Minha Vida na Rua Irmãos Maristas, 400, bairro Rubem Berta*

*(região nordeste) e Rua Senhor do Bonfim, 55, bairro Sarandi (região norte), ou qualquer outra localidade, respeitando os direitos das famílias ali residentes;*

*III.d) se abstenham de realizar qualquer remoção, realocação ou reassentamento de moradores localizados na vila Nazaré, mesmo que voluntário, para os empreendimentos habitacionais Minha Casa Minha Vida na Rua Irmãos Maristas, 400, bairro Rubem Berta (região nordeste) e Rua Senhor do Bonfim, 55, bairro Sarandi (região norte), ou qualquer outra localidade, respeitando os direitos das famílias ali residentes, antes de comprovação da finalização do recadastramento da integralidade dos moradores da Vila Nazaré, nos termos do item II.a e III.a;*

*III.e) aprovação do Plano de Reassentamento, garantindo:*

*(i) apresentação pública a todos os moradores das opções de solução habitacional, inclusive da indicada no item II.e acima;*

*(ii) apresentação pública a todos os moradores dos critérios de escolha pela Município de Porto Alegre e DEMHAB, para as opções de empreendimentos Minha Casa Minha Vida ofertados às famílias da Vila Nazaré;*

*(iii) abertura de prazo público para permitir aos moradores da Vila Nazaré a formalização das opções de solução habitacional de sua preferência dentre as ofertadas, inclusive da indicada no item II.e acima;" (INIC1, Evento 01).*

*Narrou a parte autora, em síntese, que a presente ação objetiva resguardar direitos fundamentais, notadamente habitacionais, de 1.300 a 1.700 famílias residentes na Vila Nazaré, a qual integra o novo sítio aeroportuário, ampliado para possibilitar a extensão da pista do Aeroporto Internacional Salgado Filho. Discorreu acerca da necessidade de um processo transparente de realocação das famílias, sem remoções forçadas, de explicitação de um plano de reassentamento e de determinação da responsabilidade pela desocupação da área, reassentamento e realocações, inclusive do ponto de vista do custo financeiro. Sustentou que, segundo o Contrato de Concessão n.º 001/ANAC/2017-SBPA, a responsabilidade pela desocupação e promoção de solução habitacional digna, relacionada ao reassentamento das famílias e seu custo associado, recairia sobre a ré Fraport, que a está descumprindo. Teceu considerações acerca da indeterminação do número total de famílias efetivamente residentes na Vila Nazaré, em especial sobre quantas residiriam dentro e fora do novel sítio aeroportuário, afirmando que a responsabilidade pelo cadastramento foi assumida pela ré Fraport em Acordo de Cooperação Técnica firmado com o Município de Porto Alegre em setembro/2018. Explicou o histórico de ocupação da área e o perfil da população residente no local, sobretudo sua esfera de atuação profissional. Consignou que até 2015, as referidas obras seriam custeadas diretamente pela União, sendo as famílias realocadas para empreendimentos habitacionais Minha Casa Minha Vida (MCMV) na Rua Irmãos Maristas, 400, Bairro Rubem Berta (região nordeste) e Rua Senhor do Bonfim, 55, Bairro Sarandi (região norte), cuja construção seria financiada pela União e pela CEF por meio do Programa MCMV. Salientou que desde o início houve rejeição e restrição por parte da comunidade de famílias residentes na Vila Nazaré quanto à realocação em tais empreendimentos, especialmente no construído no Bairro Rubem Berta, porquanto integrante de área atingida pela violência decorrente de disputas entre facções criminosas. À vista desse quadro, somado às dificuldades orçamentárias enfrentadas pela União, decidiu-se pela adoção de nova estratégia, que resultou na assinatura do Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração do Aeroporto de Porto Alegre - Salgado Filho, segundo o qual a responsabilidade pelas realocações para desocupação da área necessária à expansão da pista e o custo associado seria da empresa concessionária. A despeito da assunção contratual da predita responsabilidade, afirmou que a Fraport assumiu-a apenas parcial e residualmente, no tocante, por exemplo, às famílias que vierem a não optar pelos empreendimentos MCMV. Em outras palavras, que a concessionária entende que a responsabilidade pelo reassentamento da população*

*é do Poder Público, bem ainda que caberia a si apenas dar suporte às famílias que recusarem os imóveis dos empreendimentos MCMV ou não se enquadrarem nos requisitos da CEF, além de outros casos que possam surgir. Pontuou que, em reunião realizada em 07/02/2019, a Fraport apresentou proposta para realocação das famílias da Vila Nazaré, a qual, contudo, revelou-se insatisfatória, em razão de sua limitação ao valor de R$ 29.256.000,00 (vinte e nove milhões duzentos e cinquenta e seis mil reais), que se mostra insuficiente ao adequado reassentamento, mormente frente aos direitos constitucionais da população atingida. Enfatizou que, diante do insucesso das tratativas interinstitucionais com a Fraport, o MPF e a DPU expediram as Recomendações PRDC/RS n.º 08/2019 e PRDC n.º 09/2019, respectivamente, à Fraport e à ANAC, as quais não foram acatadas, uma vez que as remoções/realocações teriam se iniciado em junho/2019, por meio do DEMHAB, para os empreendimentos MCMV. Ponderou que o início desse processo, ocorrido em 19/06/2019, com a assinatura dos contratos pelos moradores da Vila Nazaré, deu-se sem a prévia conclusão do cadastro dos moradores da Vila Nazaré, sem abordagem coletiva da comunidade atingida, inclusive audiência pública prévia à eventual negociação individualizada e sem consenso sobre medidas habitacionais para atender a integralidade da comunidade ou apresentação de adequado plano de reassentamento. Disse, ainda, que a Licença de Instalação de Ampliação n.º 00570/2018 concedida à Fraport Brasil S/A - Aeroporto de Porto Alegre, pela Fundação Estadual de Proteção Ambiental – FEPAM é incompleta, na medida em que não abrange a área pertencente à Vila Nazaré contígua ao sítio aeroportuário, a qual, no seu entender, deve integrar o programa de desocupação, diante da expectativa destas famílias de virem a ser contempladas pelas novas moradias, bem como do perigo que representa a sua manutenção na área atualmente ocupada, próxima à pista de pousos e decolagens.*

*Sustentou, em suma, a legitimidade ativa dos autores e a competência da Justiça Federal. Invocou o direito à moradia digna como fundamento imanente aos pedidos veiculados, amparando seu pedido no art. 6º da CF, art. 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e diversos outros dispositivos estampados em Convenções afins. Destacou a lesão ao direito ao trabalho e geração de renda em razão da impossibilidade de permanência das comunidades impactadas pela obra em local próximo ao que atualmente vivem. Aduziu que a obra em questão foi concebida para ser custeada pela União por meio do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), razão pela qual incidiria no caso em tela a Portaria n.º 317/2013 do Ministério do Desenvolvimento Regional. Reportou-se aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil com o desenvolvimento progressivo e a vedação ao retrocesso social. Frisou a responsabilidade contratual da Fraport em promover a desocupação da área de expansão por força do aludido contrato de concessão. Pontuou, ainda, a responsabilidade da concessionária e, subsidiariamente, da União e do Município, de promover a desocupação da parcela da Vila Nazaré localizada nas adjacências da área de expansão aeroportuária, nos termos do art. 182 da CF, da Lei n.º 10.257/01 (Estatuto das Cidades), da Medida Provisória n.º 2.220/01, que dispõe sobre a concessão de uso especial e da Lei n.º 12.725/12, que trata do controle da fauna nas imediações de aeródromos. Pontuou, outrossim, que o Município de Porto Alegre, o DEMHAB e a Fraport iniciaram a remoção de 112 famílias da Vila Nazaré para o empreendimento MCMV 'Nosso Senhor do Bom Fim' sem que, contudo, tivessem encerrado o cadastramento de todas as famílias da aludida Vila, tampouco o oferecimento público dos imóveis a todos os moradores da Vila. Salientou, a este respeito, que a realização e conclusão do cadastramento das famílias é necessário para posterior apresentação de uma terceira solução habitacional, consoante teria sido noticiado pelo Município de Porto Alegre na Audiência Pública promovida pela Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa, ocorrida em 23/05/2018.*

*Previamente à análise dos pedidos de tutela antecipada, determinou-se a intimação dos réus para que se manifestassem no prazo de 15 (quinze) dias (Evento 13).*

*Em petição veiculada ao Evento 22, a parte autora postulou a reconsideração da decisão, a fim de que fossem imediatamente apreciados os pedidos formulados para:*

*"(a) determinar à ré Fraport que realize de imediato a integralidade do cadastramento das famílias e atividades comerciais e demais atividades geradoras de renda desenvolvidas na integralidade da Vila Nazaré, inclsuive fora do sítio aeroportuário, utilizando-se de formulário já preestabelecido com o Ministério Público Estadual;*

*(b) suspensão de qualquer contratação ou remoção/realocação de famílias para novas unidades MCMV nas unidades dos empreendimentos Nosso Senhor do Bom Fim e Irmãos Maristas, até manifestação das partes e nova decisão sobre os pedidos de tutela antecipatória."*

*Aduziu, no ponto, que o prosseguimento da remoção e realocação das famílias no empreendimento MCMV Nosso Senhor do Bom Fim, sem a prévia conclusão do cadastramento da integralidade dos moradores, provoca dano à coletividade não cadastrada, em razão da ausência de transparência, violação à isonomia, impessoalidade e publicidade, uma vez que lhe retira a possibilidade de concorrer às unidades que já estão sendo distribuídas. Enfatizou que a aludida obrigação de cadastramento restou assumida pela Fraport no Acordo de Cooperação Técnica firmado com o Município de Porto Alegre em setembro/2018. Pugnou, ao final, pela redução do prazo concedido para manifestação dos réus acerca do pedido antecipatório.*

*Em petição anexada ao Evento 25, o Município de Porto Alegre e o Departamento Municipal de Habitação - DEMHAB registraram, em suma, que o critério precípuo utilizado para seleção das famílias a serem reassentadas nos empreendimentos Senhor do Bom Fim e Irmãos Marista é 'a livre demonstração de vontade das famílias em residir nos referidos empreendimentos, definindo, para a escolha no primeiro lote de unidades habitacionais, aquelas famílias cujos membros sejam pessoas idosas e/ou portadoras de necessidade especiais ou com dificuldade de locomoção'. Frisaram o agir transparente e colaborativo no decorrer de todo o processo conduzido pelo MPF, tendo, mediante o Ofício n.º 017/2019, firmado pelo Superintendente de Ação Social e Cooperativismo, externado os critérios de priorização para escolha das famílias no primeiro lote de unidades habitacionais. Explicitaram os critérios utilizados, relacionados à vulnerabilidade das famílias, enfatizando que o sorteio da unidade habitacional ocorre sempre que há igualdade de condições entre os núcleos familiares a serem reassentados, em observância aos princípios da impessoalidade e moralidade. Afirmaram que na primeira etapa do reassentamento houve a oferta de 128 unidades habitacionais (casas e/ou apartamentos), as quais foram entregues às famílias que tiveram a documentação pertinente aprovada pela CEF no âmbito do MCMV. Disseram, ainda, que os critérios de priorização eleitos coadunam-se com o art. 3º da Lei n.º 11.977/09 e Portaria n.º 412/15. Juntaram documentos.*

*Em decisão proferida no Evento 28, restaram deferidos parcialmente os pedidos veiculados no Evento 22, para o fim de: (i) determinar que a ré Fraport efetuasse de imediato o cadastramento de todas as famílias, atividades comerciais e demais atividades geradoras de renda desenvolvidas na integralidade da Vila Nazaré, incluída a área externa ao sítio aeroportuário, até a data da audiência, que restou aprazada na mesma oportunidade; (ii) determinar ao Município de Porto Alegre e ao DEMHAB que suspendessem qualquer contratação ou remoção/realocação de famílias para as novas unidades dos empreendimentos Nosso Senhor do Bom Fim e Irmãos Maristas, exclusivamente em relação aos contemplados a partir da segunda etapa de reassentamento, ao menos até a data da audiência aprazada.*

*Em petição aviada no Evento 42, a Associação Nacional em Defesa dos Direitos dos Passageiros do Transporte Aéreo- ANDEP requereu o ingresso na ação, na qualidade de amicus curiae.*

*A ANAC manifestou-se sobre o pedido de tutela provisória de urgência no Evento 57. Alegou que, no exercício da competência para conceder a exploração da infraestrutura aeroportuária, prevista na Lei nº. 11.182/2005, implementa as diretrizes e políticas estabelecidas pelo Ministério setorial, consoante estabelecido no art. 3º da mesma lei. Referiu que a modelagem do contrato de concessão*

*resulta dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA) aprovados pela então Secretaria de Aviação Civil, os quais servem para apresentar um diagnóstico do empreendimento a ser concedido, bem como a prospectar os resultados que podem ser obtidos com a exploração do serviço e com a demanda esperada, inserindo-se, assim, em uma abordagem futura de administração de riscos. Aduziu que os estudos apresentam os elementos necessários para que o poder concedente defina os contornos da concessão quanto aos investimentos que devam ser exigidos, prazo suficiente à amortização dos referidos investimentos, definição do valor mínimo do ativo e forma de contraprestação do particular pela concessão. Tal modelagem é vertida ao instrumento convocatório da licitação e ao instrumento contratual, cujos documentos se sobrepõem aos estudos. Afirmou que os estudos prospectam cenários que podem não se concretizar na realidade fática que se desenrolará no curso da execução da concessão, além de partirem de alternativas básicas cujas soluções podem ser melhor enfrentadas pelas ferramentas de que dispõe a iniciativa privada. Explicou que, embora os estudos subsidiem a modelagem da concessão, não se integram ao negócio jurídico que decorre da celebração do contrato, não vinculando o poder concedente, tampouco o concessionário. Alegou que as disposições expressamente contempladas no contrato de concessão e os riscos que lhes tenham sido atribuídos, em conformidade com a matriz de risco contratual, vinculam o poder concedente e a concessionária. Pontuou que o contrato de concessão circunscreve-se ao sítio aeroportuário, conforme descrito no Plano de Exploração Aeroportuário (PEA, Anexo 2), restando limitadas a tal área, portanto, as obrigações impostas à concessionária, assim como a sua atuação como poder concedente. Destacou competir a si a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais impostas, ou seja, verificar se o investimento obrigatório previsto no PEA foi entregue no prazo e nos padrões exigidos. Assinalou que a desocupação das áreas figura como providência de meio, a viabilizar a concretização do investimento e expansão da pista. Enfatizou que a técnica ou método utilizados pela concessionária para concretizar a desocupação da área necessária aos investimentos previstos no contrato escapam à sua competência. Referiu, ainda, que o cumprimento das obrigações contratuais sujeita-se à matriz de risco estipulada no ajuste, a qual atribui à concessionária os riscos decorrentes das desocupações do sítio aeroportuário, bem como os reassentamentos e realocações (cláusula 5.4.24 do contrato). Concluiu, assim, que importa, para o cumprimento do ajuste, que o investimento seja realizado, não sendo objeto de fiscalização e de interveniência necessária do poder concedente a atividade meio de realocação das famílias que ocupam o sítio aeroportuário.*

*Em decisão proferida no Evento 72, restou indeferido o pedido, veiculado pela Fraport no Evento 70, de que a fluência do prazo para contestação tivesse por termo a audiência de conciliação.*

*Em petição aviada no Evento 74, o Estado do Rio Grande do Sul requereu a admissão de sua intervenção anômala ou, sucessivamente, a sua habilitação na qualidade de amicus curiae.*

*Em petição aviada no Evento 75, a Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul - FIERGS requereu o deferimento de seu ingresso no feito na qualidade de amicus curiae.*

*Em petição aviada no Evento 76, a Organização Núcleo Amigos da Terra Brasil requereu a sua admissão no processo como amicus curiae.*

*Citada, a Fraport Brasil S.A. Aeroporto de Porto Alegre contestou no Evento 78. Alegou, em suma, que dentre outras melhorias a serem efetuadas no Aeroporto, o Plano de Exploração Aeroportuária (PEA) estipula a sua obrigação de providenciar a ampliação da pista de pouso e decolagem 11/29 ("Pista"), bem como a implantação de Áreas de Segurança de Fim de Pista ("RESA"). Pontuou que não apenas as desocupações das áreas já integrantes do complexo aeroportuário foram designadas a si, mas também eventual desapropriação de outras áreas que se mostrassem necessárias à consecução do objeto contratual. Sustentou, entretanto, que, diferentemente dos casos de eventual desapropriação que precisaria providenciar, nos casos de desocupações, realocações e reassentamentos do sítio aeroportuário, assumiu, como risco da atividade, apenas eventuais custos destes decorrentes, não havendo que se falar em compensação de famílias-ocupantes. Afirmou que seria possível concluir,*

*desde já, que, diante da natureza irregular da ocupação das Áreas 13 e 17 do sítio aeroportuário, as quais já foram desapropriadas pelo Estado do Rio Grande do Sul, e da inexistência de previsão de indenização em caso de desocupação, a sua obrigação deveria ser cumprida mediante o ajuizamento de ação judicial possessória, sem a imposição de qualquer compensação financeira. Asseverou que o contrato de concessão refere a desapropriação das Áreas 13 e 17, pelo que esta constituiria premissa basilar e fundamental do Leilão nº 01/2016, implicando, sua eventual inviabilidade, no questionamento da legalidade da avença. Discorreu sobre a positiva contribuição das obras de melhoria do aeroporto para a economia regional. Alegou que a ocupação da área inserta no sítio aeroportuário representa grave risco a três interesses públicos primários: (i) realocação digna das famílias; (ii) proteção física e material das famílias, que se encontram sob constante risco em razão da localização dentro do perímetro de operação do empreendimento e pela falta de saneamento básico e demais serviços públicos essenciais; (iii) ampliação tempestiva e regular do aeroporto, que contribuirá sobremaneira para o crescimento e desenvolvimento das economias local e regional. Aduziu que propôs investimento de R$ 29.256.000,00 (vinte e nove milhões e duzentos e cinquenta e seis mil reais) para auxiliar no reassentamento das famílias, o que sequer seria sua responsabilidade. Narrou que, até então, 123 famílias foram realocadas para o empreendimento Senhor do Bom Fim, que conta com 364 unidades habitacionais. Assinalou que esse loteamento teve 100% de aceitação por parte da comunidade, tendo famílias interessadas para todas as suas unidades. Quanto ao loteamento Irmãos Marista, disse que há previsão de entrega até o final do ano, tendo sido destinadas 936 unidades às famílias provenientes da Vila Nazaré. Referiu que, de acordo com o DEMHAB, mais de 400 pessoas já visitaram o empreendimento, e parte considerável teria manifestado expressamente interesse em mudar para o local, de modo que não haveria que se falar em remoção forçada. Quanto ao cadastramento dos moradores não inseridos no sítio aeroportuário, asseverou que auxiliou o Município e o DEMHAB apenas por espírito cooperativo, e não por constituir obrigação oriunda do contrato de concessão. Reportou-se às Cláusulas 2.5 e 3.1.50 do contrato de concessão, sustentando que a obrigação imposta pelo poder concedente a si é de desocupação da área, e não de eventuais reassentamentos e realocações da população que esteja ocupando o sítio aeroportuário, cabendo, tal incumbência, aos entes federativos, nos termos do art. 23, inciso IX, da Constituição Federal. Argumentou que a Cláusula 5.4.24 do contrato, que trata da alocação de riscos da concessionária, não estipularia qualquer obrigação contratual de reassentamento, mas apenas um risco a ser suportado eventualmente por si, que, em conjunto com a Cláusula 5.6.25, evidenciaria hipótese de excludente do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste contratual. Alegou que o poder concedente já teria manifestado, em diversas oportunidades, que a sua obrigação contratual restringe-se à desocupação das áreas localizadas no sítio aeroportuário, não abrangendo custos decorrentes do reassentamento que vem sendo planejado pelo Governo Federal, Estado do Rio Grande do Sul e Município de Porto Alegre há anos. Ponderou, outrossim, que, em momento algum, foi a si imputada a obrigação de efetuar repasses ao Poder Público para custear os reassentamentos, realizados como parte da política pública empreendida pelo Município, o que não poderia ocorrer sem a participação deste na avença. Sustentou a legalidade das desapropriações realizadas antes da celebração do contrato de concessão, relativamente às Áreas 13 e 17. Alegou a não ocorrência de violação aos direitos fundamentais dos moradores da Vila Nazaré em decorrência dos fatos ora discutidos. Sustentou, ainda, a existência de perigo de dano reverso na hipótese de concessão da antecipação de tutela almejada na inicial. Por fim, manifestou sua concordância com os pedidos de ingresso no feito formulados pela ANDEP, Estado do Rio Grande do Sul e FIERGS. Requereu o indeferimento integral do pleito antecipatório e a rejeição dos pedidos formulados na inicial.*

*No Evento 79, a UNIÃO manifestou-se sobre o pedido de tutela provisória de urgência. Discorreu, inicialmente, sobre a necessidade de ampliação da pista do aeroporto de Porto Alegre. Sustentou que a necessidade de realocação das famílias sempre foi tratada de maneira correta ao longo de todo o processo, sendo indevida a impugnação esposada na inicial. Defendeu que a remoção*

*acarretará melhoria de qualidade de vida às famílias que hoje residem na Vila Nazaré. Enfatizou que as novas condições de habitação oferecidas são favoráveis às famílias, as quais estariam concordando com a remoção, não havendo razão para a impugnação da continuidade das realocações. Alegou, de outro vértice, competir prioritariamente à ANAC, e não à Administração Direta, responder sobre o monitoramento e fiscalização de contratos de gestão por aquela celebrados. Ressaltou que a competência da agência incidiria sobre a fiscalização do objeto finalístico da concessão, e não sobre os meios de remoção impugnados nesta ação. Pontuou que, ao Ministério da Infraestrutura, por sua vez, competiria a formulação, a coordenação e a supervisão da política setorial, na forma da Lei nº. 13.844/2019, de modo que seria indevida a imposição de qualquer ônus de fiscalização à União. Reportou-se aos itens 2.5, 4.1.4.2 e 5.4.24 do contrato de concessão, afirmando que a desocupação das áreas é de responsabilidade da concessionária, não competindo a si a fiscalização do cumprimento do ajuste. Requereu a revogação da tutela provisória de urgência.*

*Nos Eventos 81 e 83, a Fraport apresentou o relatório referente ao cadastramento socioeconômico dos moradores da parte da Vila Nazaré externa às dependências do Aeroporto Internacional Salgado Filho, em complementação ao primeiro relatório que abrangeu os moradores das áreas públicas insertas no sítio aeroportuário. Alegou que o cadastramento não fora realizado, em sua integralidade, antes do ajuizamento da ação, em decorrência da situação das famílias residentes na Vila Nazaré, as quais estariam sob constante ameaça do crime organizado atuante na comunidade. Referiu que os próprios policiais e agentes da Brigada Militar têm encontrado dificuldade para acessar certas partes da comunidade. Quanto ao cadastramento realizado, aduziu que, no primeiro relatório, encaminhado ao MPRS em 26/10/2018, foram destacadas as informações completas de 932 ocupações, nas quais instalados 2.690 habitantes, com relação às áreas da comunidade internas ao complexo aeroportuário. Já, no relatório complementar, foram cadastradas 289 ocupações, nas quais estão instaladas 737 habitantes, com relação às áreas externas ao complexo aeroportuário.*

*No Evento 82, os autores manifestaram-se sobre o pedido de ingresso da ANDEP no feito, requerendo o seu indeferimento.*

*No Evento 85, o Município de Porto Alegre e o DEMHAB manifestaram-se contrariamente ao pedido de ingresso da ANDEP no feito.*

*No Evento 87, restou certificada a entrega, pela Fraport, na Secretaria desta 3ª Vara Federal, de seis vídeos integrantes do conjunto probatório de sua contestação, concernentes a entrevistas com moradores da Vila Nazaré.*

*Em decisão proferida no Evento 89, restaram indeferidos os pedidos de ingresso na lide formulados pela ANDEP (Evento 42), FIERGS (Evento 75) e Núcleo Amigos da Terra Brasil (Evento 76), e deferido o pedido de intervenção anômala do Estado do Rio Grande do Sul (Evento 74).*

*Em petição aviada no Evento 102, a Federação de Entidades Empresariais do Estado do Rio Grande do Sul (FEDERASUL) requereu sua admissão no feito na qualidade de amicus curiae.*

*Realizada a audiência de conciliação designada, o termo correspondente restou acostado ao Evento 103.*

*No Evento 104, sobreveio manifestação do Município de Porto Alegre e do DEMHAB. Reiteraram os fundamentos constantes da petição anexada ao Evento 25. Sustentaram a existência de periculum in mora inverso no que toca ao pedido de tutela de urgência. Destacaram as condições desumanas em que se encontram os moradores da Vila Nazaré, pontuando, por outro lado, que os empreendimentos Senhor do Bom Fim e Irmãos Maristas preservam plenamente o direito à moradia digna, à vista do saneamento, infraestrutura, locais para desenvolvimento do comércio e inclusive previsão de Unidade da Polícia Civil junto ao segundo empreendimento, que serão oferecidos àqueles*

*que residem na Vila Nazaré. Alegaram que a comunidade expressou, de forma inequívoca, a vontade de ser reassentada nos aludidos empreendimentos. Assinalaram que o cadastramento da Vila Nazaré está completo, incluindo a área externa ao sítio aeroportuário, restando, assim, prejudicado um dos pedidos liminares. Argumentaram que a exigência de Plano de Reassentamento, no estágio em que se encontra o processo, representa retrocesso, prejudicando os moradores da comunidade. Findaram, requerendo a rejeição dos pleitos liminares, com a revogação da medida concedida no Evento 28.*

*Vieram os autos conclusos.*

***Passa-se à decisão**.*

***(i) Do ingresso do feito da FEDERASUL na qualidade de amicus curiae (Evento 102).***

*Na esteira do quanto decidido no Evento 89 em relação às outras entidades que postularam o ingresso no feito, tem-se por indevida a admissão da FEDERASUL na condição de amicus curiae, por ausente a representatividade adequada, consoante exigido pela legislação de regência, considerando as questões em discussão na presente demanda.*

***(ii) Dos pedidos de tutela provisória de urgência.***

*Com relação à tutela antecipada provisória de urgência, o art. 300 do Código de Processo Civil exige a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

*No mesmo sentido é a previsão do art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável ao rito da Ação Civil Pública por força do art. 21 da Lei n.º 7.347/85, exigindo, para a concessão liminar da tutela, o relevante fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final.*

*Nessa conformação, passa-se à apreciação dos pleitos liminares formulados na inicial.*

***(a) Da conclusão do cadastramento da totalidade das famílias componentes da Vila Nazaré. Do pedido de suspensão, pela Fraport, Município de Porto Alegre e DEMHAB, de qualquer remoção, realocação ou reassentamento até a conclusão do cadastramento integral das famílias residentes na Vila Nazaré (itens II.a, II.b, III.a e III.d da inicial).***

*Tais pedidos restaram superados, tendo em vista que, em atendimento à determinação exarada no Evento 28, a Fraport concluiu o cadastramento das famílias, atividades comerciais e demais atividades geradoras de renda desenvolvidas na Vila Nazaré, incluída a área externa ao sítio aeroportuário, conforme documentação acostada aos Eventos 81 e 83.*

***(b) Dos pedidos de que a Fraport, Município de Porto Alegre e DEMHAB abstenham-se de realizar qualquer remoção, realocação ou reassentamento antes da apresentação de um Plano de Reassentamento adequado. Dos pedidos de que a Fraport elabore, e o Município de Porto Alegre e o DEMHAB aprovem, Plano de Reassentamento (itens II.c, II.g, III.b e III.e da inicial).***

*Consigne-se, em um primeiro momento, a existência de solução habitacional adequada, proposta às famílias residentes na Vila Nazaré, face à incontestável disponibilização de unidades habitacionais nos loteamentos Nosso Senhor do Bom Fim e Irmãos Maristas, cuja construção foi vinculada a tal finalidade (p. 3, ANEXO46, Evento 1).*

*O direito fundamental à moradia digna (art.6º caput da CF/88) restará concretizado, a toda evidência, mediante a implementação das soluções propostas. Deveras, consoante aduzido pelo DEMHAB e Município de Porto Alegre, os loteamentos em apreço apresentam **saneamento básico, infraestrutura, locais para comércio, e, quanto ao Irmãos Marista, posto da Polícia Civil**, coadunando-se, assim, como o teor do Comentário Geral nº 04, de 12/14/1991, do Comitê dos*

*Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas – ONU, invocado na inicial.*

*Por outro lado, a premência na conclusão do processo de reassentamento em comento é inequívoca, não apenas à vista do evidente interesse público existente na ampliação do Aeroporto Salgado Filho, mas sobretudo em face da situação de vulnerabilidade a que notadamente estão submetidas as famílias residentes na Vila Nazaré.*

*Nessa esteira, afigura-se desarrazoada nesse momento, considerando o distante início das tratativas acerca da ampliação do aeroporto - Acordo de Cooperação celebrado entre a INFRAERO e o Estado do Rio Grande do Sul para viabilizar e transferir para a União áreas necessárias a tanto, em 09/08/2010 (doc. ANEXO 10, Evento 1) e Contrato de Concessão firmado com a Fraport em 28/07/2017 (doc. ANEXO15, Evento 1) -, o adiantado da obra, a necessidade de que sejam observados os prazos estabalecidos na avença (CONTR5, Evento 78) e de que as partes sejam retiradas do ambiente de risco em que vivem, a determinação de elaboração (**tardia**) do pretendido Plano de Reassentamento.*

*Ao que se infere do processado, o loteamento situado na Rua Senhor do Bom Fim dispõe de 364 unidades, inclusive espaço para comércios (p. 3, ANEXO 35, Evento 1), a serem destinadas às famílias da Vila Nazaré. Já, quanto ao loteamento Irmãos Maristas, que tem previsão de entrega até o final do ano, extrai-se que 936 de suas unidades, inclusive áreas para comércio, serão destinadas às famílias da Vila Nazaré (p. 3, doc. ANEXO 35, Evento 1 e p. 41, doc. CONTEST1, Evento 78). Em contrapartida, foram cadastradas pela empresa ITAZI, contratada pela Fraport para concluir tal levantamento, 1221 ocupações, incluindo a área externa ao sítio aeroportuário (MANIF1, Evento 81). Constata-se, ainda, que 123 famílias já foram reassentadas no loteamento Senhor do Bom Fim (p. 39, doc. CONTEST1, Evento 78) (docs. ATA5 e OUT6, Evento 25).*

*Como visto, o número de unidades habitacionais oferecidas é superior ao de ocupações existentes na Vila Nazaré, incluída a **área externa** ao sítio aeroportuário, não existindo qualquer impedimento, portanto, a que inclusive a integralidade das famílias seja abrangida pelo programa de desocupação que vem sendo desenvolvido com êxito pelo DEMHAB, Município de Porto Alegre e Fraport, consoante requerido na inicial.*

*Não se pode olvidar, a propósito, do risco decorrente da permanência da ocupação, o qual há de ser entendido tanto em relação aos **usuários** das aeronaves, face ao perigo de acidentes aéreos (animais que invadem a pista, aves que são atraídas ao local em razão da falta de saneamento, interferindo na decolagem e pouso, etc) quanto aos moradores que ali permanecerem, considerando que, por vezes adentram indevidamente à área proibida e estão próximos à área de movimentação das aeronaves (p. 3, ANEXO42, Evento 1), a **recomendar** também a remoção das famílias residentes na **área externa** ao sítio aeroportuário.*

*Nada obstante, há de se **priorizar** os ocupantes do sítio aeroportuário, incontestavelmente sujeitos a maior risco, uma vez que ocupam a própria área delimitada como sendo a que demanda imediata liberação, sob pena de inviabilizar o prosseguimento da obra de expansão aeroportuária de interesse inequívoco à população riograndense.*

*Especificamente quanto à forma como tem-se desenvolvido a desocupação, mister assinalar, consoante registrado na decisão acostada ao Evento 28, que o critério utilizado pelo Município de Porto Alegre e pelo DEMHAB para a realização da **primeira etapa** de remoção revelou-se justo e adequado, uma vez que, a partir da livre manifestação de vontade de cada uma das famílias contempladas, utilizou como regra definidora dos contemplados a **vulnerabilidade dos núcleos familiares**, como idade avançada e a presença de pessoas portadoras de necessidades especiais, consoante previsto no art. 3º da Lei n.º 11.977/09 e Portaria n.º 412/15 do Ministério das Cidades.*

*Nessa perspectiva, face à existência de novas famílias cadastradas (área do sítio aeroportuário), há de ser revisada a eventual existência de outros núcleos que se enquadrem em tal condição de vulnerabilidade previamente ao sorteio das unidades habitacionais remanescentes aos demais moradores, referentes ao loteamento Senhor do Bom Fim, assim como em relação às unidades ofertadas no loteamento Irmãos Marista.*

*Ato contínuo, a **segunda etapa** de remoção há de prosseguir nos moldes estipulados pelo Município e DEMHAB, ou seja, mediante sorteio a ser efetivado dentre as famílias residentes no **sítio aeroportuário** que **manifestarem interesse** à ocupação das unidades habitacionais oferecidas, ressalvadas as situações de prioridade pontuadas acima.*

*Ainda, diante da existência de unidades habitacionais que superam a **integralidade** de famílias que residem na Vila Nazaré, outro não pode ser o encaminhamento senão o de que tais as **unidades remanescentes** sejam ofertadas às famílias residentes na **área externa ao sítio aeroportuário**, também observadas, neste ulterior momento, as situações de vulnerabilidade já mencionadas.*

*Quanto às famílias que **motivadamente** recusarem a remoção para as unidades oferecidas nos loteamentos Senhor do Bom Fim e Irmãos Maristas, após a realização de sorteio e observadas as prioridades estabelecidas, há de ser desenvolvida, oportunamente, solução junto ao DEMHAB, Município de Porto Alegre e Fraport, não sendo razoável antecipar situação que pode inclusive não se concretizar na prática. O mesmo há de ser observado em relação às famílias que não se enquadrarem nos critérios do Programa Minha Casa Minha Vida (MCMV).*

*Cumpre destacar, a respeito do ponto, o teor do Acordo de Cooperação Técnica celebrado pela Fraport com o Município de Porto Alegre (ANEXO8, Evento 1):*

> *[...]*
>
> *2. OBRIGAÇÕES DAS PARTES*
>
> *2.1 Compete à FRAPORT*
>
> *[...]*
>
> *2.1.5 Acaso as residências construídas pela CEF não sejam suficientes para o reassentamento das famílias ocupantes da Vila Nazaré (Áreas 13 e 17) ou estas ofereçam objeção ao reassentamento nos Empreendimentos construídos mencionados acima, a FRAPORT poderá arcar com eventuais compensações financeiras que venha, a ser negociados entre esta e os moradores-ocupantes.*

*Sobreleva consignar, outrossim, que, a despeito da discussão atinente à responsabilidade pelo custeio do reassentamento, que será apreciada em momento próprio, não se dessume do contrato de concessão a obrigação de que seja ofertada, desde já, uma **terceira via de solução habitacional** aos moradores da Vila Nazaré. Consoante esposado, a solução habitacional apresentada afigura-se adequada, e, ao menos, em um primeiro momento, suficiente no sentido de contemplar inclusive a **totalidade** de famílias, tendo em vista o número de unidades oferecidas. Tal conclusão não inviabiliza, entretanto, que, ulteriormente, seja implementada forma de realocação residual àqueles moradores que, por alguma razão justificada, não forem reassentados nos empreendimentos oferecidos.*

*Quanto à divulgação, às famílias, das opções existentes, extrai-se que o Município e a Fraport vêm se desincumbindo de tal mister. Em reunião realizada em 11/06/2019, o DEMHAB afirmou que a comunidade tem sido informada sobre as possibilidades de solução habitacional durante o cadastramento. Na mesma oportunidade, referiu a realização da audiência pública promovida pela Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa, bem ainda que os representantes da comunidade foram informados de que as famílias que desejassem ir para o loteamento situado na Rua Senhor do Bom Fim deveriam manifestar interesse perante o DEMHAB (p. 3, ANEXO5, Evento*

*1). Em audiência realizada nestes autos, reiterou que houve ampla divulgação dos dois empreendimentos destinados a receber as famílias da Vila Nazaré.*

*Aliás, depreende-se da própria execução do cadastramento, que os moradores estão cientes da oferta das unidades habitacionais nos aludidos loteamentos. Conforme noticiado pela Fraport, também por ocasião da audiência realizada por este Juízo, foram colocados contêineres na entrada da Vila Nazaré para que as famílias pudessem buscar informações sobre os empreendimentos (doc. TERMOAUD1, Evento 103).*

*A somar-se, a mesma conclusão é extraída do Quadro de Indicadores do Projeto Técnico Social Vila Nazaré (p. 62/66, doc. ANEXO3, Evento 1).*

*Destarte, por ausente probabilidade do direito, impende rejeitar os pedidos liminares deduzidos nos itens II.c, II.g, III.b e III.e da inicial.*

*Ainda, diante de todo o esposado, há de ser determinada a revogação do item II da decisão acostada ao Evento 28, que havia determinado a suspensão da contratação, remoção/realocação de famílias para novas unidades dos empreendimentos Nosso Senhor do Bom Fim e Irmãos Maristas, em relação aos contemplados a partir da segunda etapa de reassentamento.*

***(c) Dos pedidos de determinação de que a Fraport, o Município de Porto Alegre e o DEMHAB abstenham-se de realizar qualquer remoção, realocação ou reassentamento forçado ou contra a vontade de moradores localizados na vila Nazaré (itens II.d e III.c da inicial).***

*Ao que se pode inferir do processado, a manifestação de vontade das famílias está sendo respeitada, não tendo sido **minimamente** comprovada a realização de remoções **forçadas** pelos réus em questão, sendo oportuno destacar a respeito o conteúdo dos arquivos de mídia mencionados no Evento 87, que, aliás, acenam em sentido contrário à sugerida opressão.*

*Portanto, ausente amparo ao acolhimento de tais pedidos.*

***(d) Do pedido de que a Fraport apresente proposta de solução que abranja a totalidade das famílias componentes da Vila Nazaré (item II.e da inicial).***

*Conforme esposado no item 'b', o número de unidades habitacionais oferecidas é **superior** ao de ocupações existentes na Vila Nazaré, pelo que as famílias residentes na área externa ao sítio aeroportuário também devem ser abrangidas pela solução habitacional proposta pelo Poder Público.*

*A propósito, na ata da reunião interinstitucional ocorrida em 11/06/2019, assim restou consignado: "Do tratado, ficou esclarecido que os empreendimentos MCMV Senhor do Bomfim e Irmãos Maristas, na integralidade das unidades habitacionais, serão disponibilizados, pelo Município, a todos os moradores da Vila Nazaré (p. 4, ANEXO5, Evento 1). Também, na ata referente à reunião realizada em 11/01/2019 restou consignado o que segue: "pelo MPE e DEMHAB foi afirmado que essas famílias estão incluídas na solução habitacional das demais, que essa condição inclusive foi exigência da FEPAM por conta do licenciamento ambiental (p. 6, ANEXO 12, Evento 1).*

*Destarte, resta prejudicada, ao menos neste momento, a apreciação de tal pedido.*

***(e) Do pedido de que a Fraport assegure o custeio do valor integral do reassentamento, observando-se os parâmetros definidos no EVTEA. Do pedido de que a Fraport promova o necessário repasse aos órgãos públicos respectivos, preferencialmente pela oferta de imóveis de mesmo padrão e condições para reassentamento de outras famílias de baixa renda, em caso de remoção voluntária dos moradores localizados na Vila Nazaré para os empreendimentos Irmãos Maristas e Senhor do Bem Fim, ou outra localidade custeada ou construída com recursos públicos (itens II.f e II.h da inicial).***

*Não se verifica a existência de perigo de dano, consoante exigido pela legislação de regência, alhures citada, a autorizar a apreciação de tal pedido em sede liminar.*

*Desse modo, rejeitam-se, neste momento processual, tais pretensões, as quais serão analisadas por ocasião da prolação de sentença, em juízo de cognição exauriente.*

***(f) Dos pedidos de que a ANAC, e subsidiariamente a União, promovam os atos necessários de fiscalização da empresa concessionária Fraport, de modo que esta se abstenha de realizar qualquer remoção forçada e apresente solução habitacional que abranja a totalidade das famílias da Vila Nazaré (itens I.a e I.b da inicial).***

*Depreende-se do Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração do Aeroporto de Porto Alegre - Salgado Filho (ANEXO15, Evento 01) que à ANAC, na condição de poder concedente, compete, dentre outras obrigações, exigir da concessionária a observância às especificações e disposições contratuais, além de analisar os projetos, planos e programas relativos à implantação do Aeroporto, exigir as modificações que se revelarem necessárias para atendimento ao Plano de Exploração Aeroportuária (PEA), além de disponibilizar à concessionária a área do Aeroporto, descrita no PEA, no estado em que se encontra. Confira-se:*

> *Seção II- Do Poder Concedente*
>
> *[...]*
>
> *3.2. São direitos e deveres do Poder Concedente:*
>
> *3.2.1. assegurar o cumprimento das obrigações contratuais, preservando os direitos da ANAC, da Concessionária e dos Usuários;*
>
> *[...]*
>
> *3.2.3 exigir da Concessionária a estrita obediência às especificações e disposições contratuais;*
>
> *[...]*
>
> *3.2.5. analisar os projetos, planos e programas relativos à implantação do Aeroporto, bem como exigir as modificações que se revelarem necessárias para atendimento ao PEA;*
>
> *[...]*
>
> *3.2.13. disponibilizar a área do Aeroporto descrita no Anexo 2- Plano de Exploração Aeroportuária, no estado em que se encontra, à Concessionária, ressalvado o disposto nos itens 2.5 e 2.6 e observado o disposto no item 3.1.40 deste contrato;*

*Por outro lado, o contrato estabelece que Concessionária é responsável por eventuais desocupações de áreas do sítio aeroportuário, nos seguintes termos:*

> *Seção I - Da Área*
>
> *[...]*
>
> *2.3. O Complexo Aeroportuário será transferido à Concessionária, no estado em que se encontra, concomitantemente à celebração do presente Contrato.*
>
> *[...]*
>
> *2.5. Eventuais desocupações de áreas localizadas no sítio aeroportuário, em posse ou detenção de terceiros, prévias ou posteriores à celebração do Contrato, serão de integral responsabilidade da Concessionária.*
>
> *[...]*

*CAPÍTULO III - DOS DIREITOS E DEVERES*

*[...]*

*Subseção VIII - Da Responsabilidade*

*3. 1. 50. manter a integridade da área do Aeroporto, inclusive adotando as providências necessárias à desocupação das áreas do sítio aeroportuário ocupadas por terceiros;*

*[...]*

*CAPÍTULO V - DA ALOCAÇÃO DOS RISCOS*

*[...]*

*Seção II - Dos Riscos da Concessionária*

*5.4. Observado o disposto no item 5.3, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:*

*[...]*

*5.4.24. custos decorrentes das desocupações do sítio aeroportuário referidas no item 3.1.50, bem como de eventuais reassentamentos e realocações;*

*Nessa conformação, tem-se que se insere no âmbito de fiscalização da agência reguladora a **desocupação**, pela concessionária, da **área necessária à ampliação da infraestrutura aeroportuária**, prevista no contrato. O procedimento adotado pela empresa concessionária para a realização de tal obrigação, entretanto, refoge às obrigações do poder concedente, por não dizer com o objeto final da avença.*

*Tal obrigação também não pode ser imposta à União, tendo em vista que, por força das disposições da Lei nº. 11.182/2005, a sua obrigação de regulação e fiscalização da aviação civil e infraestrutura aeronáutica dá-se por intermédio da ANAC, a qual detém autonomia administrativa e financeira. Confira-se:*

*Art. 1º Fica criada a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial, vinculada ao Ministério da Defesa, com prazo de duração indeterminado.*

*Art. 2º Compete à União, por intermédio da ANAC e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.*

*[...]*

*Art. 4º A natureza de autarquia especial conferida à ANAC é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes.*

*Art. 5º A ANAC atuará como autoridade de aviação civil, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.*

*De qualquer modo, consoante alhures esposado, não restou comprovado que a empresa concessionária esteja se valendo de remoção forçada para desocupar a área, a exigir eventual interferência por parte da agência reguladora.*

*Ainda, quanto ao **item I.b** cumpre frisar que a solução habitacional existente contempla inclusive as famílias residentes na área externa ao sítio aeroportuário.*

*Desta feita, a rejeição dos referidos pedidos é medida que se impõe.*

***(g) Do pedido de que a ANAC, e subsidiariamente a União, promovam os atos necessários de fiscalização, de modo a que a Fraport seja instada a cumprir as disposições contratuais referentes a sua responsabilidade e obrigação de, ao promover a desocupação da área, arcar com os custos financeiros de reassentamento e realocação dos moradores da Vila Nazaré (item I.c da inicial).***

*Não se vislumbra a existência de perigo de dano, consoante exigido pela legislação de regência, alhures citada, a autorizar a apreciação de tal pedido em sede liminar, previamente à dilação probatória.*

*Destarte, rejeita-se, neste momento processual, tal pretensão, a qual será analisada por ocasião da prolação de sentença, em juízo de cognição exauriente.*

***(iii) Conclusão.***

*Ante o exposto, nos termos da fundamentação:*

*a)* ***reputo SUPERADOS*** *os pedidos deduzidos nos itens II.a, II.b, III.a e III.d da inicial.*

*b)* ***reputo PREJUDICADO*** *o pedido deduzido no item II.e da inicial.*

*c)* ***INDEFIRO*** *os demais pedidos de tutela provisória de urgência antecipada formulados na inicial;*

*d)* ***DETERMINO*** *que reste observado, no processo de reassentamento, as disposições constantes do item 'b' da fundamentação.*

*e)* ***REVOGO*** *a determinação exarada no item "ii" da decisão acostada ao Evento 28.*

*Intimem-se.*

*Intime-se a Defensoria Pública do Estado, ainda, da decisão acostada ao Evento 89.*

*Aguarde-se o decurso do prazo de citação dos réus.*

A parte agravante (Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Defensoria Pública da União e Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul) pede a reforma da decisão, alegando que: **(a)** a solução de realocação das famílias para o empreendimento MCMV "Irmãos Maristas" não é adequada para todos, pois algumas residências da Vila Nazaré são melhores e maiores do que os apartamentos oferecidos, além da mudança para a localidade do empreendimento prejudicar ou inviabilizar o trabalho com reciclagem de resíduos sólidos, e impactando noutros aspectos, tais como acesso a creche, a unidade básica de saúde e segurança pública; **(b)** há outras possíveis soluções habitacionais concretas, realmente adequadas, que não representem retrocesso social de direitos fundamentais, tais como a compra assistida ou a disponibilização de bônus moradia; **(c)** a remoção na forma como está sendo feita acarretará abandono ou venda informal das unidades habitacionais, pela falta de condições de manter a nova moradia, pela insustentabilidade do reassentamento; **(d)** a FRAPORT não cumpriu determinação anterior do juízo, pois apresentou cadastro completo das famílias que residem no Novo Sítio Portuário sem indicar aceitação ou não das famílias de serem reassentadas em unidade habitacional do MCMV Irmãos Maristas; **(e)** a recusa dos moradores de irem para MCMV Irmãos Maristas é fator idôneo para que seja oferecida imediatamente uma terceira via habitacional; **(f)** a elaboração de um Plano de Reassentamento prévio é necessário para atender ao dever de informação e dar transparência ao procedimento de realocação; **(g)** quanto à realocação forçada ou contra a vontade dos moradores, deve-se considerar que 214 cadastros já não aceitaram ir para o MCMV Irmãos Maristas e que os cadastros enviados ao MPF em 18/09/2019 não contém informação sobre a aceitação dessas famílias, do que se conclui que o processo de realocação não está sendo transparente, omitindo documentos imprescindíveis, ao que parece justamente para

não evidenciar a contrariedade da população às soluções habitacionais oferecidas; **(h)** houve uma única audiência pública realizada pela Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa, à qual a concessionária se recusou a comparecer, em que a comunidade reagiu à realocação e solicitou que outra opção fosse dialogada; **(i)** a apresentação de solução habitacional alternativa ulteriormente àqueles moradores que, por alguma razão justificada, não aceitarem a solução proposta, nos termos da decisão agravada, ou em verdade não resistirem ao discurso "Timbaúva ou aluguel social", "Timbaúva ou Choque", "Timbaúva ou rua", este último que consta inclusive de manifestação escrita da ré FRAPORT (evento 1 – doc. 32), equivale a remoção forçada por falta de opção, contra a vontade dos moradores, situação que o Poder Judiciário não pode admitir; **(j)** não basta que os empreendimentos tenham capacidade de receber todas as famílias, sendo necessário que a solução habitacional tenha qualidade, descatando-se, neste ponto, o seguinte: os ocupantes devem ter seu direito à moradia assegurado em razão de ocuparem a área há muitos anos (estando protegidos por institutos como a usuapião, implementada antes mesmo da desapropriação feita pelo Município, e como a concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas); em casos anteriores de interesse público em áreas ocupadas, como a Vila Chocolatão e a Ilha Grande dos Marinheiros, a desocupação se deu mediante negociação de uma solução habitacional com compensação financeira aos moradores; muitas residências na Vila Nazaré são de boa qualidade, com metragem superior ao padrão do MCMV, diferente do que a Fraport trouxe aos autos para representar aquela comunidade, conforme fotos na inicial do agravo (p. 37/41); o direito ao trabalho também não está sendo preservado, pois expressiva parcela dos moradores tiram seu sustento da reciclagem de resíduos sólidos e o reassentamento até então proposto e realizado não possibilita a continuidade dessa atividade econômica, não se valendo para tal fim a existência de alguns locais para exploração comercial, o que compromete a geração de renda das famílias; o direito à segurança não está sendo garantido, pois o bairro Rubem Berta/Timbaúva, local do empreendimento MCMV Irmãos Maristas/Timbaúva, é considerado o mais violento de Porto Alegre devido ao tráfico de drogas, devendo o receio da família por sua segurança ser considerado como fundamentação idônea para se negar a aderir à solução atualmente (im)posta, a justificar opção pela terceira via ora defendida; **(k)** é responsabilidade da Fraport dar uma solução habitacional para desocupação da área, conforme previu o edital de leilão e o Contrato de Concessão, em que consta expressamente a obrigação da concessionária pelos custos decorrentes das desocupações do sítio aeroportuário, bem como de eventuais reassentamentos e realocações; **(l)** tanto é de sua responsabilidade que uma terceira via já havia sido por ela proposta extrajudicialmente em 07/02/2019, a qual não foi aceita por estar limitada a quantia insuficiente para dar conta do que é necessário (R$ 29.256.000,00).

Pede, assim, o encaminhamento do agravo ao sistema de conciliação deste Tribunal e a antecipação da tutela recursal para determinar aos agravados:

*d.1) apresentação de um plano de reassentamento a toda a comunidade remanescente na Vila Nazaré, em reunião pública, que contemple solução alternativa aos empreendimentos Minha Casa Minha Vida (a título de exemplo, compra assistida ou bônus moradia, em valor compatível com os estudos prévios à concessão);*

*d.2) disponibilização, concomitante ao reassentamento, de local e infraestrutura adequada e em quantidade suficiente a todas as atividades de geração de renda, incluída reciclagem (com garantia de entrega permanente de resíduos sólidos, dada a distância do local do empreendimento, a exemplo do estabelecido no TAC da Vila Chocolatão), exercidas pelas famílias que optarem pelos empreendimentos Minha Casa Minha Vida;*

*d.3) disponibilização, concomitante ao reassentamento, de serviços públicos de creche, escola e Unidade Básica de Saúde (local, profissionais, equipamentos) suficientes ao porte dos empreendimentos Minha Casa Minha Vida;*

*d.4) imediata realização do trabalho social junto aos moradores da Vila Nazaré;*

Ao final, pede o provimento do agravo de instrumento para que seja assegurado ao menos:

*e.1) apresentação de um plano de reassentamento a toda a comunidade remanescente na Vila Nazaré, em reunião pública, que contemple solução alternativa aos empreendimentos Minha Casa Minha Vida (a título de exemplo, compra assistida ou bônus moradia, em valor compatível com os estudos prévios à concessão);*

*e.2) disponibilização, concomitante ao reassentamento, de local e infraestrutura adequada e em quantidade suficiente a todas as atividades de geração de renda, incluída reciclagem (com garantia de entrega permanente de resíduos sólidos, dada a distância do local do empreendimento, a exemplo do estabelecido no TAC da Vila Chocolatão), exercidas pelas famílias que optarem pelos empreendimentos Minha Casa Minha Vida;*

*e.3) disponibilização, concomitante ao reassentamento, de serviços públicos de creche, escola e Unidade Básica de Saúde (local, profissionais, equipamentos) suficientes ao porte dos empreendimentos Minha Casa Minha Vida;*

*e.4) imediata realização do trabalho social junto aos moradores da Vila Nazaré.*

Pede, assim, a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do agravo de instrumento para reformar a decisão agravada.

Foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal.

A decisão foi agravada.

Houve contrarrazões.

O processo foi incluído em pauta.

É o relatório.

**V O T O**

A decisão inicial que indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal está assim fundamentada:

***Quanto ao pedido de remessa deste agravo de instrumento ao Sistema de Conciliação**, indefiro o pedido porque a conciliação deve ser buscada na origem, perante o juízo que está mais próximo das partes e tem melhores condições de mediar os interesses das partes numa causa como esta. Na origem, foi realizada audiência de conciliação, em que o juízo ficou a par dos posicionamentos das partes quanto às providências que vem sendo tomadas, quanto ao que se entende necessário seja feito e quanto às responsabilidades dos entes envolvidos, restando, porém, inexitosa (evento 103 do processo originário). O agravo de instrumento restringe-se a revisar o que foi decidido na origem, depois da audiência, não cabendo aqui substituir-se ao juiz da causa na tentativa de conciliação. Nada obsta que, na origem, as partes continuem dialogando em busca de uma nova tentativa de*

*conciliação. Mas não parece apropriado que seja reaberto neste momento neste agravo de instrumento os procedimentos próprios da conciliação.*

***Quanto aos pedidos liminares**, embora as alegações da parte agravante, julgo neste momento inicial não estarem presentes os requisitos necessários para o deferimento da tutela recursal antecipada, entendendo por ora deva ser mantida a decisão agravada, por estes fundamentos:*

***(a)** o juízo de origem está próximo das partes e dos fatos, devendo ser prestigiada sua apreciação dos fatos da causa, não existindo nos autos, nesse momento, situação que justificasse alteração do que foi decidido. No caso específico dos autos, observa-se o empenho do juízo em aproximar as partes, ouvir seus argumentos e conhecer as questões litigiosas, através da audiência de conciliação que realizou e das demais providências que adotou nos autos;*

***(b)** a decisão agravada está suficientemente fundamentada, neste momento parecendo a este relator que aquele entendimento deva ser mantido porque bem equacionou as questões controvertidas. As questões debatidas são bastante complexas e envolvem várias pessoas e interesses, parecendo nesse momento inicial que foram bem considerados pelo juízo agravado em sua decisão, como passo a examinar;*

***(c)** a probabilidade de provimento deste agravo de instrumento é escassa, considerando que as medidas requeridas são profundas e, por isso, demandam contraditório e instrução probatória, além de uma análise detida das obrigações dos entes envolvidos, o que me parece deva ser feita em nível de cognição exauriente. O que pareceu mais urgente ao juízo de origem foi provido em decisão anterior, determinando a suspensão das remoções até realização de audiência e realização do cadastramento das famílias pela concessionária. O cadastramento das famílias parece ter sido feito, conforme documentos juntados pela concessionária no processo (eventos 81 e 83 do processo originário), ainda que não apresentem a informação sobre a aceitação ou recusa da solução habitacional MCMV Irmãos Maristas. A conciliação foi tentada na origem. Embora inexitosa, a audiência proporcionou um diálogo e uma aproximação do juízo dos fatos e das vontades das partes, e foi bastante prudente o juízo ao realizar essa audiência que, embora não tenha conseguido naquele momento o consenso, permitiu que as questões controvertidas fossem discutidas.*

*Destaco que a desocupação da área envolve a remoção de mais de duas mil pessoas, as quais certamente possuem necessidades diversas e muitas vezes talvez até conflitantes, de modo que a mudança em igual condições para todas trará benefícios para uns e prejuízos para outros. A questão é complexa para ser decidida em nível de liminar nesta ação. Em princípio, existe uma solução adotada pelos entes públicos que daria conta do reassentamento de todos os ocupantes, ao menos no que tange à moradia, considerando os dois empreendimentos MCMV selecionados para isso e lhes assegurando um mínimo existencial que lhes permita vida digna. Parece que apenas famílias que concordaram já foram removidas para o empreendimento. Mas não se tem notícia de remoção forçada que exigisse um provimento de urgência em nível de liminar, seja porque fosse desproporcional, seja porque fosse ilegal. Aparentemente, as questões vêm sendo conduzidas dentro da regularidade do devido processo legal e com observância de garantias mínimas aos envolvidos.*

*Existem motivos referidos na decisão agravada (longo tempo de negociação para desocupação, riscos aos usuários de transporte aéreo, riscos aos ocupantes da área em razão da proximidade do aeroporto) que justificam o prosseguimento das medidas adotadas administrativamente para desocupação da área, da forma como vem sendo conduzido. A adoção de outras medidas para solucionar demandas das famílias referentes ao acesso à saúde, educação, trabalho, poderão ser avaliadas ao longo do processo, inclusive pela via da conciliação, e provendo-se o que for necessário de urgência. Porém, não se verifica, neste momento, a urgência para que as medidas postuladas fossem deferidas.*

*Por fim, considerando que um mínimo já foi assegurado para a remoção das famílias, considerando que os réus não se mostram insolventes e poderão perfeitamente responder por eventuais medidas*

*adicionais que eventualmente lhes fossem impostas, e considerando que há interesse público relevante envolvido, não apenas quanto à segurança das pessoas envolvidas, mas também quanto à continuidade da ampliação do serviço público essencial (transporte aéreo, ampliação do aeroporto, etc), verifico que não é caso de deferimento do efeito suspensivo neste momento postulado pelos órgãos-autores da ação civil pública.*

*Ante o exposto,* ***indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal****.*

Não vislumbro razões para conclusão diversa. O juízo originário decidiu adequadamente os pleitos formulados em sede liminar, sobretudo nesta fase processual, bem equacionando os interesses envolvidos, merecendo destaque os seguintes pontos:

a) A remoção das famílias para as novas residências tem ocorrido de forma voluntária;

b) A determinação para realização de estudo e cadastro socioeconômico do grupo familiar foi cumprida, inclusive com acréscimo de vasta documentação a esse respeito nos eventos 81 a 83 e 208 a 212 do processo originário;

c) Ainda que haja insatisfação de parcela dos ocupantes, não é correto afirmar que a proposta da Fraport e do Município de Porto Alegre não engloba a totalidade das famílias da Vila Nazaré;

d) O critério adotado pelo Município de Porto Alegre e pelo DEMHAB para a realização da primeira etapa de remoção revelou-se adequado. Tem sido observada e priorizada a vulnerabilidade dos núcleos familiares, como idade avançada e a presença de pessoas portadoras de necessidades especiais, tal qual previsto no art. 3º da Lei n.º 11.977/09 e Portaria n.º 412/15 do Ministério das Cidades.

e) Não se mostra razoável o deferimento de determinação para que os agravados abstenham-se de continuar os procedimentos realocação na forma como vêm ocorrendo;

e) A decisão agravada não extingue a possibilidade do exame de soluções alternativas para realocação das famílias, tendo apenas remetido tal exame, após contraditório, para a sentença.

**Reitero o entendimento de que,** deferidas as questões realmente urgentes para o fim de assegurar a remoção digna dos ocupantes, a adoção de outras medidas para solucionar demandas específicas referentes ao acesso à saúde, à educação, e ao trabalho, tratando-se de questão complexa, deve ser solucionada em sede de cognição exauriente.

**Concluindo,** mantenho a decisão agravada.

Ante o exposto, voto por **negar provimento** ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo interno.

**CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR,**
**Desembargador Federal Relator.**
Em 12/03/2020.

# Área do direito:
# Urbanismo e meio ambiente

## REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA.
## AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VILA RESVALO (VILA NOSSA SENHORA DAS GRAÇAS)

Simone Somensi [6]
Carolina Teodoro Falleiros [7]

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 9044510-87.2017.8.21.0001/RS
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RÉUS: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE E DEMHAB - DEPARTAMENTO DE HABITAÇÃO DE PORTO ALEGRE

### COMENTÁRIOS

Foi ajuizada ação civil pública pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, através de sua Promotoria de Justiça e Habitação e Defesa da Ordem Urbanística, contra o Município de Porto Alegre e o Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB. A demanda trata do núcleo urbano informal conhecido como Vila Resvalo (Vila Nossa Senhora das Graças), localizado na Zona Sul do Município.

Na petição inicial, o autor sustenta que em que pese a Vila Resvalo (Vila Nossa Senhora das Graças) esteja incluída no Programa Integrado Sócio Ambiental (PISA), pouco teria se evoluído no sentido de regularização da ocupação. Nas palavras do *Parquet*, a ação civil pública tem por objeto a regularização fundiária sustentável do referido núcleo urbano, de forma a garantir o direito social fundamental à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No entender do Ministério Público, o DEMHAB e o Município de Porto Alegre teriam deixado de adotar as providências cabíveis.

Os pedidos foram de condenação dos réus a proceder ao levantamento atualizado dos ocupantes e eventuais reassentamentos; à regularização fundiária

[6] Procuradora Municipal de Porto Alegre. Chefe da Procuradoria de Assistência e Regularização Fundiária.
[7] Procuradora Municipal de Porto Alegre.

e urbanística da Vila Resvalo; à reparação de danos ambientais, caso constatados, e, por fim, a multa diária em caso de descumprimento.

Em contestação, o DEMHAB sustentou sua ilegitimidade passiva, bem como a falta de interesse de agir do Ministério Público, por não haver omissão por parte do ente municipal. Discorreu sobre as ações que o DEMHAB e o Município de Porto Alegre promovem na Vila Resvalo em razão da verificação da impropriedade para moradia, por localizar-se em beira de arroio, como a utilização do bônus-moradia instituído pela Lei Municipal nº 10.443/2018[8] e regulamentado pelo Decreto nº 19.832/2017[9]. Esclareceu que, por esse sistema, o morador adquire de modo assistido outro imóvel, em lugar de sua escolha, mediante subsídio financeiro, com recursos do PISA. Acrescentou, ainda, que os moradores que não manifestaram vontade de aderir ao sistema do bônus moradia já estavam se organizando em cooperativa, para acessar recursos do Programa Municipal de Fomento ao Cooperativismo e construírem por conta própria em outro local.

Concluiu a entidade autárquica que não havia qualquer prova de omissão municipal, e que o autor ministerial pretendia impor seu próprio ritmo ao andamento do programa, revelando desconhecer os limites orçamentários, as complexidades técnicas e sociais envolvidas e o sistema de controle a que está submetida a Administração.

Por sua vez, em defesa, o Município de Porto Alegre, através da Procuradoria de Assistência e Regularização Fundiária - PARF, esclareceu que a Vila Resvalo faz parte do Programa Integrado Socioambiental, que está em execução, com ações concretas sendo realizadas ou planejadas no tempo. Sustentou, ainda, a falta, na petição inicial, de identificação da área do núcleo urbano informal e de seu proprietário, bem como a inexistência de omissão do ente municipal que justificasse o ajuizamento de ação civil pública. Assentou que o Ministério Público ajuizou ação judicial para buscar bem jurídico que já era objeto de planejamento e execução na seara administrativa.

A PARF apresentou, ainda, esclarecimentos sobre a Lei Federal nº 13.465/2017[10], que deu nova disciplina à regularização fundiária urbana, e já se encontrava em vigor quando do ajuizamento da ação civil pública. Para além de reconhecer os problemas oriundos do parcelamento irregular, a nova lei

---

[8] PORTO ALEGRE. **Lei nº 10.443, de 23 de maio de 2008**. Institui o bônus-moradia para a execução do programa integrado socioambiental - pisa - e dá outras providências. [S.l.: s.n., 2020]. Disponível em: http://leismunicipa.is/angjs. Acesso em: 21 out. 2020.

[9] PORTO ALEGRE. **Decreto 19.832, de 11 de setembro de 2017.** Reajusta o valor máximo do Bônus-Moradia para a execução do Programa Integrado Socioambiental (PISA), por força do art. 2º, § 3º, da Lei nº 10.443, de 23 de maio de 2008. [S.l.: s.n., 2020]. Disponível em: http://leismunicipa.is/nvhds. Acesso em: 21 out. 2020.

[10] BRASIL. **Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobreda%20Uni%C3%A3o%3B%20e%20d%C3%A1%20outras. Acesso em: 21 out. 2020.

estabelece procedimentos para a regularização fundiária urbana e exige decisão administrativa a cada etapa da respectiva regularização. Todo o capítulo III, a partir do artigo 28, trata de procedimentos que são realizados mediante atos administrativos, que são o meio pelo qual a Administração Pública se manifesta. Esses atos administrativos têm requisitos de forma e validade, e possuem características inerentes ao regime jurídico administrativo.

No caso da Vila Resvalo (Vila Nossa Senhora das Graças), o Ministério Público, embora expressamente incluído no rol dos legitimados do artigo 14 da Lei Federal nº 13.465/2017, sequer requereu administrativamente ao Município que instaurasse a regularização fundiária urbana. Não oportunizou que o Município, após análise técnica e jurídica, verificasse, motivadamente, a viabilidade de instauração da Reurb no núcleo urbano informal. Dessa forma, a PARF apresentou tese defensiva no sentido de que o Ministério Público, ao não requerer a instauração de Reurb e sustentar que o Município não poderia negá-la, estava, em outros termos, dizendo que não haveria espaço de decisão no ato administrativo a ser praticado, o que subverte o regime jurídico administrativo. Em nosso sistema constitucional há limites claros à discricionariedade administrativa e, na densificação da regularização fundiária, os limites foram previstos na própria lei. Mas a tomada de decisão, observados os parâmetros jurídicos, cabe a quem administra. Foram tecidas, ainda, considerações sobre a tríplice dimensão da reserva do possível à luz da doutrina de Ingo Sarlet.

Houve audiência de instrução, oportunidade em que foram ouvidas testemunhas arroladas pelo Município de Porto Alegre e pelo DEMHAB.

Sobreveio a sentença, que julgou os pedidos totalmente improcedentes. Na fundamentação, o Juízo reconheceu de forma expressa que não se divisa a omissão que o requerente atribui aos requeridos a ponto de justificar uma intervenção judicial. Os depoimentos das testemunhas arroladas pelo Município foram expressamente considerados na formação do convencimento judicial. Foram acolhidas as teses defensivas, e apresentados fundamentos que, pela clareza e concretude com que expõem os limites da intervenção jurisdicional em políticas públicas, merecem transcrição:

> É fato incontroverso que a regularização urbanística da Vila Resvalo não está concluída. Isso, no entanto, não autoriza o Judiciário – sem a prova produzida no processo traçar um comparativo seguro acerca do andamento de todas as áreas irregulares existentes no município e demonstrar a disponibilidade de recursos financeiros para a municipalidade fazer mais celeremente essa execução – fixar prazo para a conclusão, com imposição de astreintes, dada a magnitude das obras necessárias, da notória limitação orçamentária do erário e, fundamentalmente, da recalcitrância dos moradores já cadastrados de se mudarem do bairro.

> [...]
> Não se discute a importância de demandas desta natureza: não só por pretender amenizar o drama de centenas de pessoas em situação de vulnerabilidade (em todos os aspectos), como proteger o meio ambiente. Não basta, porém, para o êxito destas ações, o Ministério Público simplesmente argumentar que as obras não fluem. Cumpre-lhe paralelamente apontar de que maneira especificamente os órgãos públicos estão sendo negligentes. Ou, talvez, dizer que obra de menos importância poderia ser paralisada para se priorizar a Vila Resvalo. O mero passar do tempo não é por si só indicativo cabal de falha administrativa. (Veja Despacho/ Decisão abaixo).

O Juízo arremata o caso com a conclusão de que:

> Não é dado ao Judiciário estabelecer quais devem ser as prioridades ou políticas públicas a serem implementadas ou prescrever como serão gastos os recursos públicos. Não se desconhece que "O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes" (ARE 1215729 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-282 DIVULG 17-12-2019 PUBLIC 18-12-2019). Em interpretação a contrario sensu, contudo, não sendo caso de excepcionalidade, por não haver risco aparente e nem estar provada a inércia da administração, já que os próprios moradores, por interesses próprios bem definidos, relutam obstinadamente de deixar o local, não cabe ao juiz estabelecer prazo para o administrador agir. (Veja Despacho/Decisão abaixo).

Foi interposto recurso de apelação pelo Ministério Público. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através de sua Primeira Câmara Cível, confirmou a sentença em julgamento unânime. O acórdão destacou que, no caso dos autos, não há fundamento para que o Poder Judiciário intervenha na esfera de outro poder, pois o conjunto probatório revelou que o Município não está sendo omisso no exercício de seu dever constitucional[11].

[11] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (1ª Câmara Cível). **Processo eletrônico n° 70084447390**. Acórdão. Apelação cível. Direito público. Ação civil pública. Políticas públicas. Município de Porto Alegre. Vila Resvalo. Poder discricionário. Limitação. Ausência de omissão por parte do Poder Público. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal, 23 de setembro de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/. Acesso em: 22 out. 2020.

A sentença e o acórdão proferidos na ação civil pública relativa ao núcleo urbano informal conhecido como Vila Resvalo (Vila Nossa Senhora das Graças) demonstram a relevância da atuação da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre através da Procuradoria de Assistência e Regularização Fundiária – PARF e da Procuradoria Municipal Especializada do Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB na defesa e demonstração concreta, em sede judicial, do planejamento e implementação da política pública de regularização fundiária urbana por parte do Município de Porto Alegre.

## DESPACHO/DECISÃO

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Vara da Fazenda Pública - Porto Alegre

**Processo: 9044510-87.2017.8.21.0001**
Autor: MP/RS - Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Réu: DEMHAB - Departamento de Habitação de Porto Alegre e outros
Local e Data: Porto Alegre, 29 de abril de 2020.

S E N T E N Ç A

VISTOS.

O MINISTÉRIO PÚBLICO ajuizou AÇÃO CIVIL PÚBLICA contra o MUNICÍPIO DEPORTO ALEGRE e contra o DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO - DEMHAB, alegando que, no dia 11 de outubro de 2011, foi instaurado o Inquérito Civil n.º 01202.00132 /2011 que versou sobre a "falta de estrutura urbana em ocupação denominada Vila Resvalo (Vila Nossa Senhora das Graças), localizada na zona sul (bairro Cristal), nesta capital". Relatou que, após diligências, logrou localizar a ocupação investigada, sendo informado pela autarquia requerida que a "Vila Resvalo" estava incluída em programa socioambiental com reassentamento futuro. Assinalou que durante o período de 2011 a 2017 foram promovidas diligências extrajudiciais para solução do impasse, permanecendo, não obstante, a morosidade e o descaso da administração pública municipal. Sustentou objetivar solucionar o parcelamento informal da área, primando por garantir a regularização fundiária, urbanística e a dignidade da pessoa humana. Discorreu que os requeridos devem regularizar loteamento não autorizado. Salientou que deve ser promovida a regularização fundiária com a remoção de famílias situadas em áreas de risco e posterior reassentamento, bem como a regularização urbanística. Teceu considerações sobre a base legal para os requeridos promoverem a regularização da área, bem como sobre a responsabilidade deles. Ao final, pugnou pela procedência da ação. Anexou documentos.

Citado, o DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO - DEMHAB apresentou contestação (fls. 472/477), suscitando preliminarmente sua ilegitimidade passiva. Arguiu ainda a falta de interesse de agir, pois está em andamento o "Programa Sócio Ambiental". Referiu que a solução do problema envolve diversas esferas governamentais e vultosos recursos públicos, inclusive de

repasses federais para construção de moradias. Argumentou que o Poder Executivo detém atribuição constitucional para decidir e executar obras públicas no local. Discorreu que a administração utiliza o sistema de "bônus moradia" instituído pela Lei n.º 10.443/08 e regulamentado pelo Decreto n.º 19.832/17 como forma de evitar remoção forçada. Discorreu não existir omissão administrativa e atuar segundo a reserva do possível e limite orçamentário. Ao final, pugnou pela improcedência da ação. Anexou documentos.

Igualmente citado, o Município de Porto Alegre não apresentou contestação (fl. 621).

Houve réplica a fls. 629/634.

Instadas as partes sobre a produção de outros meios de prova, o Departamento Municipal de Habitação requisitou a oitiva de testemunhas (fl. 666).

Sobreveio contestação do MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE a fls. 674/690, através da qual alegou inexistir omissão do ente público. Disse ter adotado políticas públicas para resolver o problema. Suscitou a inépcia da petição inicial, diante da necessidade de identificar a área. Salientou que os proprietários registrais da região devem compor a lide. Arguiu que não foi demonstrada a omissão do ente público, pois a área deve ser tratada como "núcleo urbano informal consolidado", nos termos da Lei n.º 13.465/17. Referiu que o "Programa Integrado Socioambiental (PISA)" foi objeto de financiamento nacional e internacional, com diversas obras que o integraram, tendo inclusive de promover realocação de famílias que viviam na área para executá-las. Assinalou que visou a atender toda a população do local e não houve omissão para solucionar o problema, cabendo ao executivo municipal resolver a situação e avaliar a política pública a ser aplicada na região. Discorreu sobre a nova Lei n.º 13.465/17, que estabeleceu nova regulamentação sobre regularização fundiária. Sustentou que, para a modalidade de regularização fundiária postulada, o requerente deixou de requerer administrativamente a "REURB", faltando interesse de agir para promover a presente demanda. Teceu considerações sobre o princípio da reserva do possível e sobre o não cabimento da inversão do ônus da prova. Ao final, pugnou pela improcedência da ação. Anexou documentos.

Réplica a fls. 757/765.

Para a instrução, foram ouvidas três testemunhas arroladas pelos réus.

O processo foi suspenso para aguardar composição extrajudicial (fls. 836/837).

Apresentados memoriais a fls. 890/897, pelo Ministério Público, e a fls. 901/911, pelos requeridos.

Relatei.

Primeiramente, afasto a revelia do Município de Porto Alegre alegada pelo autor a fls. 757/765, porquanto inaplicáveis seus efeitos quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis (art. 345, II, do Código de Processo Civil).

A preliminar de ilegitimidade passiva alegada pelo Departamento Municipal de Habitação - Demhab não merece prosperar. A autarquia municipal foi criada pela Lei Municipal n.º 2.902/65, estando previsto no art. 3º, dentre as atribuições administrativas, a execução da política habitacional do Município de Porto Alegre, nos seguintes termos:

> Art. 3º Ao DEMHAB compete:
> I - desenvolver a política habitacional do Município, dentro das diretrizes estabelecidas no art. 1º;
> II - promover a desapropriação de imóveis declarados de utilidade pública ou interesse social, para utilização na política habitacional;

III - promover loteamentos destinados a moradias populares e manter o respectivo cadastro;
IV - adquirir, sempre que possível por concorrência pública, áreas de terras para a construção de conjuntos residenciais:
V - realizar convênios com entidades de direito público ou privado, para finalidades que se enquadrem nas atribuições da Autarquia;
VI - efetuar a venda de terrenos e habitações, sob financiamento, na forma da legislação federal, a grupos familiares selecionados, mediante inquérito social;
VII - administrar seus bens e promover medidas objetivando a racionalização dos serviços a seu cargo.

Sendo a autarquia municipal o órgão encarregado da execução da política urbana no âmbito de Porto Alegre, obviamente que também incorrerá em eventual omissão administrativa por não promover a regularização fundiária. É da competência do Demhab, logo, desenvolver administrativamente todo o procedimento necessário para regularização da área em questão, de forma que ostenta total legitimidade para compor o polo passivo da presente demanda.

A respeito da falta de interesse de agir suscitada pelos réus, o motivo invocado se confunde com o próprio mérito da presente demanda e como tal será a seguir analisado.

A inépcia da petição inicial sobre a necessidade de os proprietários registrais integrarem a lide, com o propósito de delimitação da área a ser regularizada, também não procede.

A Lei n.º 13.465/17 prevê que o procedimento demarcatório da região é uma das fases procedimentais da própria regularização fundiária. Os requeridos têm conhecimento de áreas indevidamente ocupadas, porque promoveram programas sociais que permitiram quase o integral reassentamento de famílias e sua remoção do local (matéria a ser apreciada no mérito). Aliás, o conhecimento da área pelos requeridos está documentado no "termo de audiência" de fl. 261, ocasião em que o representante legal do Demhab indicou o local da ocupação irregular.

Estabelecer o local exato dos imóveis e sua situação dentro do núcleo urbano informal é outra etapa do procedimento da regularização fundiária urbana, conforme artigos 28 a 31 da Lei n.º 13.465/17, sendo desnecessário que proprietários registrais integrem a lide, especialmente porque tal situação acarretaria óbvio tumulto processual.

Em suma, é inviável impossibilitar a análise judicial de eventual omissão administrativa sobre a regularização fundiária urbana. A demarcação das propriedades que compõem toda a área ilegalmente ocupada, ou não, e a própria identificação do local devem ser objeto de eventual cumprimento de obrigação de fazer da regularização da área. A propósito, colaciono julgado do Tribunal de Justiça, em que igualmente decidido pela ausência de irregularidade nesse ponto:

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA. DIREITO À MORADIA. LEVANTAMENTO TOPOGRÁFICO PLANIALTIMÉTRICO. FASE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. REURB. LEI FEDERAL 13.465/2017.
SENTENÇA DE EXTINÇAO DA AÇÃO. DESCONSTIITUÍDA. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do Município de Porto Alegre para fins de proceder à regularização fundiária e à regularização urbanística da ocupação informal denominada Loteamento Novo Horizonte, garantindo o direito à moradia, na forma do art. 6º, da Constituição Federal. O juízo de origem extinguiu a ação sem resolução do mérito em razão da ausência de delimitação da área a ser regularizada através de levantamento topográfico planialtimétrico (ou outro estudo) pelo Ministério Público, autor da ação. Entretanto, nos termos da Lei Federal 13.465/2017 o referido estudo se trata de uma das fases do

> procedimento (art. 28 c/c 31), de forma que sua ausência no ato do ajuizamento da ação não importa em negativa de delimitação do pedido que macule o direito de defesa do Ente Municipal. Sentença desconstituída. Remessa necessária. Análise prejudicada. APELAÇÃO PROVIDA. PREJUDICADA A REMESSA NECESSÁRIA. UNÂNIME. (Apelação e Reexame Necessário, Nº 70081078792, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em: 26-06-2019).

Incursionando no *meritum causae*, não se divisa a omissão que o requerente atribui aos requeridos a ponto de justificar uma intervenção judicial. É bem verdade que o andamento das obras de regularização do local não se desenvolve em ritmo desejável, mas a superação desse vagar não depende somente de vontade política. Ainda que não seja o esperado e talvez o possível, não dá para timbrar os suplicados de omissos.

Resumidamente, pretende o autor a "regularização urbanística da área situada na Vila Resvalo, localizada na Avenida Icaraí, entre os números 1556 e 1580, Bairro Cristal, nesta Capital"; o "levantamento atualizado dos ocupantes da área situada na Vila Resvalo, localizada na Avenida Icaraí, entre os números 1556 e 1580, Bairro Cristal, nesta Capital"; o "reassentamento das famílias que ocupam as áreas que não sejam passíveis de regularização fundiária por impossibilidade técnica ou legal, em especial, as que se encontram em área de risco"; a "reparação dos danos ambientais, caso constatados"; e o pagamento de multa diária, caso descumprida obrigação de fazer a ser fixada em sentença, com destinação ao Fundo Estadual de Habitação de Interesse Social - FEHIS.

É fato incontroverso que a regularização urbanística da Vila Resvalo não está concluída. Isso, no entanto, não autoriza o Judiciário - sem a prova produzida no processo traçar um comparativo seguro acerca do andamento de todas as áreas irregulares existentes no município e demonstrar a disponibilidade de recursos financeiros para a municipalidade fazer mais celeremente essa execução - fixar prazo para a conclusão, com imposição de *astreintes*, dada a magnitude das obras necessárias, da notória limitação orçamentária do erário e, fundamentalmente, da recalcitrância dos moradores já cadastrados de se mudarem do bairro.

A regularização, na verdade, consoante destacaram os demandados, e principalmente as testemunhas, consiste basicamente na retirada de todas as famílias que ainda resistem em deixar o local. Com a saída de todas as famílias ficarão naturalmente equacionadas as questões fundiária, urbanística e ambiental, com o que se tem por prejudicados os pedidos 3.2.3, 3.2.4 e 3.2.5 da petição inicial (fl. 22).

Não se discute a importância de demandas desta natureza: não só por pretender amenizar o drama de centenas de pessoas em situação de vulnerabilidade (em todos os aspectos), como proteger o meio ambiente. Não basta, porém, para o êxito destas ações, o Ministério Público simplesmente argumentar que as obras não fluem. Cumpre-lhe paralelamente apontar de que maneira especificamente os órgãos públicos estão sendo negligentes. Ou, talvez, dizer que obra de menos importância poderia ser paralisada para se priorizar a Vila Resvalo. O mero passar do tempo não é por si só indicativo cabal de falha administrativa.

A petição inicial, em que pese redigida com maestria, a revelar toda a aptidão intelectual de seu subscritor, não descreve nenhum ato caracterizador de desídia administrativa afora o transcorrer do tempo. E toda a prova produzida pelo demandante é a que consta do Inquérito Civil n.º 01202.00132/2011.

O próprio inquérito civil, todavia, revela que o problema da desordenada ocupação da Vila Resvalo não era desdenhado. Nas informações de fls. 189, 269, 279, 290, 298, 308, 321, 331, 343, 361, 373 e 395, o Programa Integrado Socioambiental presta contas dos reassentamentos

das famílias de 3 de dezembro de 2012 a 2 de agosto de 2016. A redução é bem lenta, não se discute, mas gradual, reduzindo de 441 para 367 famílias a serem reassentadas.

William Quadros Kraemer, que trabalhou no local em escritório afeto ao Programa Integrado Socioambiental de 2008 a 2016, sendo um dos braços "promover o reassentamento daquelas famílias que ficavam à margem do rio Cavalhada para liberar a área para que as obras do socioambiental acontecessem", confirmou a eliminação da situação de risco: "Depois que o programa conseguiu concluir as obras de drenagem e escoamento os alagamentos onde fica a Nossa Senhora das Graças praticamente findaram...". Admite que "o programa como um todo não foi concluído. Ainda ficaram algumas famílias ainda que não conseguiram se reassentar". Ressaltou que a não conclusão à época se deu "porque a prefeitura conseguiu um financiamento junto ao BID, esse financiamento tinha um prazo..". A opção foi incentivar o bônus moradia, que tinha um rito e era um "rito demorado".

A regularização da área, como esclareceu a testemunha Márcia Rodrigues, não era tão simples assim, porquanto estava inserido num programa que abrangia todo o bairro Cristal. Não era só remover, e sim montar toda uma infraestrutura básica regional. Começou com o mapeamento da área de risco, visando à redução de inundações (conseguida!), com obras de drenagem, de tratamento, saneamento e urbanização, passando pelo cadastramento das famílias e findando com o reassentamento destas. Ficou pendente apenas, como é fato incontroverso, o total reassentamento das famílias cadastradas, concretizada em mais de mil em todo o programa e hoje reduzida a menos de 60 famílias (segundo a testemunha Maria Horácia Ribeiro) na Vila Resvalo. A conclusão da retida dessas famílias, entretanto, não depende unicamente da administração pública, e sim dos próprios moradores. Local disponível há para ser feita a mudança. Márcia Rodrigues, acrescenta em seu testemunho, que é feito todo um trabalho de convencimento para essas famílias migrarem dentro do próprio município.

No seu esclarecedor depoimento, a testemunha Maria Horácia Ribeiro traz a lume a motivação para os moradores não saírem de lá. Veja-se a transcrição de parte de seu relato, por volta dos 5min: "Eles estão resistentes porque estão no coração do bairro. Muito próximo do centro, próximo do Guaíba. Esse é o sentimento deles. Com relação ao risco, depois que foi feita a etapa da Icaraí até a Diário de Notícias, não houve mais alagamentos. Então, mudou um pouco a qualidade de vida deles. Não está tão adensado, foram mais de mil famílias que saíram do local, não tem mais aquele adensamento. Entre eles lá eles conseguem se movimentar de carro, com mais facilidade. E a proximidade do centro da cidade, a possibilidade de todos os serviços. Próximo ao Barra Shopping. Muito gente trabalhava no prado, trabalha agora no Barra... que eles vão e voltam e não precisam de condução". Antes disso, falou sobre o número de remanescentes (1min40): "de 2017 pra cá uma adesão bem grande... faltam 60 famílias". Relatou que minguou o dinheiro para o Programa Minha Casa Minha Vida (2min35) e "não houve adesão por parte de empresas para construir para baixa renda" (2min40).

Como se vê, a prova judicializada não faz coro às afirmativas do suplicante.

Não é dado ao Judiciário estabelecer quais devem ser as prioridades ou políticas públicas a serem implementadas ou prescrever como serão gastos os recursos públicos. Não se desconhece que "O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes" (ARE 1215729 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-282 DIVULG 17-12-2019 PUBLIC 18-12-2019). Em interpretação *a contraio sensu*, contudo, não sendo caso de excepcionalidade, por não haver risco aparente e nem estar provada a inércia da administração, já que os próprios

moradores, por interesses próprios bem definidos, relutam obstinadamente de deixar o local, não cabe ao juiz estabelecer prazo para o administrador agir.

À LUZ DO EXPOSTO, julgo **IMPROCEDENTES** os pedidos do autor.

Não são devidos honorários advocatícios e custas processuais, nos termos do art. 18 da Lei n.º 7.347/85.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Porto Alegre, 29 de abril de 2020.

**FERNANDO CARLOS TOMASI DINIZ,**
**Juiz de Direito**

# ÁREA DO DIREITO:
# DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

## CONTROLE DE ATO ADMINISTRATIVO VIA MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DA UNIDADE DE SAÚDE VILA TRONCO

Gerson Dalle Grave[12]

MANDADO DE SEGURANÇA N° 5035184-69.2020.8.21.0001
IMPETRANTES: ALDACIR JOSÉ OLIBONI E OUTROS
IMPETRADO: SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE DE PORTO ALEGRE/RS

### COMENTÁRIOS

Síntese do Mandado de Segurança: Os impetrantes Aldacir José Oliboni, Cláudia Vieira de Araujo, José Amaro Azevedo Freitas e Karen Morais dos Santos, todos vereadores de Porto Alegre, ingressaram com mandado de segurança contra ato do Secretário de Saúde de Porto Alegre, buscando, em síntese a não desativação (fechamento) da Unidade de Saúde – US Vila Tronco, sustentando ser ilegal o ato administrativo impugnado. A principal tese apresentada no *writ* foi a suposta ausência de motivação no encerramento das atividades do órgão de saúde, já que, conforme impetrantes, o "fechamento" da unidade ensejará violações ao direito à saúde, pois a população local "ficaria desamparada", tendo em vista a ausência de alternativas apresentada pelo Município de Porto Alegre aos cidadãos que utilizavam a Unidade de Saúde Vila Tronco.

Defesa do Município: Devidamente intimados, a antes mesmo do deferimento da medida liminar, prestamos informações nos autos do citado Mandado de Segurança, alegando preliminares de ilegitimidade ativa dos impetrantes, inadequação da via eleita e no mérito, fora exposto ao MM. Juízo acerca das questões técnicas e jurídicas que embasaram o fechamento da Unidade de Saúde Vila Tronco, ficando claro que não ocorreu ato ilegal, pelo contrário, o encerramento das atividades decorreu para proteção do interesse público.

Sentença: Acolhendo nossas alegações, o Douto Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa dos impetrantes, com fulcro no artigo 10, da Lei nº 12.016/09 e artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil, indeferindo a petição inicial e julgando extinto o feito, sem resolução de mérito.

Abaixo segue a sentença.

[12] Procurador Municipal de Porto Alegre.

## DESPACHO/DECISÃO

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre

**Mandado de Segurança nº 5035184-69.2020.8.21.0001/RS**
Impetrantes: Karen Morais dos Santos, Jose Amaro Azevedo de Freitas, Claudia Vieira de Araújo, Aldacir Jose Oliboni.
Impetrado: Secretário Municipal da Saúde - Município de Porto Alegre.

S E N T E N Ç A

Vistos, etc.

CLÁUDIA VIEIRA DE ARAÚJO e OUTROS, já qualificados, impetraram o presente MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO LIMINAR contra ato do SECRETÁRIO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE POR TO ALEGRE, também já qualificado.

No dia 09/06/2020, a comunidade residente da Vila Tronco foi informada de que a Prefeitura de Porto Alegre decidiu fechar o Posto de Saúde da Vila Tronco, sob o argumento de que o posto tem estrutura ruim e não consegue fazer todos os procedimentos necessários. Alega que a referida unidade atende cerca de três mil pessoas por quadrimestre. A prefeitura municipal não apresentou nenhum estudo sobre a necessidade de fechar a unidade. Aponta que o ato lesa o direito constitucional de acesso à saúde. Liminarmente, requer seja determinado à autoridade coatora que não feche a Unidade de Saúde da Vila Tronco. No mérito, requer a concessão da segurança. Alternativamente, requer a manutenção da Unidade de Saúde até que seja apresentado um estudo com informações acerca da periculosidade do local. A inicial veio instruída com documentos. Efetuou o pagamento das custas judiciais.

Notificada para prestar informações preliminares, a autoridade dita coatora alega, preliminarmente, a ilegitimidade ativa dos impetrantes e a inadequação da via eleita. No mérito, aponta que a Unidade de Saúde Tronco funcionava sem as condições sanitárias necessárias. Refere que o novo local de atendimento dos pacientes fica a 600 metros da referida unidade. Menciona que estão sendo realizadas consultas domiciliares aos pacientes que não conseguem se deslocar até a outra unidade. Requer a extinção do feito. Alternativamente, requer o indeferimento da liminar.

É o breve relatório.

**DECIDO.**

Trata-se de pedido de liminar em mandado de segurança postulado por vereadores de Porto Alegre para obter a permanência da abertura do Posto de Saúde da Vila Tronco nesta Capital.

Conforme estabelece a Lei nº 12.016/2009, artigos 1º e 3º, sobre a legitimidade ativa e passiva na interposição de Mandado de Segurança:

*Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.*

*§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.*

*§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.*

*§ 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.*

*Art. 2º Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houver em de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.*

***Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.***

Portanto, a legitimidade ativa na impetração de mandado de segurança está caracterizada pelo titular de direito líquido e certo violado por autoridade coatora. Havendo, porém, possibilidade de interposição de mandado de segurança, por terceiro, em favor de direito originário se o titular não o fizer, quando notificado judicialmente (artigo 3º da Lei nº 12.016/2009).

No caso dos autos, figuram no polo ativo da demanda quatro vereadores do Município de Porto Alegre, que estão, indubitavelmente, objetivando a proteção de direito alheio (moradores da comunidade da Vila Tronco), alegando direito líquido e certo à saúde com a necessidade de permanência de funcionamento do posto de saúde da Vila Tronco. Os impetrantes estão litigando no presente mandado de segurança em garantia de direito de terceiros, os quais não foram notificados judicialmente como determina o artigo 3º para se manifestarem em 30 dias, a fim de buscarem o direito alegado na inicial. Também, os impetrantes não apresentam qualquer documento de autorização dos membros ou dirigentes daquela comunidade para representá-la em juízo.

Assim, impetram o presente *mandamus* em nome próprio, na condição de substitutos processuais, sem qualquer previsão legal para tanto. Configurando, portanto, a ilegitimidade ativa alegada pela Autoridade Coatora.

Além disso, não se pode deixar de referir a inadequação da via eleita, dada a ausência de prova pré-constituída. Incontroverso que necessário, no cenário narrado na exordial, a realização de dilação probatória para verificar as condições físicas da unidade de saúde objeto da demanda. Aliás, os próprios impetrantes nos pedidos finais requerem "a manutenção da Unidade de Saúde até que seja apresentado um estudo com informações acerca da periculosidade do local".

Portanto, a situação narrada na inicial incabível de ser apreciada em sede de mandado de segurança.

**Diante do exposto, com fulcro no artigo 10, da Lei nº 12.016/09 e artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL e JULGO EXTINTO o feito, sem resolução de mérito.**

Deixo de fixar honorários advocatícios dado o teor dos enunciados das Súmulas nº 512 STF e nº 105 STJ.

Custas na forma da lei.

Oportunamente, remeter cópia da decisão à autoridade impetrada.

Transitada em julgado, arquive-se com baixa.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

**CRISTINA LUISA MARQUESAN DA SILVA,**
**Juíza de Direito**,
em 30/6/2020.

# Área do Direito:
# Direito Administrativo

## CONCESSÃO DE USO DO MERCADO PÚBLICO MUNICIPAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO DO TCE/RS COM PEDIDO LIMINAR

Jhonny Prado[13]
Renato Ramalho[14]

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL N. 5053340-08.2020.8.21.0001/RS
AUTOR: MUNICÍPIO DE POR TO ALEGRE
RÉU: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

### COMENTÁRIOS

O projeto de Concessão de uso do Mercado Municipal, bem histórico do patrimônio municipal, é objeto de amplo debate desde 2018, quando se iniciaram os trabalhos dos agentes públicos municipais sobre o tema. Durante esse período, a sociedade foi amplamente ouvida, por meio de consultas, audiências e debates públicos, além de um intenso diálogo institucional entre o Poder Executivo e os órgãos de controle.

Tramita junto ao Tribunal de Contas do Estado do (TCE/RS) a Inspeção Especial nº 30344-0200/19-2, versando sobre supostas irregularidades referentes ao processo de concessão do Mercado Público Central de Porto Alegre, consubstanciada no Edital de Concorrência Pública nº 10/2020, de 05 de junho de 2020. Em caráter cautelar, foi requerida a suspensão do referido procedimento licitatório.

Após analisar as informações apresentadas pelo Município de Porto Alegre, o Relator, Exmo. Conselheiro Cézar Miola, por meio de decisão cautelar, afastou praticamente a totalidade das alegações presentes na Inspeção, acolhendo única e exclusivamente o argumento de que haveria necessidade de autorização legislativa prévia para a concessão de bens públicos municipais.

[13] Procurador Municipal de Porto Alegre.
[14] Procurador Municipal de Porto Alegre.

Assim, em 24/07/2020, na Inspeção Especial nº 30344-0200/19-2, por decisão monocrática do Conselheiro Relator, houve o deferimento da cautelar, determinando "[...] uma vez concluída a etapa do recebimento dos envelopes, a suspensão da Concorrência Pública nº 10/2020 do Executivo Municipal de Porto Alegre, com o que fica vedada a abertura das cartas até ulterior pronunciamento deste Tribunal a respeito da matéria".[15]

Em paralelo, após a decisão cautelar do TCE, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul judicializou a questão, apresentando em juízo a Ação Civil Pública nº 5045664-09.2020.8.21.0001 – em trâmite perante o juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública. Tal demanda revive a totalidade dos elementos debatidos na Inspeção Especial em tramite na Corte de Contas, inclusive, a necessidade de autorização legislativa prévia.

O Município apresentou defesa, alegando, em síntese, a correção do instrumento jurídico adotado (concessão de uso); a ausência de desvio de finalidade da referida concessão; desnecessidade de autorização legislativa prévia para a concessão de uso no Município de Porto Alegre, com base na previsão da LOMPA[16], bem como diante da necessidade de interpretação da lei orgânica municipal conforme à Constituição; o caráter exclusivamente contramajoritário da demanda deduzida pelo Ministério Público, e, por fim, da conveniência e oportunidade de se realizar uma concessão em período de crises, fazendo uma análise da importância de adoção de políticas econômicas anticíclicas para a recuperação da recessão.

Em decisão de 04/08/2020, o 1º Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, Exmo. magistrado Fernando Carlos Tomasi Diniz indeferiu a liminar requerida na referida Ação Civil Pública (ACP), acatando os argumentos lançados pela Procuradoria-Geral do Município. Dentre as razões da decisão, afastou-se a tese de que haveria obrigatoriedade de prévia autorização legislativa para a concessão de uso de bens municipais.

Em seguida, o Município e o Prefeito, então, apresentaram nova petição junto ao TCE para informar sobre a judicialização da questão em debate, bem como sobre a decisão proferida pelo 1º Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, que interpretou as normas jurídicas aplicáveis ao caso em sentido absolutamente oposto ao entendimento da decisão cautelar do Conselheiro Relator do TCE.

---

[15] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas. **Processo n° 30344-0200/19-2:** Inspeção Especial: exercícios de 2013 a 2020. Poder: Executivo Municipal de Porto Alegre. Interessada: Associação do Comércio do Mercado Público Central de Porto Alegre (ASCOMEPC). Relator: Conselheiro Cezar Miola, em 24 de julho de 2020. Disponível em: http://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/Decisoes/cautelarmercadopublico2707.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.

[16] Lei Orgânica de Porto Alegre.

Vale registrar, desde já, que o objeto do recurso junto ao TCE e a decisão que suspendeu a licitação da concessão de uso do Mercado Público estão limitados a uma questão jurídica (matéria exclusivamente de direito) que já fora decidida pelo Poder Judiciário: desnecessidade de prévia autorização da Câmara de Vereadores para a concessão de uso de bens imóveis.

Ocorre que o Tribunal de Contas, por meio da Primeira Câmara, negando provimento ao recurso do Município de Porto Alegre, entendeu que não deve se submeter ao entendimento do Poder Judiciário sobre a matéria, sob a alegação de que as esferas administrativa e judicial seriam independentes, e que, na decisão judicial na referida ACP, não houve "comando específico ao TCE".

Com isso, a Primeira Câmara do TCE/RS desconsiderou a decisão do Poder Judiciário, e manteve a suspensão da licitação, sob a tese de que o Poder Executivo Municipal estaria obrigado a obter prévia autorização legislativa para a concessão de uso do Mercado Público.

Assim, o Município ajuizou a Ação Anulatória nº 5053340-08.2020.8.21.000, com vistas à anulação do ato administrativo ilegal e inconstitucional do Tribunal de Contas, qual seja: a decisão do Relator e da Primeira Câmara do TCE que, respectivamente, nos autos da Inspeção Especial nº 30344-0200/19-2 e do Recurso de Agravo nº 21955-0200/20-0, determinaram a suspensão da Concorrência Pública nº 10/2020.

O Município fundamentou seu pedido, basicamente, no respeito aos princípios da jurisdição una, da inafastabilidade de jurisdição, da imperatividade das decisões judiciais, bem como para não se criar interferência indevida de um poder no outro, respeitando-se a separação dos Poderes desenhadas diretamente no texto constitucional. Foi defendido, também, a necessidade de reconhecimento da conexão entre a Ação Anulatória e a ACP proposta pelo Ministério Público.

Após redistribuição do feito, em razão de sua conexão com a Ação Civil Pública nº 5045664-09.2020.8.21.0001, o 1º Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública deferiu a tutela antecipada requerida na ação anulatória, suspendendo os efeitos da decisão do TCE/RS, por entender que a Corte de Contas extrapolou suas competências, ao violar entendimento do Poder Judiciário e, assim, estabelecer requisito não previsto em lei para a concessão de uso de bens públicos municipais.

## DESPACHO/DECISÃO

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
4ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre

**PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL Nº 5053340-08.2020.8.21.0001/RS**

**AUTOR:** MUNICÍPIO DE POR TO ALEGRE

**RÉU:** ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

VISTOS.

O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE e NELSON MARCHEZAN JÚNIOR ajuizaram AÇÃO ANULA TÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO DO TCE/RS, originalmente distribuída à 3ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, alegando que, nos autos da Inspeção Especial n.º 30344-0200/19-2, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, foi deferida medida cautelar de suspensão da Concorrência Pública n.º 10/2020. Disseram que o Ministério Público ajuizou a Ação Civil Pública n.º 5045664-09.2020.8.21.0001, na qual apresentou os fundamentos apreciados na referida Inspeção Especial em trâmite na Corte de Contas, sendo indeferida a medida liminar. Referiram que, por força do indeferimento da medida liminar no Processo n.º 5045664-09.2020.8.21.0001, foi afastada a obrigatoriedade de prévia autorização legislativa para a concessão de uso de bens municipais. Todavia, em sede de recurso, o Tribunal de Contas manteve a suspensão da licitação. Sustentaram que a decisão cautelar proferida nos autos da Inspeção Especial n.º 30344-0200/19-2 é ilegal e inconstitucional, devendo ser anulada. Discorreram sobre a prevenção ao Processo n.º 5045664-09.2020.8.21.0001. Comentaram sobre a possibilidade de controle judicial dos atos praticados pelo Tribunal de Contas. Teceram considerações sobre a desnecessidade de prévia autorização legislativa para concessão de uso de bens públicos municipais. Argumentaram que o art. 17 da Lei n.º 8.666/93 não é aplicável, porque versa sobre a transferência de direitos reais para terceiros. Expenderam que o art. 56 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre não prevê a exigência de prévia autorização legislativa para concessão de uso de bens públicos municipais, e se previsse haveria violação ao princípio da separação de poderes. Mencionaram que a Corte de Contas nos processos de concessão do Auditório Araújo Viana e do Teatro de Câmara Túlio Piva não exigiu prévia autorização legislativa, devendo ser mantido o entendimento por segurança jurídica, na forma do art. 24 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Fundamentaram sobre as atribuições do Tribunal de Contas e sobre a ilegalidade da decisão proferida. Requereram, em sede de tutela de urgência/evidência, a suspensão da decisão proferida pelo Tribunal de Contas, nos autos da Inspeção Especial n.º 30344-0200/19-2, que suspendeu a Concorrência Pública n.º 10/2020.

O Estado do Rio Grande do Sul postulou prazo para apresentação de manifestação prévia (documento 8).

Declinada a competência, vieram os autos redistribuído a este Juizado, em dependência ao Processo n.º 5045664-09.2020.8.21.0001 (documento 9).

Relatei.

Ao enfrentar a medida liminar postulada na Ação Civil Pública Cível n.º 5045664-09.2020.8.21.0001/RS, enfatizei sobre "os riscos de uma análise feita em cima de cognição

sumária". Esse temor, no entanto, não me domina para apreciar a tutela provisória de urgência pleiteada pelos autores nesta demanda.

Ocorre que é flagrante a ilegalidade perpetrada pela egrégia Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Justamente por estar escancarada a ofensa a direito dos requerentes deixo de oportunizar a manifestação prévia do réu pedida no documento de fl. 8.

Não se desconhece o entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência no sentido da independência entre as instâncias administrativa, civil e penal. Isso não significa, todavia, permitir que o Tribunal de Contas avoque para si a competência para, substituindo o Judiciário, dar o real alcance de artigo de lei sobre o qual repousa o único fundamento para impedir o avanço de procedimento licitatório e, pior, se tratar de ponto específico de questão já judicializada.

Ao dar prosseguimento ao julgamento administrativo, desconsiderando que é o Judiciário quem está agora incumbido de resolver o conflito de forma definitiva, exclusiva e vinculante, formando a *res judicata*, praticou o Tribunal de Contas uma insofismável invasão de atribuição de outro Poder. Bem salientou o Min. Ayres Britto, "os Tribunais de Contas, a partir do TCU, são órgãos de controle externo das unidades administrativas de qualquer dos três Poderes da República, e desempenham uma função que não é a jurisdicional" (HC 103725, Segunda Turma do STF , julgado em 14.12.2010, Processo Eletrônico Dje-022, publicado em 01.02.2012).

Não se quer retirar do TCE o direito de também desenvolver um trabalho exegético em suas atividades de inspeção. O que lhe é defeso é fazer esse exercício hermenêutico em paralelo com o Judiciário. "Konrad Hesse observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de afazer que, de forma mais ou menos intensa, é levado a efeito pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados" (Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 6ª ed., 2011, ps. 963/964).

Não é nem preciso nesta ação se imiscuir na interpretação do art. 56, V, da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre. Os requerentes perderam tempo e energia em chamar à baila essa matéria, porquanto será ela integralmente dirimida na supracitada Ação Civil Pública Cível n.º 5045664-09.2020.8.21.0001/RS.

É bem verdade que quando da análise da liminar requerida pelo Ministério Público na referida ação civil pública não houve "comando direcionado especificamente" ao Tribunal de Contas. Isso não desonerava, porém, os ilustres conselheiros de atentar para a segurança jurídica e para a sensatez de não se correr o risco de decisões conflitantes, deixando atônitos administradores e administrados, principalmente por haver precedentes da própria Corte de Contas recomendando o sobrestamento do processo administrativo nessas hipóteses, consoante ementas transcritas à fl. 11 da petição inicial.

Na dicção do art. 15 do Código de Processo Civil, "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente". E o art. 505 dessa mesma codificação processual adverte que "Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide".

Tendo, pois, havido decisão judicial – ainda que não definitiva (rejeito o termo *precária* utilizada pelo nobre relator com indiscutível cunho pejorativo) – sobre a tese nuclear do processo administrativo, não poderia o Tribunal de Contas rediscuti-la, sob pena de manifesta ilegalidade.

Não se pretende e tampouco é necessário lançar juízo de valor sobre o respeitável *decisum* da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Não se descarta, inclusive, a possibilidade de ela ao cabo de tudo vir a prevalecer também jurisdicionalmente. O que não é

admissível é ela ter sido proferida pressurosamente, estando, por ter sido devolvida a questão integralmente ao Judiciário, pendente de definição judicial.

Situação semelhante ocorre quando a instância recursal anula sentença prolatada por juiz incompetente. O trabalho jurídico anulado pode ter sido cintilante, coeso, de esmero ímpar e sobretudo justo. Todas essas qualidades, no entanto, não bastam para a superação da pecha da incompetência. Há valores sobranceiros a brilhantes decisões administrativas ou jurisdicionais.

Posto isso, deferindo a tutela provisória de urgência pleiteada, suspendo liminarmente a decisão do Tribunal de contas do Estado – TCE/RS nos autos da Inspeção Especial n.º 30344-0200/19-2 e do Recurso de Agravo n.º 21955-0200/20-0, viabilizando com isso o prosseguimento da Concorrência Pública n.º 10/2020 do Executivo Municipal de Porto Alegre.

Oficie-se com urgência ao egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul informando a presente decisão.

Cite-se o réu.

Com a contestação, à réplica.

Após, ao Ministério Público.

**FERNANDO CARLOS TOMASI DINIZ,**
**Juiz de Direito**

Prefeitura de
Porto Alegre

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO