

# Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral do  
Município de Londrina

---



Uma publicação conjunta:



Associação dos Procuradores do Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Ano 9 ■ Vol. 9 ■ N. 1 ■ Jan./Dez. 2020



Associação dos Procuradores do  
Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de  
Londrina

# **Revista de Direito Público**

## da Procuradoria-Geral do Município de Londrina

---

Vol. 9, Nº 1, Dezembro 2020  
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 9 – Nº 1	207 p.	Dezembro 2020
------------------	----------	-------------	--------	---------------

# Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral  
do Município de Londrina

---

## Conselho Editorial

Carlos Renato Cunha (Coordenador)

João Luiz Martins Esteves

Vinícius Caleffi de Moraes

Esthevam Lermen Eidt

Renato Cavalcante Calixto

As opiniões emitidas nos artigos são de  
responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral do  
Município de Londrina e da Associação dos  
Procuradores Municipais de Londrina –  
APROLON.

Endereço eletrônico para remessa de artigos: revista@aprolon.com.br

Catálogo na publicação por Waléria de Luza – CRB 9/1402

Revista de Direito Público da Procuradoria –Geral do Município de  
Londrina/ Associação dos Procuradores do Município de  
Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do Município de  
Londrina, - v.9,n.1, (Dez, 2020) – Londrina, 2020.

Anual

ISSN: 2317-4188 ( on-line)

Disponível em:

<<http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina>>

1. Direito Público - Periódicos. I. Associação dos Procuradores  
do Município de Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do  
Município de Londrina .

CDU 342

Revisão e Editoração: APROLON

Publicação: dez. 2020

Associação dos Procuradores do Município de Londrina -  
APROLON

Av. Rio de Janeiro, 1389

Vila Ipiranga - Londrina-PR

CEP 86.010-150

(43) 9996-4715

aprolon@aprolon.com.br - www.aprolon.com.br

Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Av. Duque de Caxias, 635,

Prefeitura Municipal - Centro Cívico

Bairro Petrópolis - Londrina-PR

CEP 86.015-901

(43) 3372-4327

www.londrina.pr.gov.br



## **Administração da Procuradoria-Geral do Município de Londrina**

**Procurador-Geral do Município**  
João Luiz Martins Esteves

**Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso**  
Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

**Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria**  
Renata Kawasaki Siqueira

**Corregedor-Geral do Município**  
Alexandre Alberto Trannin

**Diretor Executivo do Núcleo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor Procon-Ld**  
Gustavo Corulli Richa

**Gerente de Assuntos de Pessoal - GAP**  
Diego Ribeiro Vieira

**Gerente de Serviços Públicos - GSP**  
Vinícius Caleffi de Moraes

**Gerente de Patrimônio Público, Urbanismo e Meio Ambiente - GPPUMA**  
Renata Kawasaki Siqueira

**Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN**  
Marcelo Moreira Candeloro

**Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT**  
Carlos Renato Cunha

**Gerente de Execução Fiscal – GEF**  
Leonardo Martin Garcia

**Gerente de Licitações e Contratos – GLC**  
Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

**Diretor Técnico Orçamentário e Financeiro**  
Lucas Norihiko Shimada

**Diretora Técnica Administrativa**  
Aline Cássia Diana

Os cargos até aqui nominados são os que compõem o Conselho Superior da PGM-Londrina.

**Assessora-Técnica Administrativa de Gabinete – ATAG**  
Cíntia Bocchi Sonoda

**Coordenador de Apoio Administrativo ao Gabinete – CAA-Gab**



Lucas Ferreira Santana

Coordenadora de Apoio Administrativo à Execução Fiscal – CAAEF  
Eliza Tizuru Sonomura

Coordenadora de Apoio à Arrecadação Fiscal – CAAF  
Amanda Maia Fracaroli

Coordenadora de Apoio Administrativo de Grandes Devedores e Habilitação de Crédito –  
CGD  
Marianne Paola de Assis

Coordenadora de Análise de RPVs e Precatórios - CARP  
Queila Justo de Oliveira

Coordenador de Análise Técnica do Ambiente Urbano - CATAU  
Cesar Ricardo Benini

Coordenadora de Apoio ao Setor de Ações em Massa da Justiça do Trabalho - CSAMJT  
Bárbara Maria Moraes da Luz



**Diretoria da Associação dos Procuradores do Município de Londrina -  
APROLON**

**Presidente**

Marcelo Moreira Candeloro

**Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais (Vice-Presidente)**

Carlos Renato Cunha

**Diretora Administrativa**

Lia Correia

**Diretora Financeira**

Sabrina Favero Rezende

**Diretor de Comunicação**

Sérgio Correa

**Diretor de Eventos**

Leonardo Martin Garcia

**Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos**

Esthevam Lermen Eidt

**Conselho Fiscal**

Vinícius Caleffi de Moraes

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Paulo César Tieni

Diego Ribeiro Vieira (suplente)



## SUMÁRIO

EDITORIAL.....	09
<b>ARTIGOS</b>	
BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A SUPOSTA AFIRMAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO COM A LEI ANTICRIME – Nº 13.964/2019 <i>Ederson Luiz Reis dos Santos</i> .....	11
EFETIVIDADE DA LEI Nº 13.303/2016 NA PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO <i>João Luiz Martins Esteves</i> <i>Roberta Keiko Taki Imagawa</i> <i>Tânia Lobo Muniz</i> .....	27
CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE SOBRE OS BENS REVERSÍVEIS <i>Maria Tereza Zolyomy Torres</i> .....	53
“CHUTA QUE É MACUMBA”: UMA ANÁLISE DO PANORAMA HISTÓRICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO SOBRE A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA <i>José Orlando Rodrigues</i> .....	85
ASPECTOS DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A ESTRITA NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DO (SUB)PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE <i>Rodrigo Cunha Chueiri</i> .....	111
A INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO PARA ESTATAIS: CONTRATAÇÃO COM BASE NO ART. 28, § 3º DA LEI Nº 13.303/2016 <i>Elaine Cristina de Moraes Capelari</i> <i>George Moraes de Oliveira</i> <i>Rogério Donizete da Silva</i> .....	127
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO <i>Vivian Carla da Costa</i> .....	151
<b>LEI ANOTADA</b>	
LEI DE ARROLAMENTO FISCAL DE BENS E DIREITO ANOTADA – LEI Nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 <i>Valterlei A. da Costa</i> .....	163
<b>PARECERES</b>	

## VEDAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE MARCAS, SÍMBOLOS OU IMAGENS ASSOCIADAS AO GOVERNO FEDERAL, NO PERÍODO ELEITORAL

*Salete Teresinha de Souza**Henrique Adriano Pazzotti*..... 177

## SIGILO FISCAL. SOLICITAÇÃO DO MP. CASO DE REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

*Carlos Renato Cunha*..... 185

## POSSIBILIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE BRINQUEDOS E ARTIGOS DE PET SHOP POR DROGARIA

*Vinícius Caleffi de Moraes*..... 203

## EDITORIAL

Mais uma vez temos a honra de apresentar aos leitores uma nova edição da Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina, com importantes artigos e pareceres de autores de todo o Brasil.

Agradecimentos aos que contribuíram com seus trabalhos, e aos que se dedicam na organização da Revista.

Boa leitura a todos.

Londrina-PR  
Dezembro de 2020.

**João Luiz Martins Esteves**  
Procurador-Geral do Município

**Carlos Renato Cunha**  
Coordenador da Revista

**Marcelo Moreira Candeloro**  
Presidente da APROLON

**Esthevam Lermen Eidt**  
Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos da APROLON



BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A SUPOSTA  
AFIRMAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO COM A LEI ANTICRIME – N° 13.964/2019.

Ederson Luiz Reis dos Santos

Mestrando em Ciências Criminológico-Forenses pela Universidade de La Empresa/Uruguai. Pós-graduando em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Membro do IBCCRIM. Servidor Público do Município de Londrina. E-mail: ederson-reisl992@hotmail.com

**Resumo:** Atualmente, há uma grande tendência pelas reformas processuais penais na América Latina, a fim de que sejam olvidadas as bases de um processo penal de modelo inquisitivo, consagrando assim uma estrutura eminentemente acusatória. Nessa mesma toada, o Brasil, recentemente, trouxe a previsão legal de uma suposta estrutura acusatória do Processo Penal com a reforma parcial introduzida pela Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime. Apesar de alguns avanços, o Código Processual Penal esta acometido de um vício estrutural, onde os atores processuais estão patologicamente reféns das raízes inquisitivas. Nesse sentido, utilizando-se da revisão bibliográfica, a presente pesquisa passa pela compreensão teórica das características dos sistemas processuais penais existentes e por uma análise pragmática da modificação proposta pela Lei Anticrime quanto à positivação da estrutura acusatória no Processo penal brasileiro, concluindo-se que, em que pese à necessária alteração legislativa, deve-se haver uma sólida transição cultural.

**Palavras chaves:** Sistemas Processuais. Lei Anticrime – n°13.964/2019. Processo Penal brasileiro. Estrutura acusatória.

**Abstract:** Currently, there is a great tendency for criminal procedural reforms in Latin America, so that the bases of criminal proceedings with an inquisitive model are forgotten, establishing an eminently accusatory structure. In that same tone, the Brazil, recently brought the legal provision for an alleged accusatory structure of the Criminal Procedure with the partial reform introduced by Law 13.964/2019, known as the Anti-Crime Package. Despite some advances, the Penal Procedure Code is affected by a structural defect, in which procedural actors are pathologically hostages to the inquisitive roots. In this sense, from the bibliographic review, the present research goes through the theoretical understanding of the characteristics of the existing criminal procedural systems and through a pragmatic analysis of the modification proposed by the Anticrime Law

regarding the positification of the accusatory structure in the Brazilian penal system, concluding that, despite the necessary legislative change, there must be a solid cultural transition.

**Keywords:** Procedural Systems. Anticrime Law – nº13.964/2019. Brazilian Criminal Procedure. Accusatory structure.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 SISTEMA ACUSATÓRIO. 3 SISTEMA INQUISITIVO. 4 SISTEMA MISTO. 5 O CONTROVERSO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## I INTRODUÇÃO

Detentor e titular do *ius puniendi*, o Estado, por meio da pretensão punitiva, sujeita o autor de determinado delito à sanção penal prevista em lei, de modo a preservar a ordem social. No entanto, esta pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem o devido processo legal, não podendo o Estado impor a sanção penal, bem como o infrator sujeitar-se à pena. Assim, o Estado se vale do Direito Processual Penal caracterizado pelo complexo de normas jurídicas que regula o modo, os meios e os órgãos incumbidos de exercer seu poder punitivo.

Historicamente identificam-se três sistemas processuais penais, a saber: I - acusatório: caracterizado por atribuir as funções de acusar e julgar a órgãos diversos, consagrando o efetivo direito ao contraditório; II - inquisitivo: onde há concentração dos poderes de acusar e de julgar nas mãos de uma única pessoa: o magistrado; e III - misto: que divide o processo em duas fases distintas: a de instrução preliminar ou prévia, de índole inquisitiva; e a de julgamento, com características preponderantes do sistema acusatório.

No Brasil, recentemente, a Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, trouxe em seu bojo a previsão legal de uma suposta estrutura acusatória do processo penal brasileiro: “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Na tentativa de colocar “panos quentes” na divergência doutrinária em classificar o processo penal pátrio, a tipificação do modelo de estrutura do processo penal num Código com base inquisitorial datado de 1941, desencadeou novas discussões sobre a efetividade do dispositivo legal, abrindo o questionamento se haverá de fato uma estrutura acusatória no processo penal brasileiro, ou será apenas mais um remendo na “colcha de retalhos” codificada, esperando dela resultados estratosféricos.

Assim, de maneira reflexiva e não exauriente, utilizando-se da revisão bibliográfica por meio do método dedutivo, justifica-se o presente artigo permeando-se os sistemas processuais penais e analisando se a modificação proposta no Pacote Anticrime consolida uma estrutura verdadeiramente acusatória no Processo penal brasileiro.

## 2 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório tem suas raízes no direito romano e grego, instalado com fundamento na acusação oficial, embora se permitisse, excepcionalmente, a iniciativa da vítima, de parentes próximos e até de qualquer do povo. (MIRABETE, 2006). Nesse sistema o acusado participa efetivamente do processo, exercendo seu pleno direito ao contraditório, ferramenta essencial para sua defesa.

[...] Caracteriza-se principalmente pela separação entre as funções da acusação e do julgamento. O procedimento, assim, costuma ser realizado em contraditório, permitindo-se o exercício de uma defesa ampla, já que a figura do julgador é imparcial, igualmente distante, em tese, de ambas as partes. As partes, em pé de igualdade (*par conditio*), têm garantido o direito à prova, cooperando, de modo efetivo, na busca da verdade real. A ação penal é de regra pública, e indispensável para a realização do processo. Costuma vigorar o princípio oral, imediato, concentrado e público de seus atos. (MOUGENOT, 2017, p.85).

Decorrente do princípio do contraditório, no processo de tipo acusatório, a regra da igualdade processual, segundo a qual as partes, acusadora e acusada, encontram-se no mesmo plano, com iguais direitos. (TOURINHO FILHO, 2018). Esse sistema consiste na separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador, se contrapondo ao sistema inquisitivo, em que as funções acusatórias e judicantes se encontram conglomeradas na mesma pessoa, o juiz-inquisidor.

[...] as tarefas de acusação, defesa e julgamento são perfeitamente distribuídas por diferentes sujeitos processuais. Cada um possui função exclusiva: o Ministério Público acusa; o advogado (público ou particular) elabora a defesa técnica; e o magistrado decide, julga, colocando fim ao conflito processual. (MARQUES, 2012, p.13-14).

Outro ponto relevante nesse sistema é a gestão da prova, haja vista que é atribuição das partes reunir material probatório, sempre a luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Por conseguinte, uma peculiaridade desse modelo, diferentemente do inquisitivo, é que o juiz não é, por excelência, o dirigente da prova.

Brasileiro Lima, (2020, p.44), traz a importância da atividade probatória dentro da relação processual acusatória, ante a preservação da imparcialidade do juiz:

Portanto, quanto à iniciativa probatória, o juiz não pode ser dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, já que estas devem ser fornecidas pelas partes, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado. Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. A gestão das provas é, portanto, função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais.

Nota-se atualmente que o sistema acusatório, dentro do contexto de sua aplicabilidade, consagra a efetiva igualdade processual entre as partes, mas especificamente na “paridade de armas” entre acusação e acusado, de modo que a relação processual traz garantias para a efetiva busca à justiça.

Nestes termos, ensina Mirabete, (2006, p.40):

No direito moderno, tal sistema implica o estabelecimento de uma verdadeira relação processual com o *actum trium personarum*, estando em pé de igualdade o autor e o réu, sobrepondo-se a eles, como órgão imparcial de aplicação da lei, o juiz. No plano histórico das instituições processuais, apontam-se como traços profundamente marcantes do sistema acusatório: "a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo; excepcionalmente permite-se uma publicidade restrita ou especial; d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois *non debet licere actori, quod reo non permittitur*; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou um órgão do Estado".

Por fim, o sistema acusatório vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, assim como na Idade Média, nos domínios do direito germano. Entretanto, a partir do século XIII, com o surgimento do Direito canônico, esse entra em declínio, emergindo então o sistema inquisitivo.

### 3 SISTEMA INQUISITIVO

Base do direito canônico, século XIII, o sistema inquisitorial difundiu-se por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII.

No sistema inquisitivo buscava-se a autodefesa da administração da justiça, em vez de um genuíno processo na apuração da verdade. Suas raízes no Direito Romano, quando, por influência da organização política do Império, permitia-se ao juiz iniciar o processo de ofício. Ergueu-se na Idade Média diante da necessidade de afastar a repressão criminal dos hereges e alastrou-se por todo o continente europeu a partir do Século XV diante da influência do direito penal da Igreja, entrando em declínio somente no período Iluminista com a Revolução Francesa. (MIRABETE, 2006).

Sua principal particularidade se evidencia pelo fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz inquisidor.

[...] É o processo em que se confundem as figuras do acusador e do julgador. Em verdade, não há acusador nem acusado, mas somente o juiz (o inquisidor), que investiga e julga, e o objeto de sua atividade (o inquirido). É considerado primitivo, já que o acusado é privado do contraditório, prejudicando-lhe o exercício da defesa. Aduz-se também, como característica desse sistema, o fato de inexistir liberdade de acusação, uma vez que o “juiz” se converte ao mesmo tempo em acusador, assumindo ambas as funções. Costuma vigorar no sistema inquisitório o modelo escrito, mediato, disperso e sigiloso de seus atos; (MOUGENOT, 2017, p.85).

Observa-se que quando o Juiz concentra em suas mãos os poderes de acusar e julgar haverá uma decisão, em tese, injusta, tendo vista que não há como esperar que um juiz-inquisidor ao instruir a acusação, dentro de seu livre convencimento, haja com imparcialidade ao decidir a demanda, de modo que sua decisão será contaminada pelos atos da acusação. Assim, “[...] é

fácil verificar como o sistema inquisitivo não convém à distribuição da justiça, em virtude do comprometimento do magistrado com a acusação que ele mesmo formulou”. (GRECO FILHO, 2015, p.79).

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento. Em virtude dessa concentração de poderes nas mãos do juiz, não há falar em contraditório, o qual nem sequer seria concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa. Ademais, geralmente o acusado permanecia encarcerado preventivamente, sendo mantido incomunicável. (BRASILEIRO LIMA, 2020, p.42).

Nota-se que nesse sistema o acusado figura como mero espectador, haja vista sua forçosa inércia diante da acusação, frente a impossibilidade de se exercer o contraditório. Por outro lado, o juiz-inquisidor atua de ofício colhendo elementos suficientes para fundamentar sua decisão.

Nesse toada, esclarece Lopes Jr. (2014, p.73):

Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz.

Numa hermenêutica mediana, o acusado não é considerado sujeito de direitos é sim mero objeto do processo. Na busca da verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida, ficando evidente a incompatibilidade do processo inquisitório com os direitos e garantias individuais, sendo rechaçados os mais elementares princípios do processo penal. (BRASILEIRO LIMA, 2020).

[...] O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando

desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (LOPES JR., 2014, p.72).

Sendo assim, o sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa inicia uma transição para o sistema misto, imergindo assim a valorização dos princípios inerentes a condição humana, princípios esses que repercutiram na persecução penal, passando o acusado a ser sujeito de direitos.

#### 4 SISTEMA MISTO

Consolidado no *Code d'Instruction Criminelle* (Código de Processo Penal) francês, em 1808, constitui-se o sistema misto pela junção dos dois modelos anteriores, tornando-se, assim, eminentemente bifásico. Compõe-se primeiramente da fase inquisitiva, e em um segundo momento acusatória, instruída pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. (MOUGENOT, 2017).

O sistema misto, ou sistema acusatório formal, é constituído de uma instrução inquisitiva (de investigação preliminar e instrução preparatória) e de um posterior juízo contraditório (de julgamento). Embora as primeiras regras desse processo fossem introduzidas com as reformas da Ordenança Criminal de Luiz XIX (1670), a reforma radical foi operada com o *Code D'Instruction Criminelle* de 1808, na época de Napoleão, espalhando-se pela Europa Continental no século XIX. É ainda o sistema utilizado em vários países da Europa e até da América Latina (Venezuela). (MIRABETE, 2006, p.41).

Observa-se que a onda evolucionista francesa despertou vários anseios liberais no povo europeu, de modo que, após o período das trevas, marcado pela era inquisitiva, onde direitos e garantias não eram assegurados, começou a emergir com as correntes liberais, o desejo imediato pelos direitos inerentes à pessoa, em especial o aumento das garantias posto ao réu.

Esse sistema misto, que se espalhou por quase toda a Europa continental, no próprio século em que surgiu, começou a sofrer sérias modificações, dada a tendência liberal da época, exigindo fossem aumentadas as garantias do réu. E, realmente, na própria França, a *Lei Constans*, de 8-12-1897, assegurava ao acusado o direito de defesa no curso da instrução preparatória antes mesmo daquela lei francesa, outros Códigos europeus, como o austríaco, o alemão e o norueguês, já haviam sido atingidos pela corrente liberal. (TOURINHO FILHO, 2018, p.123).

Nota-se que o Sistema Francês ou Misto combina o caráter sigiloso e inquisitivo da investigação em uma fase preliminar do processo – dirigida em tese pela autoridade policial – com a publicidade e o contraditório somente em uma segunda fase, onde se verificaria a instrução definitiva e o julgamento. “[...] uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento com predominância do sistema acusatório” (NUCCI, 2017, p.121-122).

Nesse cerne, Brasileiro Lima (2020, p.45), explica detalhadamente ambas as fases que compõem tal sistema:

É [...] misto porquanto abrange duas fases processuais distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, objetivando-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação.

Não obstante, é comum na doutrina processual penal a classificação de “sistema misto”, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correlação com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em regra, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, delineando assim o caráter “misto”. (LOPES JR., 2019).

No direito contemporâneo, o sistema misto combina elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual local e se subdivide em duas orientações, segundo a predominância na segunda fase do procedimento escrito ou oral, o que, até hoje, é matéria de discussão. (MIRABETE, 2006, p.41).

Contudo, cumpre salientar que o sistema misto, traz um viés garantista ao acusado durante a instrução processual, todavia, na fase da investigação preliminar, aquele fica a mercê da própria sorte, figurando como mero espectador, haja vista a eminência do sistema inquisitorial.

## 5 O CONTROVERSO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Não havia consenso na doutrina brasileira quanto ao enquadramento do processo penal brasileiro em um dos sistemas mencionados.

Para alguns estudiosos, a Constituição de 1988 recepcionou o sistema acusatório, haja vista o preceito constitucional do artigo 5º, inciso LV, que solidifica as garantias do contraditório e da ampla defesa no processo penal, e pela leitura do artigo 129, que confere exclusividade ao Ministério Público para iniciativa e promoção da ação penal pública, separando assim as atribuições de acusar, julgar e defender.

Outros defendiam que o processo brasileiro era eminentemente misto, tendo por base o inquérito como uma fase integrante do processo penal, dividindo o sistema pátrio em duas fases: a primeira composta pela investigação preliminar – predominantemente inquisitiva; e a segunda com início do oferecimento da denúncia ou queixa e a instauração do processo propriamente dito, esse com viés acusatório.

Imperioso ressaltar que antes da Constituição de 1988, o Código de processo penal tinha um viés misto, haja vista o caráter inquisitorial da fase inicial da persecução penal, entretanto iniciado o processo propriamente dito, consolidava-se a fase acusatória. Todavia, com a promulgação da “Magna Carta”, se estabeleceu a divisão das funções e atribuições de acusar, defender e julgar, bem como pôs o processo sob a égide dos princípios do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, devido processo legal, etc.

Nota-se o entendimento de Brasileiro Lima (2020, p.45), quanto à transição, do Sistema processual nacional:

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório.

Aliás, em todo processo de tipo acusatório, vigora os princípios, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação a quem se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando assim possa ser condenado sem ser ouvido. (TOURINHO FILHO, 2018).

Acontece que, algumas alterações no Código de Processo Penal no decorrer do tempo, foi suplementando o entendimento minoritário pelo Sistema misto, a Lei nº 11.690 de 2008 alterou alguns dispositivos relativos à prova, a inovação se deu no art. 156, I, ao qual facultava ao juiz de ofício ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Em um sistema acusatório, cuja característica básica é a separação das funções de acusar, defender e julgar, não se pode permitir que o magistrado atue de ofício na fase de investigação. Essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, o juiz inquisidor, além de violar a imparcialidade e o devido processo legal, é absolutamente incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito, assemelhando à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas. A tarefa de recolher elementos para a propositura da ação penal deve recair sobre a Polícia Judiciária e sobre o Ministério Público, preservando-se, assim, a imparcialidade do magistrado. (BRASILEIRO LIMA, 2015, p.64).

De mais a mais, findando a divergência acalorada, a Lei nº 13.964 de 24 de Dezembro de 2019, conhecida como Lei Anticrime, trouxe a previsão legal de uma estrutura acusatória do Processo Penal brasileiro, senão vejamos: “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Nesse sentido, no melhor entendimento, houve a revogação tácita da regra do art. 156, I do CPP, que facultava ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. Quanto ao art. 156, II do CPP onde é facultado ao juiz, de ofício, determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante, em consonância com o art. 3-A, do CPP, somente admite-se essa iniciativa em favor do réu, sendo que o juiz não substituirá a atuação probatória do órgão de acusação, devendo preservar, com afincos, sua imparcialidade.

De fato, houve a positivação do sistema acusatório com a reforma legislativa, todavia deve-se analisar, se a simples previsão legal concretiza a complexa estrutura acusatória desejada pelo legislador. Num olhar ideológico, o projeto do Pacote Anticrime tem um viés

encrudescedor do sistema criminal, servindo como instrumento de repressão, e como já visto, trata-se de uma reforma parcial em um Código com base inquisitorial.

Por óbvio que algumas mudanças reafirmam o anseio pelo sistema acusatório, tais como: a implementação da figura do Juiz de garantias – art. 3ºB - (Suspensão por prazo indeterminado pela decisão cautelar, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux); Arquivamento do inquérito policial pelo órgão de acusação – art. 28 (Também suspensão pelas ADIs anteriores); Acordo de Não Persecução Penal – art. 28-A e a Manutenção da cadeia de custódia da prova penal – art. 158-A.

Contudo, não há um otimismo nas mudanças processuais, pois reformas pontuais não alteram toda a estrutura sistematizada, nas palavras Bruno Milanez, 2020:

[...] ainda que a reforma produzida pelo *pacote anticrime* fosse integralmente positiva – o que não é o caso –, seria necessário uma mudança de mentalidade, pois de nada adianta a modificação de leis sem a necessária modificação de práticas. Se seguirmos pensando os institutos processuais a partir de uma matriz inquisitorial, qualquer modificação legislativa que se promova será inserida na engrenagem autoritária e produzirá seus efeitos deletérios.

É nítido que a prática não acompanhará as mudanças processuais, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do HC. 583.995/MG entenderam ser possível a conversão da prisão em flagrante em medida cautelar pessoal, inclusive a prisão preventiva, mesmo sem pedido expresso do Ministério Público ou da autoridade policial, contrariando ao artigo 311 do (CPP), com a nova redação dada pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

E essa não é uma decisão isolada, como se observa nas jurisprudências:

PRISÃO PREVENTIVA – FLAGRANTE – CONVERSÃO DE OFÍCIO – ILEGALIDADE – AUSÊNCIA. Atendidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a conversão de flagrante em preventiva independe de provocação do Estado-acusador ou da autoridade policial. PRISÃO PREVENTIVA – TRÁFICO DE DROGAS – GRADAÇÃO. A gradação do tráfico de drogas revela estar em jogo a preservação da ordem pública. (HC 174102, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 06-03-2020 PUBLIC 09-03-2020).

[...] 1. O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código, não havendo falar em nulidade. (RHC 120.281/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020).

Pois bem, não obstante a proclamada adoção de um processo penal com estrutura acusatória, a prática judiciária tem agasalhado diversas situações em que se realizam atividades jurisdicionais com viés inquisitorial, isso porque, nossa cultura é inquisitiva, o Brasil, após a sua independência, da qual resultou produção legislativa diversa da que regia Portugal, sempre tendeu por um maior ou menor inquisitorialismo na sua estrutura processual penal. Em seu pioneiro Código de Instrução Criminal do Império (1832), manteve as práticas inquisitoriais que nos colocavam mais próximos do sistema francês (modelo reformado ou misto) do que do modelo adversarial inglês, simbolizado pelo julgamento popular. SCHIETTI, 2020.

Abre-se um parêntese, diante desse cenário, para as mudanças na justiça penal experimentadas em alguns países da América Latina. Na vanguarda de uma consolidada estrutura acusatória, temos o Processo penal Chileno e o Uruguaio. Os Chilenos passaram de uma estrutura inquisitorial, e hoje têm um sistema acusatório materializado. Apesar de muita resistência souberam transpor os obstáculos, submeteram os juízes a reciclagens para que pudessem aprender as novas regras pertinentes aos princípios do Sistema Acusatório. (MOREIRA, 2020). No Uruguai o novo Código de Processo Penal modificou substancialmente o procedimento penal, passando do Sistema Inquisitório para o Sistema Acusatório, essencialmente oral e público. O Ministério Público (Fiscalía) passou a dirigir as investigações, há um Juiz de garantias na fase de *Formalización* e outro na etapa de *Acusación* no *Juicio Oral* definitivo, assegurou-se a imparcialidade dos juízes, consolidando a estrutura acusatória. (MOREIRA, 2017).

Assim, na contramão dos demais países da América latina, o sistema processual penal brasileiro necessita de severas mudanças para solidificar a então almejada estrutura Acusatória, mudanças essas que vão além da simples positivação da norma como estabelecido pela Lei Anticrime – Lei nº 13.964/2019, deve-se alcançar os paradigmas jurídico-culturais, para que cada ator processual entenda com clareza sua função na persecução penal almejada, nas palavras de Lenio Streck, 2009: “Discutir o “sistema acusatório” é discutir paradigmas. Mais do que isso, é tratar de rupturas paradigmáticas”.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que mesmo com a reforma legislativa proposta pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) afirmando a estrutura acusatória do nosso Processo Penal, conservamos os fortes ranços inquisitoriais, tanto em alguns dispositivos da legislação processual, quanto nas práticas forenses, especialmente no que diz respeito às iniciativas judiciais antes e durante a ação penal.

Essa falta de compreensão do nosso modelo processual causa um nefasto conflito normativo e funcional entre os atores processuais, quais sejam: os juízes, promotores, policiais e a defesa, com interferências recíprocas em atribuições e competências que deveriam possuir um contorno delimitado.

Não obstante, a mudança legislativa é necessária, mas é apenas um começo, e não o “Telos” da norma. Sem esse entendimento, torna-se inconcebível que os juízes, membros do Ministério Público e defensores ocupem as novas funções estabelecidas pela reforma legislativa, em outras palavras a principal mudança deve ser a jurídico-cultural.

Por fim, analisando as transformações processuais nos países Latinos Americanos, demonstrou-se a importância da capacitação dos profissionais, especialmente quanto aos procedimentos inovadores para conseguir a mudança cultural que é preciso para uma reforma substancial na estrutura Processual Penal, cuja origem é enraizada em bases inquisitoriais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em outubro de 2020.

\_\_\_\_\_. Pacote Anticrime. Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em outubro de 2020.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. – São Paulo : Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MARQUES, Ivan Luís. **Processo penal I: investigação preliminar, ação penal, ação civil “ex delicto**. São Paulo : Saraiva, 2012.

MILANEZ, Bruno. **Pacote Anticrime: agora o sistema é acusatório?**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/795451301/pacote-anticrime-agora-o-sistema-e-acusatorio>. Acesso em outubro de 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O que temos que aprender com o Chile**. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/357114615/o-que-temos-que-aprender-com-o-chile>. Acesso em outubro de 2020.

\_\_\_\_\_. **O novo Código de Processo Penal do Uruguai. Enquanto isso, no Brasil...**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5244, 9 nov. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61724>. Acesso em outubro de 2020.

MOUGENOT BONFIM, Edilson. **Curso de processo penal**. 12<sup>a</sup>. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18<sup>a</sup> ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SCHIETTI, Rogerio Cruz. **Voto proferido no H.C 583.995 em 03 de junho 2020**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/flagrante-convertido-preventiva-pedido.pdf>. Acesso em outubro de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)**. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 46, nº 183, p. 118-140, jul./set. 2009, p. 109.

Superior Tribunal de Justiça STJ – **Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC 120.281/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020)**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855173942/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-120281-ro-2019-0335613-5/inteiro-teor-855173952?ref=juris-tabs>. Acesso em outubro de 2020.

Supremo Tribunal Federal STF – **Habeas Corpus (HC 174102, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 06-03-2020 PUBLIC 09-03-2020)**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860690143/habeas-corporus-hc-174102-rs-rio-grande-do-sul-0026982-9820191000000>. Acesso em outubro de 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 201

## EFETIVIDADE DA LEI Nº 13.303/2016 NA PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

**João Luiz Martins Esteves**

*Doutor pelo programa de Doutorado da Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2015). Professor Titular do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Procurador do Município de Londrina.*

**Roberta Keiko Taki Imagawa**

*Pós-graduada no curso de Especialização em Direito do Estado na Universidade Estadual de Londrina - UEL. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR. Gerente de Governança Corporativa.*

**Tânia Lobo Muniz**

*Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Associada do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina.*

**RESUMO:** O objetivo do presente estudo consiste em realizar uma análise bibliográfica e dedutiva dos principais aspectos trazidos pela Lei nº 13.303/2016. Para tanto, aborda o contexto histórico no qual se deu o surgimento da Lei das Estatais, bem como os aspectos fundamentais acerca da distinção entre interesse público primário e secundário. Explana os desdobramentos da aplicação da lei e trata das inovações trazidas com relação a regras de governança, compliance e gestão de riscos e licitações e contratos, além dos principais pontos positivos da sua criação. Discorre a respeito da importância das empresas estatais velarem pelo interesse público primário que justificou a sua criação e, por fim, traz as principais conclusões constatadas com a vigência da legislação e possíveis soluções para aumentar a efetividade da Lei nº 13.303/2016.

**PALAVRAS CHAVE:** Corrupção. Lei nº 13.303/2016. Empresas estatais. Governança Corporativa.

**ABSTRACT:** The objective of this work is to conduct bibliographic analysis and deductive about the most important aspects brought by Law 13.303/2016. In order to do so, it addresses the historical context in which

the State Law came into being, as well as the fundamental aspects about the distinction between primary and secondary public interest. It explores the ramifications of law enforcement and addresses the innovations brought in relation to governance, compliance and risk management rules and bids and contracts, besides the main positive points of the creation of the law. It discusses the importance of state-owned enterprises to look after the primary public interest that justified their creation and, lastly, it brings the main conclusions found in the validity of the legislation and possible solutions to increase the effectiveness of Law 13303/2016.

**KEY WORDS:** Corruption. Law 13.303/2016. State enterprises. Corporate governance.

## 1. INTRODUÇÃO

A intensificação dos escândalos de corrupção no Brasil nos últimos anos faz o país enfrentar uma das maiores crises político-econômicas da sua história. Nesse ínterim, surge a necessidade de uma atuação mais efetiva do Estado frente aos problemas de gestão das empresas sob seu controle. Tal problemática pode ser tida como o estopim para a elaboração da Lei nº 13.303/2016, que consiste em um dos temas de gestão pública mais discutidos na atualidade.

A Lei das Estatais disciplinou lacunas do direito brasileiro com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista. A necessidade de tal regramento inclusive está positivada constitucionalmente no artigo 173, parágrafo primeiro da Carta Magna. Contudo, infere-se que mais do que atender à regra constitucional, a Lei nº 13.303/2016 teve como fator primordial a necessidade de resposta à sociedade frente aos casos de improbidade administrativa envolvendo tais entes.

Levando em consideração tal problemática o legislador editou a referida lei em 2016, que foi responsável por instituir o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em vista a hodiernidade do regramento é mister a elaboração do presente estudo, a fim de abordar os principais aspectos da lei, bem como os reflexos que a sua existência tem produzido até o presente momento.

Para tanto, adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, além de da análise dedutiva sobre o tema, com pesquisas acerca da legislação envolvida, doutrina e de outros documentos que se mostraram importantes ao desenvolvimento do trabalho.

Preliminarmente, abordar-se-á acerca do contexto social e os motivos que levaram à criação da Lei nº 13.303/2016. Na sequência será feita breve explanação sobre a questão do interesse público, para então adentrar no foco do trabalho, qual seja, analisar as inovações constatadas com o advento da Lei das Estatais.

Por fim, cumpre ressaltar que a justificativa do estudo repousa exatamente na análise da efetividade da Lei nº 13.303/2016 no seu objetivo de zelar pelo interesse público, ainda que com pouco tempo de vigência, bem como apontar sugestões de adequações para aumentar ainda mais a adaptação das atuais empresas com vistas à melhor aplicação dessa nova legislação.

## 2. HISTÓRICO DA LEI Nº 13.303/2016

O art. 173, parágrafo primeiro da Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê a criação de estatuto jurídico para empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços e dispõe acerca dos temas que devem ser tratados por este instrumento.

Por conseguinte, em 30 de junho de 2016, foi promulgada a Lei nº 13.303/2016, que segundo ementa “Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” Ou seja, tal legislação surgiu justamente para completar a lacuna legislativa insculpida no artigo 173 da Constitucional Federal.

Em verdade, a Lei nº 13.303/2016, também chamada de Lei das Estatais, em sua origem buscou implementar o princípio da eficiência, introduzido no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que pauta a atuação da administração pública e vem sendo desenvolvido em vários Estados, com influência no direito romano. Tudo isso visando a busca de uma gestão qualificada e da aplicação eficiente de recursos públicos.

Nesse sentido, Pereira Junior e Dotti<sup>1</sup> pontuam que:

A proposta de simplificar estruturas, regras, procedimentos administrativos e processos de trabalho, com o fim de “otimizar” a relação custo-benefício (eficiência) e contribuir para a obtenção de resultados (eficácia), assim satisfazendo aos compromissos do estado com a sociedade civil, tem sido desenvolvida na gestão pública de vários estados democráticos de direito, sejam os de cultura jurídica romano-germânica ou os filiados à tradição anglo-saxã.

Em que pese as empresas estatais serem importante ferramenta do Estado para consecução de suas finalidades econômicas, verifica-se que no Brasil a concessão de algumas características do regime privado abriu espaço também para a presença de facilitadores para a corrupção. Logo, nas palavras de Pinho e Ribeiro<sup>2</sup>:

as empresas estatais eventualmente facilitam a ocorrência de atos de corrupção ou de malversação de recursos destinados às empresas estatais, o que vem confirmado pelos escândalos de corrupção e exigiu um movimento em direção a um maior controle e fiscalização das empresas estatais.

Segundo Fontes Filho pesquisas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico apontam como principais motivações para que as empresas estatais sejam mais propícias à corrupção: a) o fato de sujeições mais brandas em termos orçamentários; b) não submissão ao regime de falência; c) operação em áreas em que a competição com o setor privado é muito reduzida; d) falta de padrões de transparência em relação às suas contas e; e) possibilidade de alternância na indicação de seus dirigentes entre o Poder Executivo e o Legislativo, como forma de conferir cargos à base de coalizão do Executivo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos? *Revista TCU: Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 141, p.85-105, 04 dez. 2018. Anual. p. 101

<sup>2</sup> PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Corrupção e compliance nas empresas públicas e sociedades de economia mista: racionalidade das disposições da Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 277, n. 1, p.241-272, 11 maio 2018. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v277.2018.74808>. p. 243

<sup>3</sup> FONTES FILHO, Joaquim Rubens; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, p.1171, nov/dez. 2008.

Desta forma, pode-se dizer que o estopim para a promulgação da Lei nº 13.303/2016 se deu especialmente em decorrência dos recentes casos de corrupção que assolaram o Brasil., sobretudo após a revelação dos escândalos envolvendo a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. A saber, ainda hoje, após 05 anos da deflagração da Operação Lava Jato ainda é possível visualizar os reflexos do maior esquema de corrupção da história. Nesse contexto então, surgiu a necessidade do legislador dar uma resposta aos anseios da sociedade.

A Constituição Brasileira desde a sua promulgação em 1988 estabeleceu vários mecanismos de controle para as empresas estatais, tais como o controle interno, controle externo e controle jurisdicional. Contudo, uma importante justificativa da lei foi de que as empresas públicas e sociedades de economia mista estariam operando com lacunas de governança e ausência de controles.

Nesse sentido sintetiza Felipe Chaves<sup>4</sup> que:

as motivações da Lei foram, além da necessidade de moralização das estatais, a lacuna de regulamentação determinada pelo Art. 173 da Constituição Federal e as constantes notícias de prejuízos às estatais em virtude de indicações políticas.

O Relatório da Comissão do projeto de lei nº 555/2015, que deu origem a Lei nº 13.303/2016, também coaduna a tese de que a criação de tal legislação teve como foco saciar aos anseios da sociedade. Esta última questão fica demonstrada através de enquete realizada no Portal do Senado Federal segundo a qual:

56% consideram péssimo o nível de transparência no uso de recursos públicos de empresas estatais;

97% são a favor da criação de projeto de lei que obrigue empresas públicas e sociedades de economia mista a adotarem práticas mais transparentes;

80% são a favor da obrigatoriedade de realização de licitação em todas as compras das empresas estatais;

63% acreditam que apenas profissionais de carreira deveria ocupar cargos de direção em empresas estatais;

---

<sup>4</sup> CHAVES, Felipe Sousa. *Inovações em governança corporativa e efeitos sobre o business judgment rule oriundos da lei 13.303/2016, a lei de responsabilidade das estatais*. 2017. 101 f. TCC (Graduação)

- Curso de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível

em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/2017-2-tcc-felipe-sousa-chaves-1>>. Acesso em: 09 jun. 2019. p. 42.

49% têm a opinião de que o prazo de mandato de dirigentes de empresas estatais deveria ser de 4 anos.

Importante frisar que da leitura do projeto de lei, fica clara a vontade do legislador de estabelecer um estatuto jurídico aplicável às empresas estatais dedicadas à atividade econômica em sentido estrito, às que exploram atividade econômica sujeita ao regime de monopólio e às dedicadas ao serviço público.

Desta forma, ressalva-se que o espoco principal do projeto de lei nº 555/2015 e, por conseguinte, da Lei nº 13.303/2016, além de preencher a lacuna legislativa do artigo 173, parágrafo primeiro da Constituição Federal, foi o de confeccionar instrumento que servisse de resposta aos pleitos da sociedade.

### 3. DO INTERESSE PÚBLICO

Como visto, a Constituição Federal de 1988 admite a exploração de atividade econômica pelo Estado com a finalidade de proteção da segurança nacional ou no caso de relevante interesse coletivo. Deste modo, fica claro que o surgimento de uma empresa pública ou sociedade de economia mista deve se ater ao interesse social perseguido pelo ente público.

Nesse sentido Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup> esclarece que:

As empresas estatais são pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público misto, para a prestação de serviço público ou para a execução de atividade econômica de natureza privada. Serviço público, no caso, entendido no seu sentido genérico, abrangendo também a realização de obras (estradas, edifícios, casas populares etc.).

---

<sup>5</sup> MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Logo, verifica-se que as empresas estatais tem o compromisso de atender ao interesse público que motivou as suas constituições. Nesse ponto, é importante fazer a distinção entre as definições de interesse público primário e interesse público secundário.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>6</sup> esta diferenciação trazida pela doutrina italiana propõe que:

Interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarna-se pelo simples fato de ser pessoa.

Ato contínuo, o interesse público primário pode ser tido como o verdadeiro interesse a que se destina a Administração Pública, pois este alcança o interesse da coletividade e é lastreado pelo próprio princípio da supremacia do interesse público, que justifica as prerrogativas presentes no regime jurídico administrativo. É este interesse que fundamenta a realização de políticas públicas voltadas para o bem estar social e está ligado ao cumprimento dos objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal.

Por outro lado, o interesse público secundário visa o interesse patrimonial do Estado, considerando este uma pessoa jurídica que também pode ter interesses particulares próprios. Contudo, como bem explana Marcelo Alexandrino, tais interesses são indissociáveis:

Os interesses públicos primários são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Já os interesses públicos secundários são os interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Esses interesses secundários são identificados pela doutrina, em regra, como interesses meramente patrimoniais, em que o Estado busca aumentar sua riqueza, ampliando receitas ou evitando gastos. Também são mencionados como manifestação de interesses secundários os atos internos de gestão administrativa, ou seja, as atividades-meio da Administração, que existem para fortalecê-la como organismo, mas que só se justificam se forem instrumentos para que esse organismo atue em prol dos interesses primários<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, São Paulo, 2005. p. 57-58.

<sup>7</sup> ALEXANDRINO, Marcelo Alexandrino. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 18ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 197.

Logo, depreende-se que os interesses públicos secundários perseguidos na criação de uma empresa estatal também deverão atender o interesse público primário, qual seja, o bem comum da sociedade, funcionando este como uma condição *sine qua non* para a legitimação do interesse secundário. Desta forma, conforme adiante será abordado, a Lei das Estatais consiste em um marco regulatório de governança, que afirma a função social de realização do interesse coletivo das empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Lei nº 13.303/2016 em seu artigo 8º, parágrafo primeiro deixa claro que as empresas estatais são instrumentos do Estado para consecução do interesse público, em que pese ostentar personalidade jurídica de direito privado, vez que pertencentes à Administração Pública Indireta da União, Estados e Municípios.

Por conseguinte, tornou-se obrigatória a elaboração anualmente de Carta Anual de Políticas Públicas e Governança Corporativa pelo Conselho de Administração das empresas estatais com explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações.

Sobre o tema, Cardoso leciona que:

Ao exigir que os compromissos para o atingimento dos objetivos de políticas públicas, os recursos a serem empregados e os impactos econômico-financeiros sejam expostos de forma clara e objetiva na carta a ser subscrita pelos membros do Conselho de Administração, obtém-se a concretização de informações e dados que usualmente sempre foram tratados de forma implícita ou com justificativas imprecisas e difusas<sup>8</sup>.

Assim, conclui-se que a Lei das Estatais ao prever a Carta Anual buscou sacramentar que o interesse público perseguido pelas empresas públicas e sociedades de economia mista é verificado quando há compatibilidade e conformidade da sua atuação com as políticas públicas, devendo inclusive isso ser divulgado anualmente.

---

<sup>8</sup> CARDOSO, André Guskow. *Governança Corporativa, Transparência e Compliance nas Empresas Estatais: O Regime Instituído pela Lei 13.303/2016*. Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados, 2016. Disponível em: <[www.justen.com.br/informativo](http://www.justen.com.br/informativo)>. Acesso em: 10 de Junho de 2019. p.5.

#### 4. DOS PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEI 13.303/2016

##### 4.1 Regras de governança corporativa

Antes de adentrar nas regras propriamente ditas, torna-se mister conceituar no que consiste o termo governança corporativa, que tanto é abordado na atualidade. Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas<sup>9</sup>.

Logo, a governança corporativa busca alinhar os interesses dos envolvidos na empresa com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização. A Lei nº 13.303/2016 contribuiu para um aperfeiçoamento da governança corporativa nas empresas estatais, principalmente no tocante à indicação dos diretores e conselheiros.

Importante frisar que este tema é apontado como a principal inovação trazida pela lei. Nesse sentido, pontua Nohara:

uma das preocupações centrais da nova legislação foi a previsão de um sistema de governança corporativa que intensificasse a transparência e o controle das estatais, para minimizar as possíveis falhas de integridade na conduta da alta gestão dessas empresas<sup>10</sup>.

Os artigos 17 e 26 desta legislação trazem uma série de requisitos de investidura nestes cargos, os quais podem ser avaliados pela figura do Comitê Estatutário, previsto no artigo 10 da lei. Tal órgão também é uma novidade implementada pela Lei das Estatais, com o objetivo de servir auxílio ao Acionista na verificação de conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal.

---

<sup>9</sup> Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. São Paulo: IBGC, 2015.

<sup>10</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos*. Disponível em: <[www.direitoadm.com.br](http://www.direitoadm.com.br)>. Acesso em 15 de Jun. de 2019.

Por conseguinte, as pessoas indicadas para compor os órgãos da administração de uma empresa estatal, preliminarmente deverão ser avaliados pelo Comitê Estatutário, a fim de verificar se atendem aos requisitos previstos na Lei nº 13.303/2016 e demais legislações vigentes, como a Lei nº 6.404/1976, Lei Complementar nº 64/1990 (Lei da Ficha limpa) e Lei nº 12.813/13, que trata a respeito da questão do conflito de interesses.

Com relação as regras para nomeação de executivos cabe pontuar que, por vezes, os novos requisitos não levam em conta o cenário bastante heterogêneo de aplicação da lei, visto que são muitas entidades com realidades distintas e diferentes níveis de maturidade dos processos, dotações orçamentárias e quadro profissionais no cenário nacional.

Este ponto merece destaque, pois a estrutura organizacional de empresas públicas e sociedades de economia municipais, por exemplo, via de regra apresentam menor monta, não sendo razoável exigir os mesmos requisitos legais de empresas estatais federais para investidura de diretores e conselheiros.

Talvez a Lei tenha idealizado esta situação ao prever no parágrafo primeiro do artigo 1º que as empresas estatais com receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões) não estariam subordinadas às exigências de constituição de código de conduta e integridade aplicável à alta administração; constituição de comitê estatutário; alguns requerimentos referentes à escolha dos administradores e; regulamentação dos conselhos de administração, da diretoria, dos comitês de auditoria estatutários.

Ocorre que, a aplicabilidade da exclusão das regras supramencionadas estava condicionada à edição de ato pelo Poder Executivo controlador da respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista, que estabelecesse regras de governança corporativa próprias no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir de 30 de junho de 2016, data da publicação da lei. Mais uma vez tem-se que a realidade de muitos Municípios não foi levada em consideração, visto que apenas os Poderes Executivos de grandes capitais teriam estrutura para no prazo de 06 meses aprovar um decreto que abordasse tantas especificidades.

A saber, a cidade de Londrina, no Estado do Paraná, conta com 03 sociedades de economia mista (Companhia Municipal de Trânsito e Urbanização de Londrina, Companhia de Habitação de Londrina e Sercomtel S.A. – Telecomunicações), cujo ente controlador é o Município de Londrina e não dispõe de ato normatizador da Lei nº 13.303/2019 apesar de ter quase 600.000 (seiscentos mil) habitantes e ser a segunda cidade mais populosa do Estado.

Nesse sentido Mauro Silva Santos pontua que:

O novo modelo de governança é abrangente. Contudo, a adoção de um padrão único de governança, mobilizador de um amplo número de procedimentos e instrumentos, aplicáveis a todas as empresas – independentemente da composição acionária (estatal ou sociedade de economia mista); do tamanho, mensurado, por exemplo, pela receita operacional; da capacidade de mobilização de recursos para o próprio financiamento (dependentes ou não dependentes do Tesouro); ou do objetivo fundamental que orienta a atuação da empresa (a atividade econômica ou política pública) – implica riscos de imposição de custos de governança elevados para determinadas empresas, fato que, no limite, pode resultar em ineficiência alocativa<sup>11</sup>.

Desta forma, o excesso de rigor previsto na Lei nº 13.303/2016 na qualificação dos indicados que poderão compor os órgãos da administração das empresas estatais, em que pese ter a intenção de evitar apadrinhamentos políticos e práticas de nepotismo, pode também levar a graves problemas de governança em empresas públicas e sociedades de economia mista de menor estrutura e/ou localizadas em cidades que não dispõem de profissionais qualificados conforme as exigências da nova legislação.

O artigo 24 da Lei das Estatais prevê ainda a obrigatoriedade de instauração de Comitê de Auditoria Estatutário, como órgão auxiliar do Conselho de Administração e com competência para monitoramento dos mecanismos de controles internos, supervisão das atividades desenvolvidas na elaboração das demonstrações financeiras e supervisão da função de auditoria interna

Desta forma, o Comitê de Auditoria Estatutário pode ser tido como um dos principais mecanismos de controle a potenciais atos de corrupção, visto que busca aumentar o nível de transparência e a fiscalização dos atos de administração da sociedade. Contudo, pesquisa realizada pela Deloitte em parceria com o Instituto dos Auditores Internos do Brasil aponta que a implantação deste órgão ainda é bastante tímida:

O comitê de auditoria estatutário, importante instância de governança prevista na Lei, apresenta entre os participantes um percentual expressivo (46%) de não envolvimento com essas iniciativas – o que pode estar relacionado ao baixo grau de implementação desse órgão nas empresas estatais<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> SILVA, Mauro Santos. Governança Corporativa de Empresas Estatais: notas sobre o novo modelo adotado no Brasil (Lei no 13.303/2016). *Boletim de Análise Político-institucional*, Brasília, p.61-70, dez.

2018. Semestral. p.69

<sup>12</sup> DELOITTE; IIA BRASIL – Instituto dos Auditores Internos do Brasil. *Governança nas empresas estatais – Desafios e estratégias para adequação aos requerimentos da Lei nº 13.303*. 2017.

Ademais, no que tange aos requisitos de transparência, a Lei nº 13.303/2016 trouxe a obrigatoriedade de divulgação anual do relatório integrado ou de sustentabilidade e da carta anual de governança corporativa. Além disso, também é necessária a implementação obrigatória de política de divulgação de informações, política de distribuição de dividendos e política de transação com partes relacionadas.

Voltada para a questão reacional à corrupção, tem-se o artigo 12, inciso I que estabelece a obrigatoriedade de divulgação de toda e qualquer remuneração dos administradores. Esta regra e muitas outras implementadas e/ou reforçadas pela Lei das Estatais apenas frisam o seu importante viés voltado ao estabelecimento de regras de transparência.

Face ao exposto, destaca-se que independentemente da característica estatal, as regras de governança de uma empresa devem ser modeladas com o intuito de proteger os interesses de todos os envolvidos e, em especial no caso das empresas estatais devem ser voltadas à consecução do interesse público primário.

#### 4.2 Compliance e controles internos

De outro norte, o controle a ser implementado a partir dos dispositivos da Lei nº 13.303/2016 impuseram a obrigatoriedade de criação de instrumentos de *compliance* e transparência. Não diferente, estes princípios norteadores são citados em diversos artigos da lei.

No Brasil, a nova onda gira em torno da verificação da existência nas empresas de área responsável pela verificação do cumprimento de obrigações e gestão de riscos, sendo inclusive este um importante fator a ser analisado pelos *stakeholders*.

Nesse sentido inclusive, importante pontuar que a Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei nº 9.613/1998, já possuía em sua essência dispositivos que previam medidas impositivas a serem adotadas pelas empresas para estarem em conformidade com regras e diretrizes nas atividades desempenhadas. Logo, em suma, verifica-se que desde 1998 existiam no Brasil regras voltadas para *compliance*.

Na sequência, a Lei nº 12.846/2013 fortaleceu ainda mais para as empresas privadas a questão das boas práticas empresariais, visto que apesar de não obrigatórios, os mecanismos de *compliance* quando existentes na pessoa jurídica passaram a ser considerados como atenuantes na aplicação das sanções, conforme artigo 7º, inciso VIII da Lei Anticorrupção.

O Decreto nº 8.420/2015, regulamentador da Lei nº 12.846/2013 em âmbito federal inclusive, trouxe o conceito de programa de integridade, que consiste no:

conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Pode-se dizer que um ponto bastante positivo da Lei nº 13.303/2016 foi ter tornado o setor de *compliance* obrigatório nas empresas estatais. Essa tendência à legalização do *compliance* no Brasil se deu em razão dos mesmos motivos em outros países. Nesse sentido, Bottini afirma que o impulso inicial ao *compliance* partiu das instituições financeiras, notadamente após os mundialmente conhecidos escândalos de governança corporativa (Barings, Enron, World Com, Parmalat, etc.) e a crise financeira de 2008<sup>13</sup>.

A Lei das Estatais valoriza a implantação de estruturas internas na empresa, como forma de controle a eventuais atos de corrupção. Nesse sentido, o artigo 9º da Lei nº 13.303/2016 estabelece as regras gerais de adoção das práticas de gestão de riscos internos, estabelecendo a necessidade de adoção de Código de Conduta e Integridade por parte da empresa.

Nas palavras de Cardoso o Código de Conduta e Integridade pode ser definido como o documento formal, no qual são estabelecidas as regras e normas relacionadas à forma de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista, de seus administradores e de seus empregados, especialmente no relacionamento com terceiros e com a Administração Pública<sup>14</sup>.

Mais do que um manual que prevê regras, o Código também deve estabelecer o Canal de Denúncias, a fim de possibilitar o recebimento de denúncias internas e externas referentes ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e demais normas internas. Importante destacar

---

<sup>13</sup> BOTTINI, Pierpaolo. O que é *compliance* no âmbito do Direito Penal? *Consultor Jurídico*. São Paulo, 30 de abril de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance?>> Acesso em: 05 de junho de 2019.

<sup>14</sup> *Ibidem*. p.13.

que a lei também estabelece a obrigatoriedade de mecanismos de proteção àqueles que promovem as denúncias.

Contudo, como bem pontua Pinho e Ribeiro<sup>15</sup> a iniciativa da Lei não pode ser considerada como meio absoluto para prevenção à corrupção, uma vez que, a Petrobrás possuía Código de Conduta desde o ano de 1998 e as sociedades anônimas abertas brasileiras que operam no Novo Mercado da BM&FBOVESPA já possuíam o dever de ter em sua estrutura tal instrumento desde 2005.

A pesquisa realizada pela Deloitte em parceria com o Instituto dos Auditores Internos do Brasil<sup>16</sup> aponta que 77% das empresas que participaram do estudo elaboraram ou divulgaram adequadamente um Código de Conduta e Integridade.

Do exposto, tem-se que o *compliance* é uma ferramenta essencial há muito tempo já existente no ordenamento jurídico brasileiro, mas que foi reforçada pela Lei nº 13.303/2016 para que os processos das empresas estatais sejam realizados de acordo com as políticas, normas internas e em sintonia com princípios éticos e valores. Tudo isso é fundamental para que a empresa desenvolva e cultive uma cultura ética e transparente com todos aqueles com quem se relaciona.

#### 4.3 Licitações e contratos

A Lei nº 13.303/2016 disciplinou o estatuto jurídico das empresas estatais, inclusive no tocante a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

No que tange as licitações, a Lei das Estatais trouxe um único procedimento simplificado para licitação, disciplinando a estrutura do procedimento licitatório de modo geral. Por conseguinte, foi dada autonomia para que os Regulamentos Internos de Licitações e Contratos de cada empresa estatal complementem este procedimento estabelecendo regras mais específicas.

Sobre a importância do tema, é primordial trazer as pontuações de Pinho no sentido de que:

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

O tema do regime de licitação e contratação das sociedades estatais sempre gerou muitos debates a respeito da sua constitucionalidade, nomeadamente a possibilidade da existência de um regime de contratação que fosse diferenciado daquele previsto na Lei nº 8.666/1993. Por exemplo, o regulamento do procedimento licitatório simplificado da Petrobras sempre foi objeto de diversos questionamentos. Tanto é verdade que o Tribunal de Contas da União (TCU) chegou a declarar a sua inconstitucionalidade, mas a decisão encontra-se suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>17</sup>.

O que se percebe, de maneira fundamentada e muito emblemática, é que o legislador buscou acabar com a imagem de que a Administração Pública sempre adquire bens e serviços mais caros do que as condições de mercado. Para tanto, por exemplo, a Lei nº 13.303/2016 estabeleceu a obrigatoriedade no sigilo no valor estimado quando do lançamento do edital de licitação.

Contudo, como pontua Justen Filho não há comprovação de que a divulgação antecipadamente ao certame impulsionará o aumento dos preços. Além disso, o autor cita alguns pontos negativos desta previsão legislativa:

risco de privilégio injusto caso algum concorrente tenha acesso à informação e a possibilidade de inexecuibilidade por orçamento com erro e que não será detectado pela falta de divulgação; a realização do procedimento de negociação para reduzir o valor do vencedor do certame, caso esteja acima do valor orçado, sem que participante saiba<sup>18</sup>.

Pinho fez um balanço após um ano da vigência da Lei nº 13.303/2016:

Nesse um ano de vigência da Lei nº 13.303/2016, percebeu-se que ainda há um caminho longo a percorrer, já que boa parte das empresas estatais ainda não realizou a compatibilização de sua disciplina normativa específica de licitações e contratos com a Lei nº 13.303/2016. Contudo, as experiências aqui demonstradas e analisadas mostram que a Lei de Empresas Estatais já

---

<sup>17</sup> PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 35-54, mar./ago. 2017. p. 36.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e “não empresárias”*. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/tags/lei-13303/>>. Publicação: 31 de Ago. de 2018. Acesso em: 10 de Junho de 2019.

possui ressonância direta para as atividades das principais empresas estatais brasileiras<sup>19</sup>.

No campo dos contratos administrativos importantes conclusões foram levantadas por Piovesan e Cristóvam no sentido de que com a nova lei o regime de contratação das empresas estatais tem seu protagonismo deslocado de forma expressa e indelegável para o direito privado. Tal fato, vem atender aos objetivos buscados pelo legislador quando da criação da lei de fazer as sociedades de economia mista e empresas públicas quando no exercício de atividades econômicas conseguirem atuar e manter-se em mercados altamente competitivos<sup>20</sup>.

Acredita-se que a Lei nº 13.303/2016 confere maior segurança jurídica aos contratos celebrados pelas sociedades estatais, na exata medida que os instrumentos contratuais são regidos por regime jurídico próprio às empresas estatais, que estão muito mais ligadas a uma lógica empresarial e concorrencial<sup>21</sup>.

Muitas são as inovações trazidas no âmbito das licitações e contratos administrativos que fogem ao objeto deste estudo. Desta forma, cabe apenas trazer a questão da dispensa de licitação para compra e venda de ações, títulos de créditos e dívidas e bens que as sociedades de economia mista e empresas públicas produzam ou comercializem.

Conforme adiante será abordado a questão trazida no artigo 29, caput, inciso XVIII está em discussão inclusive em sede jurisprudencial, o que comprova que os desdobramentos da nova legislação no que tange aos contratos e licitações ainda está longe de ter um ponto final.

#### 4.4 Desdobramentos da Lei 13.303/2016

Consoante citado, como toda legislação, a Lei nº 13.303/2016 não ficou imune à questionamentos. O primeiro deles foi através da Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de cautelar, ADI nº 5624, ajuizada pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa

---

<sup>19</sup> Ibidem. p.52.

<sup>20</sup> Ibidem. p.19.

<sup>21</sup> Ibidem. p. 52.

Econômica Federal (Fenaee) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf/Cut) em 17 de novembro de 2016.

Conforme a petição inicial da ADI, a lei questionada, ao regulamentar o artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal, inseriu no ordenamento jurídico:

normas de grande impacto sobre o regime societário, a organização e a atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, a composição de seus órgãos de administração, a sua função social, o seu regime de compras e contratações e as formas de prestação de contas ao Estado e à sociedade, estabelecendo limitações e obrigações e restringindo a capacidade de gestão dos respectivos Poderes Executivos.

No que tange ao aspecto formal há de questionamento quanto a possibilidade ofensa direta ao princípio constitucional da separação de poderes, em razão de invasão pelo Poder Legislativo da prerrogativa do chefe do Poder Executivo de dar início ao processo legislativo em matérias que envolvam a organização e funcionamento do próprio Executivo.

Além disso, com relação às inconstitucionalidades materiais é questionado que a lei impugnada é muito abrangente e deveria, em verdade, apenas aplicar-se às empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, bem como que por fazer um excessivo detalhamento deixa de considerar as peculiaridades dos diferentes tipos de empresas e atividades exercidas.

A ADI questiona ainda que os requisitos estabelecidos para investidura como membros dos órgãos da Administração das empresas públicas e sociedades de economia mista ofendem ao princípio de razoabilidade e que a lei em discussão estabelece regras mais restritivas às empresas estatais que as vigentes para empresas privadas. Por fim, a ação também trata a respeito da venda de ativos das sociedades de economia mista.

Em sede de medida cautelar, foi requerida a suspensão da eficácia da Lei nº 13.303/2016, ou, pelo menos, dos seus artigos 1º, 7º, 16, 17, 22 e 25, aplicando-se interpretação conforme a Constituição para que as demais normas sejam direcionadas, exclusivamente, às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, em regime de competição com o mercado.

Adicionalmente, foram ajuizadas as ações diretas de inconstitucionalidade nº 5.846/DF ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil, nº 5.924/MG ajuizada pelo Governador do

Estado de Minas Gerais e nº 6029, cujas cautelares questionam dispositivos da Lei nº 13.303/2016, em especial a permissão para alienação de ativos de estatais e sociedades de economia mista sem licitação e sem edição de lei autorizativa.

O Relator da ADI 5624, Ministro Ricardo Lewandowski, em 27 de junho de 2018, em exame superficial constatou que estavam presentes os requisitos para deferimento da medida cautelar no tocante a alguns pedidos. Nesse sentido, proferiu decisão monocrática e concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada para liminarmente conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, caput, XVIII, da Lei 13.303/2016, afirmando que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário, bem como que a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas. À época, o Ministro entendeu que os demais pedidos cautelares não preenchiam o requisito da urgência, devendo aguardar a instrução de todos os processos para posterior análise pelo Plenário da Corte do Supremo Tribunal Federal – STF.

Em 06 de junho de 2019, os Ministros do STF no julgamento conjunto das cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs nº 5.624, 5.846, 5.924 e 6.029), em razão de voto médio, referendaram em parte a decisão monocrática, para conferir ao art. 29, caput, inc. XVIII, da Lei nº 13.303/2016 interpretação conforme à Constituição Federal, nos seguintes termos:

i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade.

Os demais pedidos das ações diretas de inconstitucionalidade não fora objeto de julgamento tanto pelo Relator quanto pelo Pleno de STF, em razão da ausência de urgência capaz de justificar decisão liminar, devendo aguardar a instrução de todos os processos de controle abstrato (ADIs nº 5.624, 5.846, 5.924 e 6.029) para posterior análise e manifestação do órgão máximo de proteção da Constituição Federal. Por fim, resta destacar que os entendimentos sobre a matéria em comento estão longe de encontrar uma consonância, tendo em vista os inúmeros fatores envolvidos em questão.

#### 4.5 Pontos positivos

As inovações trazidas pela Lei nº 13.303/2016 podem ser consideradas como um benefício em prol da sociedade, visto que tem o intuito de dar maior eficiência as empresas estatais e instituir mecanismos de controle e de gestão visando à integridade e ao combate à corrupção no Estado Democrático Brasileiro.

Conforme visto alhures, a Lei nº 13.303/2016 teve como principais temas tratar da questão das normas de governança corporativa e compliance e de licitações e contrato. São assuntos distintos, mas que apresentam relação intrínseca, consoante leciona sobre o tema Justen Filho:

Os dois temas são inter-relacionados porque a diminuição do rigor da licitação depende da adoção de instrumentos jurídicos e gerenciais que evitem as práticas abusivas. A pura e simples redução do formalismo das licitações das estatais, sem a criação de mecanismos de transparência e compliance, poderia gerar desastres. Foi o que aconteceu com a Petrobrás, cujas licitações eram subordinadas a regime simplificado<sup>22</sup>.

Apesar de muitos instrumentos já terem sido previstos em outras legislações, a Lei das Estatais inovou por concentrar em uma única legislação regras de exigência de adoção de Código de Condutas, obrigatoriedade dos Comitês de Auditoria Estatutário, de requisitos prévios para indicação de membros para compor os órgãos da Administração e de valorização da atuação do Conselho Fiscal e de Administração no cotidiano das empresas.

Segundo Cardoso, o exame das normas gerais estabelecidas pela Lei nº 13.303/2016 relativamente a deveres de transparência, governança corporativa, estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno revela que se trata de marco legal relevante e inovador<sup>23</sup>. Desta forma, verifica-se que a lei em questão revoluciona com a criação de alguns mecanismos criados e/ou intensificação de outros.

---

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A nova Lei das (antigas) Estatais. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 25 jul. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/GZ6LwS>>. Acesso em: 10 de junho de 2019. p 39.

<sup>23</sup> *Ibidem*. p. 7.

Sobre o tema, Nohara destaca que:

O ponto forte da lei foi pormenorizar as regras de fiscalização e controle rumo à maior transparência da governança corporativa, para evitar conflitos de interesses e permitir o controle tempestivo da estatal diante de decisões estratégicas. Essas determinações tendem a melhorar a situação jurídica dos seus investidores particulares. Também houve a delimitação da necessidade de adoção do Código de Ética e Integridade, o que já era praticado por grande parte das estatais, e a previsão de um Comitê de Auditoria Estatutário, este sim mais inovador, uma vez que avaliará os parâmetros que fundamentam os cálculos atuariais, bem como os planos de benefícios de fundos de pensão para tentar evitar lesão aos investidores de fundos [...] <sup>24</sup>.

De certo, o exame das normas gerais trazidas permite verificar que foi ampliada a possibilidade de acompanhamento e controle pelo povo e pelos órgãos de controle, o que permite uma maior efetividade de que as empresas estatais sejam utilizadas para a consecução dos objetivos para os quais foram criadas.

No que tange ao atingimento do interesse público, Silva<sup>25</sup> destaca que:

O novo modelo, ao dispor sobre função social da empresa estatal, traz uma dupla inovação institucional relacionada à execução de políticas públicas. A primeira trata da obrigatoriedade da geração e publicação de informações financeiras (inclusive no plano de contas) referentes às políticas públicas executadas, fato que permitirá maior possibilidade de monitoramento e avaliação da atuação empresarial e das respectivas políticas públicas. A segunda impõe restrições ao uso de recursos da empresa para sustentar a execução de políticas públicas que não estejam expressamente estabelecidas no seu objeto social, e, portanto, possam causar efeitos adversos sobre seus resultados financeiros.

Como visto, além da questão de estruturas de governança corporativa e gestão de riscos, a Lei das Estatais impõe obrigatoriedade de elaboração de carta anual de políticas públicas e governança corporativa, relatório de sustentabilidade e diversas políticas para divulgação de informações, distribuição de dividendos e transação com partes relacionadas. Estes documentos que a princípio são instrumentos para explicitar maior transparência na gestão, servem também de aparato para melhoria na qualidade condução das estatais pelos seus dirigentes, visto que externam formalmente o comprometimento destes e o constante acompanhamento das metas estabelecidas.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 14.

<sup>25</sup> *Ibidem*. p. 69.

Sobre o tema, Cardoso<sup>26</sup> exemplifica que o fato da carta anual ser assinada pelos membros do Conselho de Administração tem por objetivo confirmar o vínculo formal e a responsabilidade dos Conselheiros com os compromissos e as definições contidas no referido documento.

Com relação a questão das licitações, Feijó aponta que a Lei nº 13.303/2016 perdeu a oportunidade de instituir um novo tipo de procedimento, visto que repetiu os modelos previstos na legislação já existente. Contudo, entende que

Apesar disso, alguns pontos do procedimento foram deixados em aberto para melhor regulamentação das empresas estatais, seja pelo Regulamentos Internos de licitação, seja pelo instrumento convocatório. Portanto, caberá às estatais a tarefa de elaborar soluções mais simples e eficientes para os procedimentos licitatórios, respeitados os limites estreitos e bem definidos pela Lei 13.303/2016<sup>27</sup>.

Por fim, em síntese verifica-se que o novo regramento das Estatais reúne regras cuja aplicabilidade ainda não permitiu a verificação se foi atendido o objetivo de aperfeiçoamento dos pontos positivos das empresas públicas e sociedades de economia mista e erradicação dos negativos, em decorrência de a lei ainda ser recente e seus efeitos ainda não poderem ser totalmente delineados.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.303/2016 pode ser vista como mais um mecanismo de monitoramento e combate à improbidade administrativa e corrupção, aliado ao controle administrativo já existente. O novo regramento vem tentar dar respaldo às dificuldades práticas enfrentadas no que tange à atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista no mercado.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*. p.5.

<sup>27</sup> FEIJÓ, Ricardo de Paula. *O Procedimento da Licitação na Lei 13.303/2016*. Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados, 2016. Disponível em: <[www.justen.com.br/informativo](http://www.justen.com.br/informativo)>. Acesso em: 10 de Junho de 2019. p.12.

De todo o exposto constata-se que mesmo com a criação da Lei das Estatais resta pontuar a existência de submissão, ainda que de forma mitigada, destas ao regime jurídico-administrativo, vez que as empresas estatais continuam integrando a Administração Pública Indireta e, por conseguinte, sujeitas aos princípios e regras a ela inerentes.

Mais do que isso, a nova Lei das Estatais reforça a importância destas em cumprir sua função social, qual seja, a realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para sua criação. Desta forma, intensifica a importância das empresas estatais vislumbrarem o interesse público primário que justificou as suas criações, *pari passu* ao fim secundário de gerar lucro e desenvolvimento ao Estado.

Ponto mais controverso sobre o tema é a respeito da efetividade da Lei nº 13.303/2016 como mecanismo para inibir a prática de atos de improbidade e corrupção. Inúmeras críticas são lançadas pela doutrina, a começar pelo fato de a lei ter de inovadora apenas a questão de positivar práticas esperadas nas relações empresariais.

A Lei das Estatais pode ser considerada como mais uma tentativa de melhorar os hábitos empresariais, buscando a conscientização pela busca da integridade corporativa e prática de mecanismos capazes de prevenir, detectar e sanar eventuais corrupções e fraudes. De certo, a efetividade da lei criada está intrinsecamente relacionada a capacidade dos indivíduos de gerirem a coisa pública para o atendimento do interesse público.

Disseminação e incorporação entre todos os empregados da estatal das regras e condições de controle esperadas e exigíveis. Isso parece ser simples, mas a dificuldade de implantação transcende os problemas relativos à probidade administrativa, tendo em vista que conforme visto muitos dos dispositivos previstos na Lei nº 13.303/2016 já eram práticas previstas no ordenamento brasileiro que foram ratificadas com a Lei das Estatais.

Nesse ínterim, de todo o exposto auferem-se que os problemas de corrupção, fraudes e evasões fiscais em diversas empresas estatais, prejuízos e colapsos financeiros não são resultados da falta de governança corporativa ou de controles em si, visto que conforme analisado neste estudo, os controles sempre existiram e não vieram à tona apenas com a Lei das Estatais em 2016. A solução vai além da criação de regras de *compliance* ou substituição de executivos, sendo preciso alterar a concepção de o próprio ser humano sobre sucesso, governança e liderança.

De certo, é mister a realização de soluções de curto prazo e de fato se a Lei nº 13.303/2016 tiver sua aplicabilidade e eficácia total grande parte dos problemas estariam sanados. Contudo, é preciso pensar que essa cultura enraizada no Brasil só será superada com ações voltadas para a implementação de uma educação conscientizadora com valores éticos e morais.

Ademais, o Brasil é um país bastante heterogêneo em sua estrutura, o que traz dificuldades no atendimento integral das regras impostas pela nova lei por todas as empresas públicas e sociedades de economia mista nas esferas federal, estadual e municipal. Como visto, as estatais vivem diferentes momentos de amadurecimento e estruturação de governança o que pode prejudicar a concretização da Lei nº 13.303/2016 e em outros casos, a própria gestão das empresas.

Finalizando, resta pontuar que o presente trabalho não exaure o estudo acerca do tema, tendo em vista que o regramento ainda é recente e que poderão surgir muitas outras questões no decorrer de sua utilização que reclamam maiores debates e reflexões, com o amadurecimento dos agentes envolvidos. Uma conclusão se o saldo da implantação da Lei 13.303/2016 será positivo só o tempo poderá trazer.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo Alexandrino. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 18ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo. O que é compliance no âmbito do Direito Penal? *Consultor Jurídico*. São Paulo, 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>?> Acesso em: 05 de junho de 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF, 18 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.303/2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm)>. Acesso em 01/06/2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei nº. 555, de 2015. Dispõe sobre a responsabilidade das sociedades de economia mista e empresas públicas que especifica, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e sobre seu estatuto jurídico. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122838>>. Acesso em: 10 de junho de 2019.

CARDOSO, André Guskow. *Governança Corporativa, Transparência e Compliance nas Empresas Estatais: O Regime Instituído pela Lei 13.303/2016*. Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados, 2016. Disponível em: <[www.justen.com.br/informativo](http://www.justen.com.br/informativo)>. Acesso em: 10 de Junho de 2019.

CHAVES, Felipe Sousa. *Inovações em governança corporativa e efeitos sobre o business judgment rule oriundos da lei 13.303/2016, a lei de responsabilidade das estatais*. 2017. 101 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/2017-2-tcc-felipe-sousa-chaves-1>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

DELOITTE; IIA BRASIL – Instituto dos Auditores Internos do Brasil. *Governança nas empresas estatais – Desafios e estratégias para adequação aos requerimentos da Lei nº 13.303*. 2017.

FEIJÓ, Ricardo de Paula. *O Procedimento da Licitação na Lei 13.303/2016*. Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados, 2016. Disponível em: <[www.justen.com.br/informativo](http://www.justen.com.br/informativo)>. Acesso em: 10 de Junho de 2019.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens; PICOLIN, Lidice Meireles. *Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 42, p.1171, nov/dez. 2008.

*Instituto Brasileiro de Governança Corporativa*. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. São Paulo: IBGC, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. A nova Lei das (antigas) Estatais. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 25 jul. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/GZ6LwS>>. Acesso em: 10 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e “não empresárias”*. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/tags/lei-13303/>>. Publicação: 31 de Ago. de 2018. Acesso em: 10 de Junho de 2019.

\_\_\_\_\_. *Estatuto jurídico das Empresas Estatais. Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”*. São Paulo: RT, 2016.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. *Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos*. Disponível em: <[www.direitoadm.com.br](http://www.direitoadm.com.br)>. Acesso em 15 de Jun. de 2019.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos? *Revista TCU: Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 141, p.85-105, 04 dez. 2018. Anual.

PIOVESAN, Filipe da Silva; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A Nova Lei das Estatais e a aplicação de sanções nos contratos administrativos: uma análise comparativa com a Lei Geral de Licitações. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 275, p.223-248, 29 ago. 2017. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v275.2017.71653>.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 35-54, mar./ago. 2017.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Corrupção e compliance nas empresas públicas e sociedades de economia mista: racionalidade das disposições da Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 277, n. 1, p.241-272, 11 maio 2018. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v277.2018.74808>.

SILVA, Mauro Santos. Governança Corporativa de Empresas Estatais: notas sobre o novo modelo adotado no Brasil (Lei no 13.303/2016). *Boletim de Análise Político-institucional*, Brasília, p.61-70, dez. 2018. Semestral.

## CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE SOBRE OS BENS REVERSÍVEIS

### PUBLIC SERVICES CONCESSION AGREEMENT: AN ANALYSIS OF REVERSIBLE ASSETS

Maria Tereza Zolyomy Torres

*Pós graduanda em Direito Tributário no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Advogada.*

**RESUMO:** Trata-se do estudo dos contratos de concessão de serviços públicos, dirigindo-se para a exposição do tema sobre bens reversíveis. Estabelece uma relação entre a doutrina jurídica, normas regulamentadoras e reflexos práticos da reversibilidade dos bens. Objetiva-se, a partir de uma análise do histórico, princípios e elementos formadores do contrato administrativo, a abordagem da densidade do contrato firmado entre o Poder Concedente e o particular, e estabelecer uma diretriz de solução dos conflitos a respeito dos bens reversíveis. Aborda-se o tema de forma argumentativa-expositiva, exaltando a utilização de referencial bibliográfico e artigos técnico-científicos. Tem como resultado a necessidade de elaborar um contrato coeso e completo, com margem mínima de discussão, garantindo a segurança jurídica do instituto dos bens reversíveis ao extinguir o contrato administrativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração Pública. Concessão. Poder Concedente. Princípios. Serviços públicos.

**ABSTRACT:** This is the study of public service concession contracts, focusing on the topic of reversible assets. It establishes a relationship between legal doctrine, regulatory norms and practical reflexes of the reversibility of assets. Based on an analysis of the history, principles and elements that form the administrative contract, the approach of the density of the contract signed between the Granting Authority and the private one, and to establish a guideline of solution of the conflicts with respect to the reversible assets. The topic is discussed in an argumentative-expository way, exalting the use of bibliographic references and technical-scientific articles. It results in the need to draw up a cohesive and complete contract, with minimum margin of discussion, guaranteeing the legal certainty of the institute of the reversible assets upon extinguishing the administrative contract.

**KEY-WORDS:** Concession. Granting Power. Principles. Public Administration. Public service.

## I INTRODUÇÃO

A concessão de serviços públicos é de suma importância para o contexto atual. Ela garante a qualidade dos serviços públicos aos usuários. Em uma sociedade complexa, como se observa hoje, é imprescindível a divisão de poderes e até mesmo concessão desses a particulares.

Trata-se de um instituto relativamente antigo para o direito brasileiro, estando presente em quase todo o século passado. Nesse sentido, o presente artigo discute a ineficiência de normas que regulam o tema, e até mesmo, em alguns pontos, a ausência dessas.

Inicialmente, busca-se uma contextualização histórica a fim de sedimentar as origens do contrato de concessão pública. Para a fundamentação e argumentação sobre o tema, utiliza-se o texto legal, tal como a Lei 8.987 de 1995, a qual regulamenta a matéria de concessão pública no Brasil. Além disso, referências doutrinárias são fundamentais para suprir lacunas existentes nas normas.

Após, analisa-se os elementos contratuais, abordando-os com o intuito de discutir, posteriormente, os bens a serem revertidos a favor do poder concedente. No mais, é importante abordar detalhadamente o centro do contrato, pois o mesmo será questão de debate ao extingui-lo.

Como a Lei que regulamenta as concessões de serviços públicos surgiu em 1995, dando efetiva normatização ao contrato administrativo, a partir dela, ou até mesmo antes, começaram a ser firmados os instrumentos contratuais. Nesse sentido, tendo em vista o prazo de validade dos mesmos, aproxima-se muito dos dias de hoje a extinção daqueles contratos e as possíveis discussões judiciárias.

Portanto, na análise aqui disposta, ressalta-se pontos essenciais na extinção do contrato. Um deles é a garantia de que o concessionário não deixará a relação jurídica em prejuízo, por isso aborda-se a questão da indenização do mesmo. Dentro deste mesmo tópico, estuda-se como se deu a extinção e se realmente é válida a indenização.

No mais, a relevância dos princípios aplicados, tal como a proporcionalidade e razoabilidade quando houver necessidade de indenizar o concessionário, e a continuidade dos serviços públicos que é assegurada pela reversibilidade dos bens, são aspectos a serem discutidos.

Nesse sentido, a referida discussão tem por finalidade abordar o contrato administrativo de concessão de serviço público em sua integridade, salientando a necessidade de assegurar as cláusulas contratuais até o fim e evitar a disseminação de ideias, ou até mesmo posicionamentos que distorçam o regulamento originário do Direito Administrativo.

## 2 CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

### 2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DO INSTITUTO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Mesmo que as origens dos contratos de parceria entre a Administração Pública e o particular tenham surgidos há muito tempo, o contrato de concessão de serviço público, como se tem hoje, tomou forma na França e em pleno século XIX.

O Poder Público percebeu que não era possível monopolizar todos os serviços públicos e, conjuntamente, prestar um serviço adequado a fim de atingir o interesse público (MONTEIRO, 2009, p. 16).

Por isso, começou-se a distribuir funções públicas aos particulares, sobretudo o poder de executar serviços inerentes à Administração Pública, como uma espécie de delegação das atividades públicas, por conta e risco daqueles. Essa percepção somente acentuou a responsabilidade da Administração Pública em assegurar o interesse público e resguardar esse princípio maior.

O que está por trás desta mudança e percepção de que o Estado sozinho não conseguiria suprir todas as necessidades e prestar todos os serviços públicos, é a transição de um Estado Absolutista para um Estado Liberal. Entretanto, as ideias liberais de caráter

abstencionista e individualista barraram grandes feitos na Administração Pública (MONTEIRO, 2009, p. 17).

A concessão de que se tratava na época tem como objeto predominante as obras públicas, especialmente aquelas relacionadas às riquezas naturais, tal como minas e quedas de água. Entretanto, observa-se que associado às obras públicas, também foram disponibilizados aos particulares na época serviços de cunho industrial, tal como linhas férreas, distribuição de água, energia e comunicação (ESTORNINHO, 2006, p. 128, *apud*, MONTEIRO, 2009, p. 16).

Com isso, a Administração Pública estabeleceu-se como incentivadora para que novos contratos fossem firmados cedendo, inclusive, inúmeras vantagens aos particulares que se arriscariam nessa empreitada. No entanto, o particular passou de aliado a oponente do Estado na esfera de transição de formas de governo, pois ambos detinham interesses divergentes, o que resultou em atrito entre as partes (MONTEIRO, 2009, p. 17).

Nesse cenário, portanto, logo após o surgimento dos contratos de concessão de serviço público surgiu, também, a teoria dos contratos administrativos. Tal hipótese afirmava o poder reconhecido da Administração Pública em detrimento dos contratos de direito privado, sendo essa fórmula utilizada pelo Poder Público para contornar as adversidades que surgiram no decorrer das concessões (ESTORNINHO, 2006, p. 133, *apud*, MONTEIRO, 2009, p. 18).

Essa nova linha de pensamento, conferiu a Administração Pública maior autonomia e gerência ao cumprir e executar o contrato firmado com os particulares. Com isso, colocou-se novamente como ente autônomo, e não simples dependente dos particulares. Assim, foi capaz de superar a fase de divergências, dominando a dependência financeira do privado e, enxergando-os como entes em colaboração, garantindo a qualidade e continuidade do serviço público.

Esse período ficou marcado como a transição do Estado Liberal para o Estado Social, o qual impulsionou a propagação dos contratos administrativos e incentivou os particulares a colaborar com a Administração Pública nos deveres de prestação e administração dos serviços públicos propriamente ditos (ESTORNINHO, 2006, p. 134-135, *apud*, MONTEIRO, 2009, p. 19).

Até o presente momento, tratou-se tão somente do surgimento do contrato administrativo de concessão na Europa, especialmente na França, entretanto, no Brasil o fato ocorreu de forma similar. Não obstante, a concessão pública foi utilizada como forma de desenvolvimento e expansão de estradas de ferro, portos, energia elétrica e transporte coletivo (MONTEIRO, 2009, p. 23).

Contudo, neste momento de surgimento do contrato de concessão, o Brasil passava por uma instabilidade financeira decorrente dos grandes fenômenos mundiais, por exemplo as guerras mundiais. Por isso, o Estado passou a criar estatais, ou seja, entes descentralizadores do seu poder, para que estas empresas adquirissem as concessões existentes na época, surgindo nova modalidade de concessão do serviço público.

Conforme salientado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, existiam várias formas do Estado brasileiro conceder a execução dos serviços públicos, inclusive a própria Constituição Federal de 1967 (BRASIL, 1967) elencava os serviços passíveis de concessão no artigo 8º, inciso XV, tal como telecomunicação, energia elétrica, navegação aérea e transportes (DI PIETRO, 2013, p. 302).

Entretanto, após esse período, revelou-se uma ineficiência e um peso na estrutura do Estado. Salienta-se, também, a incidência de índices inflacionários e déficits econômicos (PEREIRA, 1999, p. 257). Diante disso, surgiu a Reforma Administrativa que ocorreu em meados dos anos 90, na qual a forma de liderança da Administração Pública passou de autoritária para soberana, onde essa soberania é exercida até os dias de hoje de modo consensual.

A Reforma Administrativa anteriormente mencionada, refletiu no modo de estruturação dos contratos de concessão de serviço público, sendo chamado de movimento de contratualização. Tal termo, nas palavras de Maria João Estorninho, reflete a “passagem da Administração autoritária à Administração soberana consensual” (ESTORNINHO, 1996, p. 44, *apud*, GROTTI, s.d., p. 4).

E, a partir desta mudança no sistema administrativo brasileiro, é que os contratos de concessão voltaram a ser como eram antes, deixando de lado as concessões de empresas estatais, e entregando o poder de executar o serviço público ao setor privado.

Isso originou uma grande avalanche no sentido de valorizar a iniciativa privada nos serviços públicos, necessitando de normas que sistematizassem o procedimento.

Neste cenário, surgiu a Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995), que dispõe sobre a concessão e permissão de serviços público, de acordo com o artigo 175 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, p. 65), o qual prevê a possibilidade destas outorgas.

## 2.2 PRINCÍPIOS DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Entende-se como princípio geral do Direito, nas palavras de Maria Helena Diniz (DINIZ, 2013, p. 477):

“É fonte subsidiária do direito, por ser de diretriz para a colmatação de lacunas. Norma de valor genérico que orienta a compreensão do direito, em sua aplicação e integração.”

Em palavras sucintas, é aquela tese inicial sobre algum assunto ou questionamento. É a base para que se possa discorrer com uma argumentação concreta sobre determinado tema.

Com isso, temos alguns princípios, dentre os demais do Direito Administrativo (os quais deixa-se de explorar, por não ser o foco do presente artigo científico) que servirão de base argumentativa exploratória do tema abordado.

Como se sabe o contrato de concessão de serviço público é uma modalidade de contrato administrativo, portanto, sendo uma espécie do gênero, os mesmos princípios desse se aplicarão naquele.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o contrato administrativo se conceitua da seguinte forma (MELLO, 2013, p. 633):

[...] é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Nesse sentido, muito embora denominado contrato, o negócio jurídico-administrativo não se submete aos mesmos princípios dos contratos de direito privado comuns. Por envolver a Administração Pública, sujeita-se aos princípios inerentes ao regime jurídico-administrativo.

No artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, p. 17), encontra-se alocados os princípios do Direito Administrativo, entretanto, estes não são específicos para o tema abordado. Por isso, visando uma delimitação metodológica, discorrer-se-á apenas a respeito dos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e a continuidade dos serviços públicos.

Tal recorte é necessário, pois, muito embora os demais princípios façam parte do contexto exploratório, não são singulares ao tema, nem se enquadram como elementos essenciais para a produção deste artigo científico.

Nesse sentido, primordialmente, fala-se da supremacia do interesse público sobre o particular. Esta norma não está explícita em nenhum artigo da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Contudo, compõe a base de todo e qualquer contrato firmado entre a Administração Pública e um particular, sendo mecanismo substancial ao Poder Público para assegurar a finalidade principal de interesse público.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, conceitua-se interesse público como sendo “pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social” (MELLO, 2013, p. 102).

Nessa mesma linha de raciocínio, o autor diferencia o interesse público como sendo aquele que atinge as necessidades da coletividade, e não do organismo administrativo que está exercendo suas funções. No mais, ressalta que os poderes exercidos não deverão ultrapassar os limites do interesse público. Logo, atingindo a finalidade maior, não há necessidade de justificar qualquer outro poder administrativo através do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (MELLO, 2013, p. 102).

Por muitas vezes a Administração Pública, no sentido de justificar o interesse público, causa certa insegurança jurídica ao tomar decisões discricionários. Em vista

disso, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, especialmente nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, salienta o dever do Poder Público em não cometer abusos, agindo na proporcionalidade adequada e razoavelmente aceita a fim de atingir o interesse coletivo (MELLO, 2013, p. 102).

Já em uma segunda abordagem principiológica, referindo-se à continuidade dos serviços públicos, a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro é mais abrangente ao tema. Diante disso, “entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar” (DI PIETRO, 2013, p. 71).

Assim, decorre-se várias consequências jurídicas deste princípio, dentre as mais importantes para o tema, ressalta-se a impossibilidade de o concessionário de serviço público alegar a *exceptio non adimpleti contractus* (DI PIETRO, 2013, p. 72).

Tal expressão significa, de modo simples, que uma parte pode cessar de cumprir com seu dever caso não haja a contraprestação firmada no contrato. Entretanto, tal cláusula é admissível somente sob a égide dos contratos de direito privado, e não nos contratos administrativos, como é o caso da concessão de serviços públicos.

Na maioria dos casos, os serviços públicos são essenciais à manutenção da sociedade, tais como a água, a energia elétrica, o gás, os transportes, entre outros. Por isso é inadmissível sua interrupção, pois causaria prejuízos imensuráveis, dada a importância de sua continuidade à população.

O próprio Código de Defesa do Consumidor garante a continuidade dos serviços públicos essenciais no artigo 22 (BRASIL, 1990, p. 5), conforme abaixo colacionado:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Além disso, como também se observa o parágrafo único do destacado artigo, as pessoas jurídicas causadoras dos prejuízos serão responsáveis pelos danos gerados, devendo, inclusive, arcar com os mesmos. No mais, apesar de não ter especificado quais são os serviços públicos essenciais, analogicamente, faz-se a interpretação do artigo 10 da Lei 7.783 de 1989 (BRASIL, 1989, p. 1), o qual dispõe sobre quais atividades são consideradas essenciais à população, nos termos abaixo relacionados nos incisos:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI compensação bancária.

Destaca-se que, não há lei específica a fim de regulamentar a greve dos servidores públicos, por isso, em decorrência de entendimento do Supremo Tribunal Federal através dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 (STF, 2008), interpreta-se extensivamente a Lei de Greve (BRASIL, 1989) de direito privado, atingindo os servidores públicos, consequentemente, os serviços públicos também. Por esse motivo, utiliza-se o mesmo rol taxativo existente no artigo 10 da Lei 7.783 de 1989 (BRASIL, 1989, p. 1) acima destacado para o tema aqui abordado.

Nesse sentido, seguindo o princípio aqui discorrido, não há o que se falar em interrupção dos serviços públicos nos contratos de concessão que tiverem por objeto uma das

atividades listadas no artigo 10 da Lei 7.783 de 1989 (BRASIL, 1989, p. 1). Nos demais objetos contratuais, rege-se o impedimento de alegar a cláusula de *exceptio non adimpleti contractus*, impedindo que o concessionário, mesmo que não seja de atividades públicas essenciais, interrompa a prestação dos serviços concedidos.

### 2.3 LEI DE CONCESSÃO E PERMISSÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS (LEI N. 8.987 DE 1995)

Diante das diversas linhas dos tópicos anteriores, observa-se que, em determinado momento, havia chegado a hora de uma legislação sobre o tema. Por esse motivo, elaborou-se a Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995), dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988, p. 65).

Excetuando a análise das permissões, por não ser objeto do presente artigo científico, as concessões foram drasticamente separadas pela lei. De um lado trata-se das concessões de serviços públicos, de outro as concessões de obras públicas.

Por esse motivo, visando mais uma vez a delimitação adequada do tema, abordar-se-á apenas a Lei n. 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995) no que diz respeito a concessão de serviços públicos.

Os diferentes conceitos destacados estão descritos no artigo 2º da Lei de Concessão e Permissão (BRASIL, 1995, p. 1), o qual por si só já define o tema. Para a finalidade pretendida, colaciona-se apenas a definição dos incisos I e II, sendo o primeiro relativo à competência do poder concedente, e o segundo à concessão de serviço público. *In verbis*:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de

concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

Dentre os vários tópicos da Lei, ressalta-se o Capítulo VII “Dos Encargos do Poder Concedente” (BRASIL, 1995, p. 7). Neste espaço, mais especificamente nos incisos do artigo 29 é que estão distribuídos os ônus ao Poder Público, e relembram que este é o primário detentor do dever de prestar serviços públicos.

Conquanto a Lei das Concessões (BRASIL, 1995) traga regulamentação para matéria, tais dispositivos ainda são vagos, deixando por conta da Administração Pública, atuar discricionariamente sobre muitos outros pontos fundamentais do contrato de concessão de serviço público.

Um exemplo disso é que o diploma não traz quais as penalidades aplicadas no caso de inexecução total ou parcial do contrato previsto no artigo 38. Apenas descreve que ficará a critério do poder concedente a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação de sanções contratuais (GROTTI, s.d., p. 15).

### 3 CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

#### 3.1 ELEMENTOS CONTRATUAIS

O contrato administrativo denominado “concessão” abrange duas modalidades. Uma modalidade é a comum, regida pela Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995), sendo o concessionário remunerado exclusivamente pelas tarifas cobradas diretamente do usuário do serviço público.

A segunda modalidade denominada especial é regida pela Lei 11.079 de 2004 (BRASIL, 2004), e pode ser subdividida em outras duas classes. Ambas as espécies são descritas como parcerias público-privada (PPP).

A primeira PPP abordada é a concessão patrocinada, que nos termos do artigo 2º, §1º da Lei 11.079 de 2004 (BRASIL, 2004, p. 1) significa “a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (BRASIL, 1995), quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

Já a segunda abordagem é a concessão administrativa, a qual igualmente a explicação acima, está prevista no artigo 2º, §2º da Lei 11.079 de 2004 (BRASIL, 2004, p. 1) nos seguintes termos “é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

A principal diferença entre os dois tipos de concessão, comum e especial, é a remuneração do concessionário. Na primeira, remunera-se diretamente com o usuário, a partir da cobrança de tarifas pelo serviço concedido. E no segundo caso, na administrativa, a remuneração pode ser feita integralmente com dinheiro público. Já na patrocinada, a remuneração pode ser em parte pelo Estado, e em outra parte pelos usuários, mediante pagamento de tarifa (OLIVEIRA, 2013, p. 173).

Entretanto, não será aprofundado as concessões na modalidade especial, tão somente foram citadas para elaboração do contexto metodológico. Por isso, passa-se a análise da real formalidade dos contratos de concessão de serviços públicos comuns, regidos pela Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995).

A concessão como modalidade de contrato administrativo está prevista na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Além disso, lei complementar veio regulamentar tal espécie, que além desses dois textos normativos, passa por uma licitação, a qual estipulará regras prévias e selecionará o mais conveniente concessionário.

Portanto, nas palavras de Toshio Mukai, a função do contrato de concessão propriamente dito está abaixo destacado (MUKAI, 1999, p. 444):

O contrato consubstancia a transferência da execução do serviço, por delegação, ao vencedor da concorrência, que se torna o concessionário, estabelece definitivamente o equilíbrio econômico-financeiro e limita, de certa forma, o poder regulamentar.

Muito embora o contrato de concessão de serviço público seja bilateral, a Administração Pública tem o poder de alterar unilateralmente os termos naquele estipulado. Diante disso, fala-se no equilíbrio econômico-financeiro.

O concessionário visa tão somente o lucro por meio da concessão formada, entretanto, neste lucro do concessionário a Administração Pública retira a sua finalidade propriamente dita, que é a boa prestação do serviço público (MELLO, 2013, p.728).

Com o intuito de atingir o efeito desejado, a Administração Pública utiliza-se dos mecanismos que julgar necessário para alterar unilateralmente o contrato, adequando os termos e condutas às necessidades práticas da prestação do serviço público concedido.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, tal alteração unilateral pode ser conceituada da seguinte forma, “por esta razão, pode dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre que o interesse público o reclamar, assim como retomá-lo sem que caiba oposição do concessionário” (MELLO, 2013, p. 728).

É neste momento de alteração unilateral que entra a relação de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, especialmente para com o concessionário, o qual não tem meios suficientes para reclamar a modificação por parte da Administração Pública. Ao remodelar as disposições contratuais, o poder concedente deve observar a estabilidade contratual, pois este é o meio pelo qual se quer realmente assegurar a finalidade do interesse público.

Mais uma vez, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, resume-se (MELLO, 2013, p. 729):

[...] o Estado dispõe, com plena liberdade e do modo que entender mais conveniente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço e está peado no que concerne ao elemento verdadeiramente contratual da concessão, que é o equilíbrio econômico-financeiro.

Ademais será aberto tópico exclusivo no que diz respeito a remuneração do concessionário especificamente, momento que será oportuno para discorrer sobre os demais pontos econômico-financeiros.

Entretanto, sabe-se que a atividade administrativa é marcada pela estrita aplicação do princípio da legalidade (MELLO, 2013, p. 729), logo, nos processos de contratação da concessão não seria diferente.

A Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995) não impõe ao Poder Público a necessidade de lei ao contratar, mas, analogicamente, a Lei 9.074 de 1995 que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos (BRASIL, 1995) traz aspectos que exigem a contratação por esse meio normativo.

Nesses termos, destaca-se o artigo 2º, *caput*, da Lei 9.074 de 1995 (BRASIL, 1995, p. 1), o qual veda a União, Estados, Distrito Federal e Municípios a outorga de concessão de serviço público sem lei que preceda tal contrato, exceto nos casos de saneamento básico e limpeza urbana. *In verbis*:

Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

No que diz respeito a outorga da concessão do serviço público, essa somente poderá ser feita mediante lei, conforme acima exposto, e por meio do procedimento licitatório, o qual, obrigatoriamente, deve ser feito na modalidade de concorrência, como precede artigo 2º, II, da Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995, p. 1).

Observa-se que, muito embora as características gerais dos contratos de concessão de serviço público estejam dispersas nas mais variadas legislações, o edital do processo licitatório é o meio pelo qual se expõe toda e qualquer exigência feita pelo poder concedente. Por isso, ressalta-se a importância do edital ser concernente com a legislação e, principalmente, com os princípios inerentes à Administração Pública.

### 3.2 REMUNERAÇÃO DO CONCESSIONÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Até o presente momento, o contrato de concessão de serviços públicos se caracteriza por ser extremamente oneroso ao concessionário que deve arcar com os pressupostos e elementos impostos pela Administração Pública.

Entretanto, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato se dará neste tópico, pois é a partir do estudo da remuneração do concessionário que se observa a existência de isonomia contratual entre as partes.

A remuneração do concessionário se dá, basicamente, pelas tarifas cobradas dos usuários, as quais devem ser acessíveis, visto se tratar de serviços públicos concedidos, conforme previsto no artigo 6º, §1º, da Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995, p. 1):

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

A tarifa será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (MELLO, 2013, p. 751), no entanto, tais valores poderão ser revistos a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro, segundo o artigo 9º, §2º, da Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995, p. 2):

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

Ademais, ressalta-se na Lei 8.987 de 1995 a existência de norma que permite a remuneração do concessionário a partir do denominado como “fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados” (BRASIL, 1995, p. 2).

Essas fontes alternativas deverão estar previstas no contrato inicialmente firmado e “todos esses valores auferidos pelos concessionários serão levados em conta no cálculo das tarifas a serem cobradas, sempre com o objetivo de torná-las mais módicas” (MOREIRA NETO, 2014, p. 489).

Muito embora esteja previsto no diploma legal as formas de remuneração, há de se levar em conta que o presente negócio jurídico possui risco inerente da sua natureza contratual. Isto é, o concessionário ao exercer um serviço essencialmente público por sua conta e risco, está sujeito a ser malsucedido, assim como qualquer atividade empresária privada.

Celso Antônio Bandeira de Mello fala que “É necessário, então, distinguir entre os riscos a serem cobertos pelo poder concedente daqueles que correrão por conta do concessionário” (MELLO, 2013, p. 755).

Diante de diversas formas de desequilibrar econômica e financeiramente o contrato, deve-se analisar à risca o determinado pelo artigo 10 da Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995, p. 2), o qual deixa explícito que as condições contratuais sempre serão levadas em conta ao determinar o equilíbrio econômico-financeiro. *In verbis*:

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Consequentemente, o concessionário não poderá onerar a parte concedente com o argumento de estabilidade contratual, pois o mesmo se vinculou à Administração Pública justamente para exercer uma atividade por conta e risco próprios.

### 3.3 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A lei que regulamenta a atividade de concessão e permissão dos serviços públicos traz um rol taxativo de formas de extinção da concessão. São eles as seguintes modalidades previstas no artigo 35, *caput*, da Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995, p. 8):

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

A extinção contratual por meio do advento final se dá de forma natural, de modo que findo o prazo estipulado, os bens vinculados aos serviços se integram ao patrimônio público (MOREIRA NETO, 2014, p. 489), que é a chamada reversibilidade dos bens.

Tais bens serão avaliados e, caso não tenha havido a amortização do capital investido pelo concessionário durante a execução do contrato, os bens reverterão para o poder concedente e a Administração Pública deverá indenizar a parcela restante.

A encampação é um ato administrativo discricionário, no qual “[...] o Poder Concedente, pelo decurso do prazo concessional, põe fim à delegação e retoma o serviço, por considerações de interesse público” (MOREIRA NETO, 2014, p. 490).

O concessionário terá direito a plena indenização, contudo, os bens, assim como no advento do termo final, deverão ser revertidos ao poder concedente. O ato administrativo discricionário que põe fim a concessão pode ser motivado ou não. Se motivado, o concessionário poderá questionar a insuficiência de motivos aptos a ensejar a encampação.

A encampação depende de lei autorizadora específica para que a Administração Pública retome os serviços concedidos, com o intuito de assegurar o interesse público. Contudo, tão somente após o prévio pagamento da indenização é que se pode tomar para si os serviços efetivamente. É o descrito pelo artigo 37 da Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995, p. 9), abaixo salientado:

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

Já no que diz respeito à caducidade, é conceituada como o fim do contrato administrativo, também feito através de um ato administrativo vinculado, no entanto, esse deve ser obrigatoriamente motivado, pois o que dará origem a este ato administrativo é o fato de que o concessionário cometeu uma falta grave.

Essa modalidade de extinção contratual é indubitavelmente a mais polêmica, pois, a decretação de caducidade é uma medida drástica, que repercute profundamente ao concessionário. O particular arcará com os prejuízos materiais e morais, e a Administração deverá prover a continuação do serviço a todo custo. Além de tudo, os usuários sentirão certo desconforto também, devido as mudanças repentinas (MOREIRA NETO, 2014, p. 490).

Nos casos de caducidade, como foi o concessionário que originalmente deu causa a extinção contratual, o poder concedente deverá tão somente indenizar a parte não amortizada dos bens. Isto é, dado a declaração de caducidade por meio de decreto do poder concedente, os bens serão revertidos ao Poder Público, e serão apurados eventuais valores devidos a título de compensação.

Além do mais, vale ressaltar, que por ser uma extinção oriunda de uma falta grave do concessionário, esse responderá pelos danos causados à Administração Pública. Logo, não arcará tão somente com o ônus do final do contrato administrativo, mas também, será sancionado por meio de multas após a apuração dos fatos que ensejaram a caducidade.

A modalidade de extinção denominada rescisão é, de modo simples, a extinção do contrato por iniciativa do concessionário, quando observado descumprimento das cláusulas contratuais e do próprio contrato pelo poder concedente. Tal modalidade de extinção deverá ser mediante análise do Poder Judiciário, devendo o concessionário ingressar com medida própria.

Na forma anulação, tem-se um vício contratual. Assim como nos contratos de direito privado, é desfeito o contrato por motivos de infração aos ditames legais, cabendo à Administração Pública ou ao Poder Judiciário a declaração de nulidade. Neste momento, resolve-se o negócio jurídico e retorna à situação anterior (efeito *ex tunc*).

A falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual, se dão por razões óbvias. São acontecimentos imprevisíveis e incapazes de serem sanados.

No caso de falência, ainda pode ser evitado a extinção com a administração por meio da massa falida, no entanto, o poder concedente deverá avaliar se tal procedimento assegurará a finalidade do contrato administrativo firmado, que é o interesse público. Além disso, assegurar a boa qualidade dos serviços públicos prestado é elemento crucial para a continuidade do contrato.

Tendo exposto isso, observa-se que os bens a serem revertidos ao poder concedente estão presentes em todas as formas de extinção do contrato de concessão. Alguns de forma mais óbvio e outros causando certa polêmica, e até mesmo insegurança jurídica. Por isso, passa-se a analisar pontualmente tal instituto a fim de que sejam esclarecidas eventuais pontuações.

## 4 ANÁLISE DA REVERSIBILIDADE DOS BENS NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

### 4.1 DEFINIÇÃO DE BENS REVERSÍVEIS

Há diversas formas de abordar a definição de bens reversíveis, entretanto, a fim de demonstrar aspectos práticos do instituto, apresenta-se os conceitos derivados das Resoluções Normativas de duas das diversas agências reguladoras das atividades de concessão.

A Agência Nacional de Telecomunicação (ANATEL) dispõe no artigo 3º, IV, da Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006 (BRASIL, 2006, p.2), o qual aprova o regulamento de controle de bens reversíveis, o seguinte:

Art. 3º Para efeitos deste Regulamento, são adotadas as seguintes definições:

IV - Bens Reversíveis: equipamentos, infraestrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens de Massa, ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público;

Já a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) proporciona o conceito em seu artigo 3º, §1º, da Resolução Normativa nº 596, de 19 de dezembro de 2013 (BRASIL, 2013, p. 1), o qual estabelece critérios e procedimentos para cálculo da parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, de aproveitamentos hidrelétricos, nestes termos:

Art. 3º Os bens reversíveis de que trata esta Resolução são aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção de energia elétrica, cujos investimentos prudentes foram realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

§ 1º Constituem bens reversíveis o conjunto de itens de infraestrutura comuns à usina, tais como, reservatórios, barragens tomada d'água, condutos, canais, vertedouros, comportas, casa de comando, além dos equipamentos de geração, como turbinas, geradores, transformadores, serviços auxiliares e relacionados ao sistema de transmissão de interesse restrito.

Para manter efetivo controle dos bens, as autarquias utilizam-se da Relação de Bens Reversíveis (RBR), a qual traz todos os bens que são plausíveis de reversibilidade dentro da concessionária. Além dos conceitos institucionais acima destacados, a ANATEL conceitua o que seria a RBR no artigo 3º, X, da Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006 (BRASIL, 2006, p. 2):

Art. 3º Para efeitos deste Regulamento, são adotadas as seguintes definições:

X - Relação de Bens Reversíveis (RBR): documento em que se acham registrados os Bens Reversíveis, contendo, no mínimo, a descrição, com número de patrimônio, situação (onerado ou não), localização, entidade responsável pela guarda e outras informações que os identifiquem de forma precisa;

É possível, inclusive, consultar as listas entregues anualmente à ANATEL pelas concessionárias através do *site* da autarquia.

Ademais, é de suma importância abordar a conceituação doutrinária de bens reversíveis. Portanto, Celso Antônio Bandeira de Mello pontua não só o conceito, como também o efeito prático produzido por este instituto (MELLO, 2013, p. 768):

A reversão é a passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão (art. 35, §2º). Portanto, através da chamada reversão, os bens do concessionário, necessários ao exercício do serviço público, integram-se no patrimônio do concedente ao se findar a concessão.

No entanto, vale ressaltar que a reversão dos bens não é uma forma de extinção do contrato de concessão de serviços públicos. Primeiro, pois não está elencado no rol taxativo do artigo 35 da Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995, p. 8). Segundo, a reversão dos bens pressupõe a extinção do contrato, logo, só há reversão de bens se houve uma das formas de extinção do contrato de concessão prevista.

Muito embora possa parecer injusto o concessionário devolver todos os bens utilizados na prestação dos serviços públicos, o mesmo não o é. Ao finalizar a concessão, o concessionário não mais precisará dos bens, os quais ficariam à deriva. Portanto, nada mais adequado do que a transmissão dos bens para a próxima empresa que assumir a concessão.

A exemplo dessa insignificância econômica dos bens, pode-se citar o concessionário de ferrovias que se retira e deve reverter “os vagões ferroviários, as locomotivas, os pátios de manobras, as estações de embarque e desembarque de passageiros ou cargas, os trilhos, [...]” (MELLO, 2013, p. 769).

Vale destacar, por meio do exemplo citado, que não são todos os bens do concessionário que serão transmitidos ao poder concedente quando da extinção dos contratos de concessão de serviços públicos. A RBR atingirá tão somente aqueles bens indispensáveis a continuidade dos serviços públicos, ou seja, aqueles bens que asseguram o fornecimento dos serviços aos usuários, sem que a prestação seja interrompida.

Na maioria das vezes, os bens que são revertidos estão aderidos ao solo, sendo incapaz de retirá-los ou, se retirar perdem totalmente a forma física, a função e o valor econômico. Portanto, os bens só possuem significação econômica se decorrentes do título jurídico de concessionário (MELLO, 2013, p. 769).

Nesse caso, excetua-se bens supérfluos, tal como objetos administrativos (computadores, papelaria, móveis), e até mesmo bens valiosos, como carros, que obviamente possam ser substituídos ou virão junto da próxima concessionária. Outrossim, caso não haja a eventual amortização dos bens, haverá a aplicação do instituto da indenização, tópico a ser abordado mais adiante.

No mais, ressalta-se que, apesar de não constituir uma imposição injusta do Estado com concessionário, como demonstrado pelos exemplos e conceitos acima, a reversão dos bens tem respaldo na supremacia interesse público sobre o privado.

Por se tratar da execução de um serviço público, conseqüentemente, os bens utilizados e indispensáveis para a continuidade do serviço prestado não são privados, quicã de propriedade do concessionário. Portanto, são bens nitidamente públicos, os quais são empregados para o alcance do interesse público sobre qualquer outro.

#### 4.2 AMORTIZAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS

Quando se trata da extinção de um contrato de concessão, o qual o concessionário teve que arcar com a aquisição e estruturação de bens essenciais para a concessão do serviço público, fala-se em amortização destes bens.

O significado desse termo gira em torno do fato de que o concessionário deve ter ressarcido o valor empregado para fins de implantação da estrutura utilizada na execução dos serviços. Essa restituição se dá por meio das tarifas cobradas dos usuários ao longo do cumprimento contratual.

Ao final, caso não haja a compensação dos valores gastos com a implementação, os bens serão revertidos ao poder concedente sem obstáculos. Isso se dá pelo fato de que, por mais que o concessionário tenha adquirido os bens, o acervo nunca foi privado, mas sim, público.

Nada obstante, incide sobre a reversão dos bens que não foram efetivamente amortizados o instituto da indenização sobre os valores residuais, sem prejuízo da indenização por término contratual antecipado do concessionário que não concorre com culpa.

Portanto, mediante a RBR, já oportunamente tratada, obtém-se o montante devido, subtraindo os valores cobrados a título de tarifa por quanto tenha durado a execução contratual, chegando-se a um valor determinado.

A amortização dos bens justifica-se na questão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A partir da amortização total dos bens, ou seja, compensação dos valores investidos através das tarifas cobradas, não se fala em indenização do concessionário. Entretanto, caso haja necessidade de completar o que não foi amortizado, o poder concedente deve indenizar o concessionário, observadas as peculiaridades dispostas no tópico abaixo.

#### 4.3 INDENIZAÇÃO DO CONCESSIONÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O instituto da indenização por bens reversíveis não amortizados está previsto no artigo 36 da Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995, p. 8), conforme se observa:

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

A indenização das parcelas dos investimentos que ainda não foram amortizados são, obviamente, para compensar os valores, a fim de que não seja o concessionário colocado em prejuízo por conta da Administração Pública. Mas, muito além do perceptível, a indenização tem o intuito de que o concessionário conserve o bem até um último momento contratual.

Tal circunstância é observada a partir das palavras de Toshio Mukai, o qual compara com a sistemática anterior à Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995; MUKAI, Toshio, 1999, p. 456):

Anteriormente, no final da concessão, o concessionário não investia em mais nada, menos ainda na conservação dos bens, pois não era ressarcido por isso, fato que prejudicava a própria intenção legal da continuidade. Hoje, a situação é diversa; como o concessionário é indenizado pelo investimento, continua a manter os bens e equipamentos em perfeitas condições, e a continuidade sai beneficiada.

No entanto, vale observar a forma como houve a extinção do contrato. Se previsto em uma das modalidades que a Administração Pública retoma o poder concedido justificado pelo interesse público, isto é, sem eventual culpa do concessionário, a mesma deverá ressarcir os bens não amortizados, além da parcela de prejuízo que ocasionar ao particular.

Vale ressaltar que no início de um contrato de concessão não há muito retorno financeiro ou lucro por parte do particular, pois o mesmo, inicialmente, apenas

cobrirá os investimentos feitos. Nesse período, uma eventual encampação, por exemplo, traria inúmeros prejuízos se não houvesse a indenização por parte do poder concedente.

A lei não prevê nada além do acima já transcrito pelo artigo 36 da Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995, p. 8). Por isso, o contrato firmado entre as partes deverá abordar a questão mais especificamente. Neste caso, observa-se a importância e relevância de uma boa elaboração contratual, pois, a partir deste documento é que se dará a segurança na relação entre as partes.

Celso Antônio Bandeira de Mello, pronuncia, ainda, que caso não haja previsão da reversibilidade dos bens no contrato, estes serão presumidamente revertidos, conforme demonstrado pelo trecho abaixo (MELLO, 2013, p. 771):

[...] se o instrumento da concessão nada dispuser a respeito da reversão, a existência dela se presume e será onerosa ou gratuita para o Poder Público, dependendo de já ter havido, ou não, a amortização total ou parcial do capital representativo do equipamento aplicado ao serviço.

A forma onerosa de que o doutrinador cita é o fato de o poder concedente requerer a execução dos serviços públicos de volta por simples interesse público, sem concorrer com culpa do concessionário, conforme já exposto.

Entretanto, ao abordar a efetiva culpa do concessionário, como em um caso de caducidade, a indenização se daria tão somente no valor correspondente ao não amortizado, não necessitando ser prévia, e serão descontadas as multas contratuais e danos causados pelo concessionário, conforme consta no §4º e §5º do artigo 38 da Lei 8.987 de 1995 (BRASIL, 1995, p. 9):

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes. [...]

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder

concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária. [...]

Num sentido prático, observa-se que dificilmente o concessionário será efetivamente indenizado pelos valores não amortizados. Isso se dá ao fato de que os valores cobrados a título de multa contratual, multa por descumprimento obrigacional (originário de Processo de Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO), e demais descontos por danos, resultam valores que compensam o devido pelo poder concedente.

Sintetizando o acima referido, têm-se duas formas de indenizações a serem pagas pelo poder concedente ao final de uma concessão de serviço público. Antes mesmo de se falar em condições de indenizar, deve-se avaliar a forma como se deu a extinção contratual.

Se por findo o prazo contratual, o poder concedente deve estudar se houve total amortização dos bens que serão revertidos. Caso não haja, estes estarão sujeitos à apuração e computação de eventual depreciação, desgaste ou obsolescência deles (MELLO, 2013, p. 771).

Além do previsto no contrato, para que seja justa e eficaz, a indenização deverá levar em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Esses delimitarão o valor, devendo ser razoável a fim de que não gere enriquecimento ilícito ao concessionário; e proporcional, para que compense efetivamente o que foi investido a título de implantação dos bens para o serviço público realizado.

Caso não seja possível esperar transcorrer todo o prazo estipulado no instrumento contratual, fala-se, agora sim, em duas maneiras de indenizar, a depender de existência ou não de responsabilidade do concessionário.

Num contexto sem responsabilização do concessionário, além do pagamento devido a fim de amortização dos bens, como no advento do termo final, serão compensados os lucros cessantes. Isto é, aquilo que efetivamente não será auferido. Tal evento ocorre a fim de que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro pretendido desde o início (MELLO, 2013, p. 771).

Constatada a culpa do concessionário de forma administrativa ou por decisão judicial, o poder concedente em nada deverá indenizar. Fala-se tão somente no valor não amortizado dos bens revertidos ao Poder Público. Entretanto, sobre esse valor serão descontados os ônus judiciais (caso existam), multas contratuais, multas de processos administrativos e demais prejuízos sofridos pela Administração Pública em decorrência de antecipação da extinção do contrato de concessão (MELLO, 2013, p. 771).

## 5 CONCLUSÃO

A partir do texto, expõe-se a necessidade de elaboração de um contrato administrativo coeso e completo. Todos os elementos contratuais, sejam legais ou doutrinários, deverão estar presentes no sentido de trazer segurança jurídica para a relação contratual ali delimitada.

Observa-se que toda parceria entre o ente público e o privado requer componentes específicos e pontuais. Desde o surgimento do contrato de concessão de serviços públicos, sua essência permanece a mesma, apenas modernizando alguns pontos e os adaptando às atuais necessidades da sociedade.

Ao abordar questões relacionadas à entrega da execução de serviços públicos pelo poder concedente ao concessionário, muito além das normas legais dispostas pelo ordenamento jurídico brasileiro, vale-se a posição doutrinária.

Os estudiosos sobre o tema abordam os princípios que melhor se aplicam a cada caso, especialmente Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2013) ao tratar da supremacia do interesse público sobre o privado, e do princípio da continuidade dos serviços públicos, os quais são assegurados por meio da reversibilidade dos bens.

Além do mais, ao atingir o tema de bens reversíveis, contemplou-se uma das questões mais sensíveis do contrato administrativo discutido. Por meio da reversibilidade dos bens é que se consegue a continuidade dos serviços públicos, sendo imprescindível, portanto, o instituto.

Contudo, discute-se muito a respeito da forma como foi extinto o contrato e o dever ou não de indenizar o concessionário, quando este concorrer com culpa ou não amortizar os bens por completo.

Nesse sentido, surge diversos entendimentos a respeito do tema. Entretanto, como cada contrato firmado dispõe especificamente sobre o tema abordado, salienta-se, mais uma vez, as disposições impostas nele, pois estas regerão a forma como será revertido os bens, e se devido ou não indenização ao concessionário.

## REFERÊNCIAS

ANATEL. Bens reversíveis. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dados/telefonixa-fixa/telefonixa-fixa>>. Acesso em: 28 set. 2018.

ANATEL. Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006: Aprova o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2006/380-resolucao-447>> Acesso em: 01 out. 2018.

ANEEL. Resolução Normativa nº 596, de 19 de dezembro de 2013: Estabelece critérios e procedimentos para cálculo da parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, de aproveitamentos hidrelétricos de que trata o art. 2º do Decreto nº 7.850, de 30 de novembro de 2012. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/atren2013596.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL, Lei 7.783, de 28 de junho de 1989. Diário Oficial. Brasília, 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL, Lei 8.987, 13 de fevereiro de 1995. Diário Oficial. Brasília, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL, Lei 9.074, 7 de julho de 1995. Diário Oficial. Brasília, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm)> Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL, Lei 11.079, 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial. Brasília, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm)>. Acesso em: 6 set. 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Diário Oficial. Brasília, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670. Impetrante: Sindicato dos servidores policiais civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708. Impetrante: SINTEM – Sindicato dos trabalhadores em educação do município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 712. Impetrante: Sindicato dos trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Ministro Eros Grau. Distrito Federal, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. 2ª. ed. atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed., São Paulo: Atlas, 2013.

ESTORNINHO, Maria João. **Direito europeu dos contratos públicos**. Um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006.

FERREIRA, Camila Cotovicz. O direito de greve do servidor público parametrizado pelo STF. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI283615,91041-O+direito+de+greve+do+servidor+publico+parametrizado+pelo+STF>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, s.d. Disponível em: <[https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo\\_0.pdf](https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf)>. Acesso em 14 ago. 2018.

KOSTESKI, Graciele. Princípio da continuidade do serviço público e o direito de greve.

DireitoNet., 22 jun. 2004. Disponível em:

⟨<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1616/Principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-o-direito-de-greve>⟩. Acesso em: 27 ago. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004. 2009. 226f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009. Disponível em:

⟨[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Vera Cristina Caspari Monteiro Tese.PDF](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Vera%20Cristina%20Caspari%20Monteiro%20Tese.PDF)⟩. Acesso em: 13 ago. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUKAI, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, out. 2013.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser *et alli*. Reforma do Estado e administração pública gerencial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. 257p. Disponível em: ⟨[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13461#\\_ftn29](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13461#_ftn29)⟩. Acesso em: 13 set. 2018

## “CHUTA QUE É MACUMBA”: UMA ANÁLISE DO PANORAMA HISTÓRICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO SOBRE A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

José Orlando Rodrigues

*Graduando em Direito na Universidade Norte do Paraná – UNOPAR. Aluno da Especialização em Processo Civil do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC. Mestre em História e Sociedade pela Universidade pela Universidade Estadual Paulista – UNESP – Campus Assis. Especialista em História da África e Afro Brasileira: Vetores de Uma Educação Plural II. Graduado em História pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.*

**RESUMO:** Por trás de uma expressão corriqueira no Brasil, “chuta que é macumba”, existe a marca do retrato de uma sociedade ainda preconceituosa, racista, desigual. Busca-se demonstrar, neste artigo, a intolerância religiosa havida no Brasil sobre as religiões de matriz africana em detrimento da proteção do direito de crença garantido na Constituição Federal de 1988. O método utilizado neste artigo configura-se como pesquisa exploratória, por meio de método histórico-comparativo, analisando a jurisprudência constitucional desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição de 1988, utilizando-se da abordagem hipotético-dedutiva é a comparação entre Jurisprudência Constitucional desde a Constituição Imperial de 1824, passando pelas questões religiosas afro-brasileiras, educacionais, culturais e históricas. Foi possível perceber que, embora haja a previsão do direito de liberdade religiosa no Brasil em vários textos constitucionais ao longo da história do Brasil, as religiões de matriz africana ainda sofrem discriminação, que se manifestam das mais variadas formas, especialmente, simbólica, como a presente na expressão que serve de título para o presente artigo.

**Palavras-chave:** Constituição; Intolerância Religiosa; Direito; Religião Afro-Brasileira; História.

### “KICK THAT IS *MACUMBA*”: AN ANALYSIS OF HISTORIC AND CONSTITUTIONAL BRAZILIAN PANORAM ABOUT RELIGIOUS INTOLERANCE

**ABSTRACT:** Behind a common expression in Brazil, "kick that it is *macumba*", there is a mark of the portrait of a society that is still prejudiced, racist, unequal. This article aims to demonstrate religious intolerance in Brazil about African religions in despite of right of belief, guaranteed in the 1988's Federal Constitution. This research is exploratory, through historical-comparative method, analysis of constitutional jurisprudence from the 1824's Imperial Constitution to the 1988's Constitution, using the hypothetical-deductive approach is

a comparison between Constitutional Jurisprudence since the Imperial Constitution of 1824, passing through Afro-Brazilian, educational, religious cultural and historical issues. It was possible to perceive that, although there is a prediction of the right of religious freedom in Brazil in several constitutional texts throughout the history of Brazil, as religions of African origin still discriminated against, which manifest themselves in the most varied forms, especially symbolic, as the one that serves as title for this article.

**Key-words:** Constitution; Religious Intolerance; Law; Afro-Brazilian Religion; History.

## 1 INTRODUÇÃO

O brasileiro, povo formado pela miscigenação de raças, etnias e culturas, é muito criativo e está sempre tentando buscar uma saída, uma resposta, utilizando-se da criatividade à toda prova. A população do Brasil, que abraçou vários imigrantes, inventa gírias ou usa adjetivação expressiva como figura de linguagem, o que, muitas vezes, esconde todo um conflito social e humano.

A expressão que dá título a este trabalho, “chuta que é macumba”, é um exemplo desse caso, pois leva a uma reflexão acerca de diversos temas sociais, como liberdade de expressão e de crença, intolerância religiosa, racismo e, acima de tudo, o papel das leis, normas e da própria Constituição a fim de apaziguar esses conflitos e, quando necessário, aplicar as devidas penas a quem descumpri-las. Certamente, o conhecimento mínimo da história de cada religião leva à ignorância máxima, que se reflete na intolerância religiosa. Grandes parcelas da população não se dão conta de que a expressão em questão demonstra comportamentos preconceituosos e intolerantes com as religiões de matrizes africanas, como a Umbanda e o Candomblé, confundindo as garantias constitucionais de liberdade de expressão e de crença.

Nesse sentido, a presente pesquisa pauta-se numa verificação do modo como a liberdade religiosa foi tratada ao longo da história constitucional brasileira, além de análise da forma como o Direito Constitucional brasileiro tem tratado a questão da intolerância religiosa no Brasil atual. Para tanto, este artigo tratou de temas centrais, como a liberdade religiosa enquanto direito constitucional, violência e discriminação simbólica e intolerância religiosa.

Assim, o objetivo geral deste trabalho é demonstrar a presença da intolerância religiosa sobre as religiões de matriz africana no Brasil em detrimento da proteção do direito de crença

garantido na Constituição Federal de 1988, ao passo que, mais especificamente, busca-se realizar uma varredura histórica sobre o reconhecimento e aceitação das religiões de matriz africana no Brasil, além de verificar a construção histórico-comparativa do direito de liberdade religiosa de acordo com as Constituições brasileiras e de analisar conceitos como intolerância religiosa e violência e discriminação simbólicas.

A discussão suscitada por este artigo justifica-se por fatos como o caso da Mãe Gilda de Ogum, que faleceu em decorrência de um ataque cardíaco motivado por intolerância religiosa em Salvador (BA), ou Jamila Prata, de São Paulo, que foi apedrejada, ou Mãe Mukumbi, de Londrina, que foi morta com sua mãe e sua neta dentro de sua casa, dentro do seu terreiro ou da menina Raquel, de 11 anos, que foi apedrejada por membros da igreja protestante. O número de casos como os acima citados aumenta a cada ano no Brasil ainda que existam leis específicas que combatem a intolerância religiosa. A análise histórica realizada nesta pesquisa permite encontrar as raízes dessa questão. Para isso, utilizou-se o método utilizado neste artigo configura-se como pesquisa exploratória, por meio de método histórico-comparativo, analisando a jurisprudência constitucional desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição de 1988.

Diante disso, a seguir será traçado um panorama histórico das religiões de matrizes africanas no Brasil, a fim de observar a evolução do que determinavam as diversas Constituições vigentes no país com relação a isso.

## 2 PANORAMA HISTÓRICO DAS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS

A expressão “chuta que é macumba” significa, no jargão popular, mulher feia, “baranga”, como nos mostra o Dicionário Informal – é importante destacar que esse site foi consultado com o objetivo de verificar o uso coloquial que se faz dessa expressão, uma vez que, por se tratar de um dicionário de cunho mais popular, demonstra o pensamento que se encontra no imaginário social. Além disso, também é sinônimo de situação que envolve prejuízo, “roubada”.

Esse mesmo Dicionário Informal apresenta 19 significados para a palavra Macumba<sup>1</sup>. Ora, a macumba nada mais é que um instrumento musical feito, no Brasil, de bambu e, na África, de uma árvore que tinha o mesmo nome, e que era tocado nas rodas de escravos para alegrar as pessoas, cultuar seus deuses, jogar capoeira, entre outros. Hoje, esse instrumento se chama reco-reco e

---

<sup>1</sup> MACUMBA. In: **Dicionário Informal**. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/macumba/>. Acesso em: 28 maio 2020.

quem toca é o músico; antigamente, quem o tocava chamava-se macumbeiro. Como a imagem do instrumento estava vinculada aos negros e aos rituais afro, ficou a visão pejorativa de que macumba é do mal e que o macumbeiro – termo utilizado pejorativamente desde o Brasil Colônia – é o mesmo que feiticeiro, o que não é verdade. Isso, elaborado por uma construção social sem menor criticidade, era reproduzido para conduzir uma inferioridade cultural e é a base do racismo religioso e, quiçá, da intolerância religiosa.

Silva<sup>2</sup> analisa, de forma profunda, a questão social no Brasil das épocas de cada uma das Constituições, principalmente a questão do poder moderador existente na Constituição Imperial de 1824. Nesse sentido, ele aponta que a Constituição Imperial de 1824 foi a primeira Constituição do Brasil, ainda à época da escravidão brasileira, quando a maioria esmagadora da população – como escravos e índios – sequer eram considerados “gente”. Para estes, o direito ao culto religioso, como conhecido hoje, de longe existiu. No artigo 5º da Constituição Imperial, as demais formas de religiosidade, que não a católica, seriam “apenas” toleradas, mesmo depois da abolição da escravatura em 13 de maio de 1888: “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo.”<sup>3</sup>

O quarto aspecto é o da Representação Política, pois, apesar de declarar, na esteira do Liberalismo europeu, que os poderes são delegações da nação, a mesma restringiu a cidadania ativa, trazendo nos artigos 91, 94 e 95 uma série de pessoas impedidas de votar e de participar do processo eleitoral, nos mais diversos níveis eleitorais. *Os Escravos e as mulheres não eram nem citados nessa parte do texto, demonstrando a mentalidade que via nessas pessoas seres inferiores, verdadeiros objetos.* Uma inovação técnica interessante é o caráter semirrígido desta Constituição (Silva, 2001, p. 42). Interessante, pois naquele momento a rigidez era a vertente da Teoria Constitucional, denotando nesse ponto um avanço teórico do texto brasileiro. O Artigo 178 preceitua que “é só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.” Andrade e Bonavides percebem dois pontos relevantes nesta Constituição quando afirmam que “A Constituição do Império foi voltada para o passado, trazendo as graves sequelas do absolutismo e para o presente, efetivando, em parte e com êxito, no decurso de sua aplicação, o programa do Estado Liberal”. Porém, esses autores veem o surgimento de alguns direitos econômicos, sociais e culturais, destacando as normas dos socorros públicos e a da instrução primária gratuita a todos os cidadãos, dispostos no artigo 179 e incisos, afirmando a mesma ser detentora de uma sensibilidade precursora para o social (Andrade, 1991, pp. 100-101). Discordamos dessa posição, pois, acreditamos que esse período foi marcado

<sup>2</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, n. 10, 201. p. 221

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

pela grande desigualdade social, ausentando-se para a grande maioria da população um mínimo de Justiça, por mais que em seus artigos a Constituição expresse alguns aspectos sociais, esses ficaram somente na intenção estatal.<sup>6</sup> Os incisos mais importantes do artigo 179 são os que estabelecem e asseguram o direito de propriedade, demonstrando toda a vertente individualista, não pressentindo, portanto, o futuro como os excepcionais constitucionalistas ponderam, mas, resguardando os interesses da elite dominante.<sup>4</sup>

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, inicia-se no Brasil uma grande reforma na própria sociedade e uma nova constituição era necessária para apaziguar as novas relações sociais, econômicas e políticas que eclodiam. Com a queda do regime monárquico, resultando numa mudança do mundo, com os padrões brasileiros assemelhando-se aos americanos – voto direto e universal, Estado laico e conseqüente ruptura do Estado com a Igreja – forte corrente imigratória passou a ser incentivada pelo Estado brasileiro a partir de 1885, como pontua Silva:

Entretanto, é ponto pacífico que o Estado brasileiro desse período foi Federalista, tentando seguir os moldes do modelo norte-americano. Essa opção desmantelou qualquer possibilidade de existência de um poder Central Forte. Isto é explicitado no § 2º do artigo 65, onde se estabelece que os Estados podem atuar em qualquer direito, desde que não sejam os mesmos defesos por cláusulas expressa ou implicitamente contidas na Constituição. Isso representa uma liberdade de atuação muito grande, pois só a Magna Carta seria superior hierarquicamente à legislação estadual. Portanto, os Estados atuavam em áreas como a da tributação, da exportação de seus produtos, a capitação de recursos no exterior, organização de suas Justiças e a formação de forças públicas. Outro fator importante foi a adoção pelo texto do voto direto e universal, dos homens maiores de 21 anos, excluídas certas categorias, como a dos praças militares, dos analfabetos e dos mendigos. Trata-se de um avanço face à perspectiva censitária que regia até aquele instante os direitos políticos. No campo ideológico, é clara a influência positivista<sup>7</sup> dentro do novo texto, pois, há uma ruptura entre Igreja e Estado, não existindo mais uma religião oficial e ocorrendo a absorção por parte do Estado de funções até então realizadas pela Igreja Católica. O Estado declara-se laico. O Positivismo é percebido dentro dos projetos nacionais, há a visão de que um grupo de indivíduos mais preparados deve assumir o Poder em prol da maioria. Campos Salles formula a doutrina para a realidade nacional, ele afirma que a [...] política e a ação devem ser privilégio de uma minoria: as grandes deliberações nascidas de liberdades democráticas levam necessariamente o país a agitações e ao aproveitamento da situação por um grupo muitas vezes o menos capaz. À minoria deliberativa no plano federal deve corresponder outra minoria deliberativa dos Estados. Esta representação aristocrática é o cerne de seu pensamento. Conseqüentemente, o problema apresenta-se como a garantia de estabilização das atuais oligarquias no poder. (Carone, 1976, p. 103) Além desse projeto positivista, o país se afirma como uma localidade receptora de imigrantes, característica essa que é expressa nas normas que garantem aos

---

<sup>4</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, n. 10, 201. p. 221

estrangeiros o direito à liberdade, à segurança individual, à *propriedade e o livre culto religioso*, nos mesmos moldes como o foram garantidos aos brasileiros. Além disso, houve a criação de uma medida denominada grande naturalização, na qual se tornariam brasileiros os estrangeiros que, achando-se no Brasil no dia da proclamação da República, não declarassem, dentro de seis meses após entrar em vigor a nova Constituição, o desejo de manter a nacionalidade de origem. Percebe-se do exposto até o momento que esta Constituição contém uma larga declaração de Direitos, principalmente no seu artigo 72, no qual se abstrai a continuação do sentido liberal das normas, uma tendência laicista e um maior igualitarismo jurídico-formal. Porém, houve um decréscimo de direitos sociais no texto, o que por mais que tenhamos 7 Os dizeres “Ordem e Progresso” na bandeira Nacional são os maiores símbolos do predomínio da mentalidade positivista dentro dos quadros governantes. ; ponto-e-vírgula 10 225 Análise histórica das Constituições brasileiras defendido o fato de estarem expressos na constituição imperial, em termos práticos, não resultasse em praticamente nenhuma atuação estatal para a população, esta conferia aos grupos religiosos a possibilidade de atuar nessa área assistencialista. O fato de não existir nenhum atendimento social por parte do Estado, ele que nesse momento é o único órgão, teoricamente, responsável pela efetivação dos direitos, deixa a situação das classes menos abastadas ainda pior. O problema é que aos desprovidos do poder econômico não lhes é garantido sequer a efetividade de seus direitos liberais, o que denota que há no Brasil, mais uma vez, uma legislação que se revela não efetiva no seio social.<sup>5</sup>

A partir da Constituição de 1891, o Brasil vai, cada vez mais, tentando adequar-se às mudanças mundiais. É relevante lembrar que essa Constituição contém importantes disposições de direitos sociais. Ainda segundo Silva, na Constituição de 1934 há o compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo:

O ano de 1934 foi marcado por incessantes conflitos sociais; talvez por esse motivo, a questão da segurança nacional tenha sido tratada com tanta seriedade e dado, infelizmente, ao Poder Executivo uma enorme discricionariedade no trato do tema. Foi-lhe dada a prerrogativa de declarar o estado de sítio e a presidência do Conselho Superior de Segurança Nacional, que tinha entre seus membros os ministros e os chefes dos estados maiores. Era uma Constituição marcada por um belo trabalho jurídico, que, lamentavelmente, não logrou êxito, tendo um lapso temporal ínfimo. Andrade e Bonavides colocam que o insucesso desse texto não se deve ao fato de ela ser irrealista ou inexecutável, mas por ser dúbia, isto é colocar lado a lado “princípios antagônicos”, advindos do pensamento liberal e do Intervencionismo de Estado. Essa mescla de ideologias não permitiu a esta Constituição imprimir um projeto político hegemônico para o país, pois trata-se de um governo de origem revolucionária, que como pressuposto básico a hegemonia de um projeto que o diferencie do anterior para a sua

---

<sup>5</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, n. 10, 2011. p. 223-224.

legitimação no Poder. Não houve ruptura com o projeto liberal individualista vigente anteriormente.<sup>6</sup>

Com relação à Constituição de 1937, Silva demonstra que se inicia um processo de socialização trabalhista:

A Constituição veio regulamentar o novo regime político que surgia do golpe de Estado realizado em 1937, que teve como estopim o plano Cohen, ainda, um dos episódios mais obscuros de História brasileira.

Essa Constituição foi denominada de Polaca, pois Francisco Campos, Ministro da Justiça do período, que foi o responsável por escrevê-la, buscou assimilar elementos da carta polonesa construída por Pilsudski, que continha elementos extremamente autoritários. Além do texto polonês, não há como não acrescentar às fontes inspiradoras o fascismo de Mussolini e o nazismo de Hitler.

Na questão dos direitos, ela repetiu os Direitos Sociais estabelecidos em 1934, fazendo posteriormente algumas concessões sociais de caráter corporativo, principalmente no campo trabalhista, que marcou o início de uma prática política muito comum no Brasil, o Populismo. Não havia como Getúlio restringir esses direitos, pois, isso certamente seria um golpe fatal na popularidade que detinha com grande parte dos setores sociais. Na divisão dos Poderes, formalmente, mantiveram-se os três. Na prática, entretanto, quase que se extingue o Legislativo e o Judiciário, estrangulando-os com medidas que valorizavam e passavam todas as atribuições de governo ao chefe do Poder Executivo.<sup>7</sup>

A constituição de 1946, chamada por Silva de “a chance perdida”, é uma Constituição pós-guerra, em que a democracia e a liberdade entram em um processo de movimentação em todo o globo:

Nesse momento há um movimento constitucional existente em vários países como a Itália, a Alemanha, a Iugoslávia, a Polônia, entre tantos outros que também rompiam com os regimes ditatoriais existentes antes do término da 2ª guerra, no qual o Brasil também se inseria. Mas, diferentemente dessas outras Cartas, a brasileira não representou o avanço social ocorrido nessas outras localidades; emergia II O projeto político positivista prevê que o governo fique nas mãos de poucos, os mais preparados, para que esses liderassem o restante da população, é uma negativa dos pressupostos de uma democracia universal, onde todos têm participação política. ; ponto-e-vírgula 10 232 Análise histórica das Constituições brasileiras nesse momento, principalmente na Europa, o Estado de Bem-estar Social, e o constituinte brasileiro, nas palavras de José Afonso da Silva, estabelecia um retorno [...] às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram

<sup>6</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, n. 10, 2011. p. 228

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 229.

conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. (Silva, 2001, p. 81) Há mais uma vez a predominância do projeto liberal conservador. Apesar de a discussão desta carta ter abrigado todas as correntes políticas existentes naquele instante na vida nacional, desde os comunistas aos liberais da UDN. Deve-se destacar a maioria conservadora presente na Assembléia constituinte que conseguiu imprimir mais uma vez essa faceta à Carta.<sup>8</sup>

Com relação às constituições de 1964 e 1967, vigentes no período muito conhecido como período do golpe militar, é possível afirmar que este foi talvez um dos períodos mais difíceis para as religiões não oficializadas: momento de atos inconstitucionais, momento no qual a garantia dos direitos individuais foi suprimida, assim como a carta ditatorial de 1969. Silva postula que:

É ponto pacífico que o principal objetivo dessa constituição não era a garantia de direitos, nem a regulamentação do exercício de funções do Poder, nem imprimir um projeto ao Brasil, trata-se de uma das etapas fundamentais na busca de se institucionalizar o movimento de 1964. Portanto, um texto que só merece ser lembrado para que não se cometam novamente os mesmos erros.

As características relevantes da Carta Ditatorial de 1969 são a supremacia e a centralização de poderes no Poder Executivo, o que lhe conferiu uma enorme autoridade, tornando-o o único realmente efetivo. Essa experiência formalizada na Carta supera em muito a da Constituição de 1824 e mesmo a de 1937, revelando que esse foi o período de nossa história em que tivemos o governo mais autoritário. Tal usurpação do Poder, quebra do Estado Democrático de Direito não causou escândalo ou reações mais fortes no exterior, pois, vivíamos nesse momento um quadro de ditaduras, em sua grande maioria militares, por toda a América Latina. Ditaduras essas apoiadas pelos Estados Unidos, que vivendo o contexto da guerra fria, incentivavam essa forma de governo na busca de suprimir nos países latinos o furor revolucionário, impedindo o restante da comunidade internacional de tomar um posicionamento mais agressivo frente a esses regimes autoritários.<sup>9</sup>

Não é possível falar de direitos constitucionais e democráticos sem falarmos da Constituição Cidadã de 1988. 32 anos já se passaram, muitas mudanças previstas na Constituição ainda não entraram em vigor e outras talvez nunca entrarão, mas é uma Constituição muito participativa, com méritos e deméritos, mas ela deu uma segurança para que o povo se manifestasse enquanto povo, todas as raças e crenças dentro dos Brasil ou, como diriam alguns, dentro “dos Brasis”. Todavia, essa é uma Constituição ideal para um povo que ainda não a compreendeu totalmente. A

---

<sup>8</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, n. 10, 2011. p. 231.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 235.

democracia e a liberdade trazem consigo valores que são difíceis de digerir, numa sociedade fechada em si mesma, em que o poder de alguns ainda supera o de toda maioria. Como afirmou Barroso, em 2018, portanto, com 30 anos de Constituição aplicada:

Uma Constituição tem dois propósitos principais: (i) organizar e limitar o exercício do poder político, assegurando o governo da maioria e estabelecendo as regras do jogo democrático; e (ii) definir os direitos fundamentais do povo, instituindo mecanismos para a sua proteção. Os dois grandes papéis das supremas cortes e dos tribunais constitucionais são, precisamente, assegurar o respeito às regras da democracia e proteger os direitos fundamentais. Este foi um dos domínios em que a Constituição e o Supremo Tribunal Federal se saíram particularmente bem nos últimos 30 anos.

Apesar de muitos avanços e conquistas que merecem ser comemorados, ainda não fomos capazes de enfrentar algumas das causas importantes do atraso, da pobreza e da corrupção. Dentre elas se inclui (i) um Estado que é grande demais – maior do que a sociedade pode e deseja sustentar –, extremamente ineficiente e apropriado privadamente; e (ii) um sistema político viciado, com incentivos equivocados, que extrai o pior das pessoas. Sem equacionarmos algumas das causas estruturais dos nossos problemas, eles se renovarão e se perpetuarão. A mera repressão criminal, ainda que fosse altamente eficaz – e está longe de ser –, jamais poderá ser vista como o melhor caminho para a transformação. É preciso desarmar os mecanismos que estimulam os comportamentos desviantes.<sup>10</sup>

Silva nos mostra que um dos fatores vibrantes desta nova constituição foi o fato de agrupar setores políticos, tão diferentes dentro de si, revelando que esse é um texto democrático:

Entretanto, essa nova era vem marcada por diferentes expectativas, principalmente levando-se em conta a Magna Carta promulgada. Para Florestan Fernandes, que foi um dos constituintes, a constituição de 1988 vem à luz com data marcada para sofrer uma revisão global e contém mecanismos que remetem a revisões parciais seguidas e constantes. Foi posta sob um signo do precário, durante sua elaboração e posteriormente. Ela não responde às exigências da situação histórica (Fernandes, 1989, p. 360).

Além desse pessimismo expresso, a que se ressaltar a lógica administrativa e burocrática do texto, salientada pelo por Thomas Skidmore, essa que contém o balizamento teórico de um grande estudioso da história brasileira. Ele percebeu e criticou por impor uma condição ruim ao país, afirmando que:

O problema do Brasil não é de homens nem de recursos. É da Constituição de 1988. Ela tornou o Brasil rigorosamente ingovernável. Pior: nas mãos de um aparelho político permissivo que manipula um sistema administrativo ultrapassado. (Apud Prado, 1994, p. 3)

---

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017. s.p.

Porém, outro valioso estudioso, José Afonso da Silva, reconhece que o resultado final produzido, apesar das inúmeras imperfeições apontadas, foi positivo,

É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.<sup>11</sup>

O Brasil só iniciou a mudança social depois dos anos 1930, tendo essa se fortalecido no princípio dos anos 1950. Ou seja, na história dos direitos constitucionais e até dos direitos fundamentais do cidadão, o direito dos negros, dos índios, dos imigrantes, dos homens livres, assim como dos quilombolas, é muito recente no Brasil, assunto bem trabalhado pelo historiadores do Brasil Colonial, como *O Escravismo Colonial: A revolução Copernicana de Jacob Gorender*<sup>12</sup> e *O diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil Colonial*, sendo que esse último apresenta o pensamento que poderia se tornar uma das explicações da intolerância religiosa no Brasil, conforme se verifica no trecho a seguir:

Visto que a justificativa ideológica do processo de colonização desenvolveu-se em torno da cristianização dos 'povos bárbaros', acreditava-se, de início, que o destino das caravelas portuguesas era o céu. As próprias descrições iniciais das novas terras muito se assemelhavam as narrativas bíblicas sobre o paraíso do Jardim do Éden. Entretanto, tal visão não teve um êxito duradouro, pois a estadia dos portugueses no Brasil, o contato com as asperezas das alteridades, transformou, gradativamente, o paraíso em um inferno. A permanência nesse ambiente "infernalizado", consolidou, ao mesmo tempo, as terras conquistadas, como um espaço de purgatório, uma espécie de esperança de salvação para os cristãos. A visão cristã do expansionismo além de determinar a edenização da natureza das terras "descobertas" e, posteriormente, deslocar o mito do Paraíso Terrestre para o Novo Mundo, reforçando o processo de colonização, conduziu também uma migração das marginalidades geográficas. Pois, a Terra de Santa Cruz foi porto de abrigo para os exilados de Portugal. A monstruosidade foi, desse modo, antes de tudo, trazida pelos portugueses, e aqui encontrou terra fértil. A humanidade do Novo Mundo foi demonizada, animalizada e considerada pecadora, tanto na representação dos habitantes nativos como monstros, quanto na localização espacial da colônia, o afastamento geográfico da Metrópole excluiu, como selvagem, no que diz respeito à nudez e à vida natural, os nativos, e referendou, também como criminosos e pecadores, os degredados portugueses que aqui aportaram. O Brasil surgia, assim, como um paraíso terrestre pela natureza e um inferno pela humanidade peculiar que abrigava. Para Souza: A infernalização da colônia e sua inserção no conjunto dos mitos edênicos elaborados pelos europeus caminharam juntas.

---

<sup>11</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, n. 10, 2011. p. 89.

<sup>12</sup> MAESTRI, Mário. O escravismo colonial: a revolução copernicana de Jacob Gorender. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 35, 2004.

Céu e Inferno se alternavam no horizonte do colonizador, passando paulatinamente a integrar, também o universo dos colonos e dando ainda espaço para que, entre eles, se imiscuisse o Purgatório. Durante todo o processo de colonização, desenvolveu-se, pois uma justificação ideológica ancorada na Fé e na sua negação, utilizando e reelaborando as imagens do Céu, do Inferno e do Purgatório. (p. 372) Dessa forma, a colônia era também espaço de extirpação dos pecados cometidos – o próprio degredo cumprido aqui poderia ser visto como purgatório. Nas novas terras, como reitera o discurso do jesuíta Antonil, purgava-se o açúcar e as almas. O céu, para os brancos seria a possibilidade de retorno à metrópole, para os negros, a salvação pela fé que lhes eram impostas. No que tange à religiosidade, Souza adverte-nos que na Terra de Santa Cruz os ‘traços católicos, negros, indígenas e judaicos misturaram-se na colônia, tecendo uma religião sincrética’ (p. 97). Assim, o universo religioso colonial era uma mescla da religiosidade trazida pela Igreja com a religiosidade já existente na colônia portuguesa: recorria-se, por exemplo, simultaneamente a santos católicos, a orixás e ao diabo.<sup>13</sup>

Certamente que a religião católica foi a oficial do reino por muito tempo e ainda o é no imaginário popular atual, rivalizando com a religião protestante. O império mostra, constitucionalmente, o caráter confessional, pois estabelecia, como já foi pontuado, em seu artigo 5º, a religião Católica Apostólica Romana como oficial do Império e dava às demais apenas o direito de culto doméstico ou particular em locais com esta destinação. Mandeli aponta a dificuldade com que protestantes se deparavam, uma vez que a educação, o casamento civil e o uso de cemitérios era restrito somente aos católicos.<sup>14</sup>

Nesse contexto, com o advento da república, os artigos 282 a 285 do Código Penal de 1890 condenavam a prática de espiritismo, da feitiçaria, magia e curandeirismo – este último, era prática ilegal da medicina, assim como hoje – o que era e permanece sendo uma outra forma de cercar os cultos afro-brasileiros que, em prática habitual, fazem o uso das ervas, porções, oferendas. Os negros, para continuar com sua religião e religiosidade, driblando a lei e os costumes rígidos da época, usavam de todos os subterfúgios. Havia um pequeno altar nas senzalas, em que o senhor colocava a imagem católica, e, debaixo dessa mesa, era feito o assentamento do santo, que também era cultuado em árvores sagradas, na mata, nas ruas e encruzilhadas. O ato, conhecido popularmente como “despacho”, possivelmente era a visão dos portugueses do termo jurídico, que trata de uma decisão judicial em que uma autoridade aprova ou recusa um requerimento, uma solicitação; ou, ainda, uma referência aos despachos aduaneiros. Enfim, essa palavra não tem qualquer significado no culto afro-

---

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Késia Rodrigues de. Diabo e feitiçaria no Brasil Colônia. **Revista Digital de Estudos Judaicos da UFMG**. Belo Horizonte, v. 4, n. 7, out. 2010

<sup>14</sup> MANDELI, Maíra de Lima. Liberdade religiosa. **Intertemas**, São Paulo, vol.16, n. 16, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/688/706>. Acesso em: 28 maio 2020.

brasileiro; são chamados de oferenda, em vez de “despacho” ou “entrega”, e são uma maneira de entrar em contato com os orixás (espécies de deuses) e com os guias (entidades mais próximas dos humanos). Em geral, servem para pedir algo, agradecer ou manter conexão com o mundo espiritual – o exemplo mais famoso disso são as entregas no mar a Iemanjá, que, nesse tempo, eram praticados pelos antigos candomblés, já que a Umbanda surge em 15/08/1908. Certamente, não vamos tecer aqui a questão religiosa desses cultos africanos no Brasil, já que há uma vasta literatura que trata do assunto – com títulos como *Notas sobre o culto aos orixás e vodus*<sup>15</sup>; *Encantaria brasileira: o livro dos mestres, caboclos e encantados*<sup>16</sup>; *Os candomblés de São Paulo*<sup>17</sup>; *Segredos guardados: orixás na alma brasileira*<sup>18</sup>; *Um defeito de cor*<sup>19</sup>; *Uma breve história do Brasil*<sup>20</sup>; *O povo brasileiro: formação e o sentido do Brasil*<sup>21</sup>, dentre tantos outros – mas vamos buscar entender o avanço constitucional dos direitos de professar uma religião própria, o direito à crença e à liberdade de culto, já que, até a década de 60, ainda imperava a lei da vadiagem.

Guimarães afirma que os negros passaram a ser integrados à sociedade brasileira entre 1930 a 1964, modificando a situação em que eles se encontravam durante a Primeira República: sem direitos regulamentados, excluídos e tratados com descomprometimento, como aponta o trecho na sequência:

Entre 1930 e 1964, vigeu no Brasil o que os cientistas políticos chamam de ‘pacto populista’ ou ‘pacto nacional-desenvolvimentista’. Neste pacto, os negros brasileiros foram inteiramente integrados à nação brasileira, em termos simbólicos, através da adoção de uma cultura nacional mestiça ou sincrética, e em termos materiais, pelo menos parcialmente, através da regulamentação do mercado de trabalho e da seguridade social urbanos, revertendo o quadro de exclusão e descompromisso patrocinado pela Primeira República. Neste período, o movimento negro organizado concentrou-se na luta contra o preconceito racial, através de uma política eminentemente universalista de integração social do negro à sociedade moderna, que tinha a ‘democracia racial’ brasileira como um ideal a ser atingido.

Em outras palavras, ocorreu nesse intervalo de tempo, entre os anos de 1931 e 1964, uma tentativa de integração eficaz do negro, como um dos pilares

---

<sup>15</sup> VERGER, Pierre Fatumbi. **Notas Sobre o Culto aos Orixás e Vodus**. São Paulo: Editora EDUSP, 2000.

<sup>16</sup> PRANDI, Reginaldo. **Encantaria brasileira: o livro dos mestres, caboclos e encantados**. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

<sup>17</sup> Idem. **Os candomblés de São Paulo**. São Paulo: Hucitec, 1991.

<sup>18</sup> Idem. **Segredos Guardados: orixás na alma brasileira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

<sup>19</sup> GONÇALVES, Ana Maria. **Um defeito de cor**. Rio de Janeiro: Record, 2011.

<sup>20</sup> DEL PRIORE, Mary; VENÂNCIO, Renato Pinto. **Uma breve história do Brasil**. São Paulo: Planeta, 2010.

<sup>21</sup> RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

de sustentação da identidade nacional, tentando corrigir erros passados, reconhecendo e ao mesmo tempo, concedendo direitos importantes à população negra no Brasil, pois até então, o mundo enxergava de maneira equivocada, que a nação brasileira, era um paraíso das raças, onde não se localizava preconceito em demasia, também que o processo integralista e de transição dos mesmos, na sociedade e mercado de trabalho, seria feito de uma maneira rápida, eficaz e com o mínimo de problemas possíveis, como diz o próprio autor acima citado, também no referido artigo.<sup>22</sup>

Moraes Júnior nos alerta que, apesar da Constituição existente no Império e até mesmo na República, a situação real do africano continuava sendo uma questão pessoal de sociedade e de cultura e que as leis, em vez de serem libertadoras, eram, na verdade, mais discriminadoras, restringindo os cultos religiosos e exigindo cuidado com a ordem pública e os bons costumes. Ora, com toda a coisificação com que o negro era tratado, nem de longe as suas práticas religiosas eram aceitas; os legisladores dessa época não legislavam para o pobre, para o negro, para o índio ou qualquer outra classe que não a dos senhores. Isso acarretava na criminalização exacerbada dessas minorias pelas suas crenças:

Todavia, o que vemos na prática é um despreparo do poder legislativo no nascedouro das leis incriminadoras, que acabam por prestar especial atenção à grande parte das condutas humana sem necessidade, ocasionando uma criminalização desenfreada, o que propicia em uma afronta ao princípio da Intervenção mínima.<sup>23</sup>

A constituição subsequente esteve vigente no período brasileiro em que Getúlio Vargas exercia poder autoritário, nacionalista, anticomunista e centralizador, conhecido na história como período do Estado Novo ou Terceira República Brasileira. A união do governante do período à Igreja Católica fez com que as religiões ou cultos de matrizes africanas ficassem relegadas ao quinto plano. No Estado Novo, a Igreja Católica se reinventou, uma vez que o governo passou a prestar favores a ela em troca de que esta pregasse a obediência ao Estado, como pontua Santos:

A Igreja pregava a ética cristã, valorizando a família, transmitindo uma moral de bom comportamento, de trabalho como símbolo de dignidade e a obediência ao Estado, que era a ordem vigente; competindo a ela, a regeneração moral da sociedade.

---

<sup>22</sup> GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Democracia racial: o ideal, o pacto e o mito. **Novos Estudos Cebrap**, n. 61, p. 147-162, 2001. p. 18-19.

<sup>23</sup> MORAES JÚNIOR, Antonio Edmundo da Silva. Curandeirismo x Intervenção mínima. In: **Âmbito Jurídico**, s./n., 1º abr. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/curandeirismo-x-intervencao-minima/>. Acesso em: 02 jun. 2020. s.p.

A Igreja colocava-se a ocupar todos os espaços sociais, culturais e políticos; estabelecendo vínculos mais próximos com o Estado Novo, através do campo social. Passando a ‘abençoar’ o desenvolvimento varguista. Na prática, essa aliança, funcionava como uma vitória a mais do regime, que projetava a hegemonia nacional.<sup>24</sup>

Com tal força da Igreja Católica, muitos terreiros foram violentamente fechados em nome de medidas sanitárias e de higienização do país. A demonização das religiões afro cresceram violentamente, ao mesmo tempo que o samba ganhava os morros do Rio de Janeiro. Contudo, o nascimento da Delegacia de Costumes, a prisão de capoeiristas, a quebra de elementos culturais afros, a apreensão de imagens e instrumentos de culto, enfim, foram aspectos que marcaram um período pós escravidão, em que o Brasil caminhava para a proteção aos trabalhadores e uma redemocratização, mas, por outro lado, as populações marginalizadas, “sofriam com o porrete”.

Na transição das constituições do governo de Getúlio Vargas de 1934 e 1937, que foram outorgadas dentro de um panorama da Primeira Guerra Mundial, Vargas alinhou-se aos ideais fascistas de Mussolini, trazendo momentos de reorganização coronelista e militar. As religiões afro e indígenas passaram por momentos de marginalização piores do que no tempo da escravidão. Os praticantes dessas religiões já eram negros libertos, “operários” que, teoricamente, a partir de 1943, adquiriram “direitos”. Contudo, é preciso lembrar que, na década de 30 e início dos anos 40, o Brasil ainda preconizava a caça aos capoeiristas e não admitia o culto aos orixás oficialmente. Assim, o já liberto começava a buscar seu espaço nos grandes centros, o que não era tão simples; havia jornais nos quais os negros se colocavam até à disposição para voltar a trabalhar nas grandes fazendas, porque não tinham o que comer. Nos Estados Unidos do Brasil, negros eram linchados constantemente; o medo, a pobreza, a miséria, para muitos, até língua, era um problema de cor. Depois de terem sido, durante anos, escravizados, a liberdade lhes foi imposta sem garantias reais, sem dinheiro, sem o reconhecimento enquanto cidadão, sem poder algum. Assim, os negros e sua religião tinham liberdade jurídica, mas, muitas vezes, a denegavam por uma prisão. De fato, a sociedade os libertou, mas não se libertou de seu preconceito, de seu racismo, conforme mostra o Artigo 402 do Código Penal:

**Art. 402.** Fazer nas ruas e praças públicas exercício de agilidade e destreza corporal conhecida pela denominação de Capoeiragem: andar em carreiras,

---

<sup>24</sup> SANTOS, Carla Xavier dos. A relação da Igreja Católica com o Estado Novo através do olhar da imprensa católica gaúcha. In: Vestígios do passado: a história e suas fontes. In: **IX ENCONTRO ESTADUAL DE HISTÓRIA-ANPUH RIO GRANDE DO SUL**. Anais, 2008. Disponível em: [http://eeh2008.anpuh-rs.org.br/resources/content/anais/1211599064\\_ARQUIVO\\_ArelacaodalgrejaCatolicacomoEstadoNovo.pdf](http://eeh2008.anpuh-rs.org.br/resources/content/anais/1211599064_ARQUIVO_ArelacaodalgrejaCatolicacomoEstadoNovo.pdf). Acesso em: 02 jun. 2020. p. 4.

com armas ou instrumentos capazes de produzir lesão corporal, provocando tumulto ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal; Pena de prisão celular por dois a seis meses.

Parágrafo único. É considerado circunstância agravante pertencer a capoeira em alguma banda ou malta.<sup>25</sup>

A partir de 1946, inicia-se, com o fim da Guerra de 1945, um novo período de redemocratização no Brasil. Havia uma nova Constituição, a chamada Constituição dos Estados Unidos do Brasil, voltada para as “instituições democráticas e direitos dos cidadãos”, na qual, além dos valores democráticos, nota-se, em seu preâmbulo, a necessidade de se colocar DEUS como aquele que protege o novo período do Brasil, como se pode observar pela apresentação dela:

A Mesa da Assembléia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente, e manda a todas as autoridades, às quais couber o conhecimento e a execução desses atos, que os executem e façam executar e observar fiel e inteiramente como neles se contém.

Publique-se e cumpra-se em todo o território nacional.

Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946; 125º da Independência e 58º da República.

FERNANDO DE MELLO VIANNA  
Presidente

Georgino Avelino  
1º Secretário

Lauro Lopes  
2º Secretário

Lauro Montenegro  
3º Secretário

Ruy Almeida  
4º Secretário.

Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático,

---

<sup>25</sup> BRASIL. Decreto nº 847, de 13 de maio de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm)impressao.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.<sup>26</sup>

Todavia, a mesma Constituição ainda reafirma a laicidade do Estado, embora, em seus artigos, pregue, claramente, valores familiares, costumeiros e nacionalistas, conforme o Artigo 31, incisos II, III e V, expressos a seguir:

**Art. 31** - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

[...]

II - Estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício;

III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

[...]

V - Lançar impostos sobre:

[...]

b) templos de qualquer culto bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins.<sup>27</sup>

Toda essa liberdade jurídica barrava a realidade, na qual o negro, agora não mais escravo, era um “homem livre”, que tinha de estar dentro das leis e normas sociais, pois havia se tornado algo. Em muitos casos, sem ocupação, ele era um “vadio” que a lei deveria punir, como aponta Roesler:

[...] O Decreto-Lei nº 3.688/41 traz em seu artigo 59 o tipo penal de vadiagem, ainda em vigor. A conduta consiste em “*entregar-se habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita*”, com pena de prisão simples, de quinze dias a três meses. O parágrafo único do dispositivo prevê que: “*a aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena*”. Também estão tipificadas as condutas de embriaguez (art. 62), mendicância (revogada pela Lei nº 11.983, de 2009) e de ato ofensivo ao pudor (art. 61), entre outras.

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

<sup>27</sup> Idem.

Na verdade, a previsão da vadiagem como ilícito penal é anterior ao Decreto-Lei nº 3.688/41, o que nos remete às ordenações Filipinas onde se encontra o tipo no Título LXVIII, 'Dos Vadios'. Já no Código Criminal do Império de 1830, o Capítulo IV tratava dos 'vadios e mendigos' e o artigo 295 previa pena de "prisão com trabalho por oito a vinte e quatro dias" quando "não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta e útil de que possa subsistir, depois de advertida pelo juiz de paz, não tendo renda suficiente".<sup>28</sup>

Com relação às constituições posteriores, de 1967 e 1969, não há consenso jurídico: para alguns, a Constituição de 1969 não existiu e a de 1967 foi apenas uma emenda constitucional. Nesse período militar, no qual a vida no Brasil apresentou uma dinâmica diferente, as questões raciais estavam um pouco abaixo das políticas. Contudo, como aponta Jesus, o governo permitia que os terreiros funcionassem, mas, na prática, se aproveitavam disso para cobrar taxas dos centros religiosos:

Durante o período da ditadura militar (1964-1985), pais e mães de santo criaram mecanismos de negociação com os poderes públicos e político-partidários para garantir a sobrevivência e a proteção de suas casas de axé. Ao mesmo tempo que o governo militar fazia uma política de 'boa vizinhança' com as religiões de matriz africana, operava um forte controle de organização dos terreiros. Militares faziam parte das federações de culto, líderes religiosos dos centros de matriz africana faziam parte do cenário político, muitos eram deputados, senadores e outros. Para os tambores tocarem nos centros religiosos, taxas eram cobradas pelos policiais. É sabido que essa política de "boa vizinhança", caracterizou-se pela manipulação, legitimando o poder dos militares.<sup>29</sup>

As constituições brasileiras depois da década de 30 até a Constituição Cidadã de 1988 buscam adequar a sociedade a novos movimentos que surgiram em toda a Europa pós-guerra e, ao mesmo tempo, às conquistas que asseguravam a dignidade humana. É importante ressaltar que nesse período pós-guerra é que surgiu a ONU, em 1945. Ao final de 1948, foi adotada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que previa o respeito aos direitos e liberdades individuais dos diferentes povos e culturas:

---

<sup>28</sup> ROESLER, Átila da Rold. Sobre a vadiagem e o preconceito nosso de cada dia. **Justificando**. S.l. 9 ago. 2016. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/08/09/sobre-a-vadiagem-e-o-preconceito-nosso-de-cada-dia/>. Acesso em: 02 jun. 2020. s.p

<sup>29</sup> JESUS, Ivone Cirino de. Religião afro-brasileira no palco da ditadura: uma análise da peça Sortilégio, de Abdias Nascimento (1979)\*. In: PARANÁ. Secretaria de Estado da Educação. Superintendência de Educação. **Os Desafios da Escola Pública Paranaense na Perspectiva do Professor PDE**, 2013. Curitiba: SEED/PR., 2016. V.1. (Cadernos PDE). Disponível em: <http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=20>. Acesso em: 02 jun. 2020. p. 7.

A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios estados-membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.<sup>30</sup>

Assim, o Brasil vai se redemocratizando devagar. Depois do longo período do Regime Militar (1964-1985), o povo começa a ir para as ruas; em 1985, João Batista de Figueiredo assina a Emenda Constitucional nº 26 e convoca a Assembleia Nacional Constituinte. A partir daí, o Brasil, mesmo com a nova Constituição já iniciando, ainda vivia discriminação e intolerância religiosa: as religiões que não tinham viés cristão continuavam sendo perseguidas e enquadradas nos códigos penais. Não foi “a caneta” que mudou a visão de mundo, o imaginário e a crença das pessoas. O direito, a Constituição e as novas leis facilitaram a vida da classe média, dando-lhe maior paridade de armas para lutar. As inovações jurídicas não se comparam à rapidez com que a vida se processa, assim como não acompanham as mudanças rápidas do cotidiano e lentas da história.

É com a Constituição Cidadã, de 1988, que esse panorama começa a se modificar de forma mais firme: surgem diversas associações mais efetivas com relação à intolerância religiosa: a Lei 10.639/03 foi alterada pela Lei 11.645/08, tornando obrigatório o ensino da história e cultura afro-brasileira e africana em todas as escolas, públicas e particulares, do Ensino Fundamental ao Médio, conforme expresso a seguir:

**LEI Nº 11.645, DE 10 MARÇO DE 2008.**

Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

<sup>31</sup> BRASIL. **Lei nº 11.645, de 10 março de 2008**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11645.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

Além disso, nesse momento, foram criadas leis contra a intolerância religiosa e foram baixados diversos decretos de proteção às minorias e às religiões. Em suma, essa Constituição inaugurou um novo arcabouço jurídico-institucional no país, ampliando ainda mais as liberdades civis e os direitos e garantias individuais, marcando uma conquista dos cidadãos. Porém, Sabaini afirma que, na questão Estado-Religião, ainda não há limites quanto à laicidade do Estado Brasileiro, mesmo com a Constituição de 1988.

Conforme postula Miranda, a liberdade de se expressar se caracteriza enquanto um direito inerente ao ser humano, não cabendo ao Estado impor religião ou obrigar que os cidadãos sigam qualquer crença. Além disso, Soriano aponta que o direito à liberdade religiosa apresenta diversas facetas, já que reúne diversas liberdades: a de crença, de consciência, de culto e de organização religiosa: “[...] o direito à liberdade Religiosa, devido a sua *multiplicidade* compreende diversos direitos, os quais, assim reunidos, são considerados em sentido amplo (*lato sensu*). Destarte, poder-se-ia, a nosso ver, afirmar tratar-se de um direito composto”<sup>32</sup>.

Sousa, Barboza e Pereira afirmam que, desde os primórdios da sociedade, e dos relacionamentos sociais, quando o assunto é religião, a intolerância e a própria liberdade religiosa estão de lados extremos. Trata-se de uma relação de crenças e valores que não se justificam dentro de uma lógica jurídica, matemática ou psicológica. Os conflitos religiosos e, principalmente, a intolerância religiosa não se dão de forma racional, não se conseguem dialogar de modo a considerar e respeitar as diferenças culturais e devocionais, pois alguém sempre vai crer no Deus único e verdadeiro. Desse modo, o Deus do outro só pode ser o oposto. Todavia, a lógica metafísica da fé não é constitucional: não é com leis e com punições que tais conflitos serão resolvidos. A principal garantia que o ser humano possui é a de expressar se publicamente e propagar a sua fé, isto é, exercer sua liberdade religiosa. As autoras pontuam ainda que a intolerância se manifesta de diversas formas na sociedade, desde as mais leves às mais agressivas. Não se deve, portanto, buscar mascarar e relativizar as práticas abusivas:

A Constituição Federal de 1988, em seu texto, assegura a liberdade de religião no seu artigo 5º, sendo essa uma garantia aos cidadãos. Porém, mesmo estando assegurado no ordenamento jurídico, ainda existem as práticas abusivas e desrespeitosas ao redor dessa temática.

A sociedade, em muitos momentos, negligencia os principais aspectos que demonstram a fragilidade das relações sociais no que se refere à intolerância religiosa, tentando esconder uma realidade e mascarando um problema cuja gravidade é imensurável e que acontece corriqueiramente em relações cotidianas, onde em vários momentos passam despercebidos da nossa própria realidade.

---

<sup>32</sup> SORIANO, Aldir Guedes. Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 10.

A intolerância é um problema sério que ainda está muito presente na sociedade contemporânea, desde as situações mais simples com que convivemos diariamente até a exteriorização desse preconceito de uma forma mais agressiva, a intolerância é grande motivadora para pequenas e grandes discussões.<sup>33</sup>

Nesse sentido, é possível apontar que, desde a sua descoberta, as religiões afro-brasileiras, tal como os negros, buscam o seu direito de existir, num país que misturou muitas tribos e separou-as geográfica, política e culturalmente. O homem negro se para com uma sociedade que sempre o desprezou, marginalizou e negou a sua existência. Por isso, a luta é grande, mas já há diversos estudos que nos mostram a destituição do ser negro e sua reconstrução através da conquista gradativa de seus direitos como cidadão.

No Brasil, temos delegacias específicas para crimes de racismo e intolerância religiosa, que sobem, a cada ano, mais de 56%, conforme dados do Disque 100. Segundo o Brasil de Fato, entre 2015 e o maio de 2019, foram registrados 2.722 casos de intolerância religiosa uma média de 50 por mês<sup>34</sup>. Por isso, somente com uma batalha diária, nas escolas, nas igrejas, na rua, nos ambientes de trabalho, nas lojas, na propaganda institucional e privada, na internet, mostrando que cada um em sua diferença se torna igual aos outros e que o respeito garantido pela constituição e pelos direitos fundamentais do ser humano é um direito à dignidade da pessoa humana.

Certamente, não podemos exercer as práticas religiosas sem uma liberdade de expressão, pois, como já salientamos, sempre que houver Deuses, interesses humanos, interesses políticos, interesses econômicos, e culturais haverá conflito. A intolerância religiosa é filha da ignorância, do medo e do poder e só acabará quando houver a consciência de que todos somos iguais debaixo do mesmo céu; afinal, as pessoas não nascem intolerantes, mas se tornam.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível observar, com a realização deste trabalho, que os direitos de liberdade religiosa foram aumentando de acordo com a evolução das Constituições brasileiras, todavia, ainda

---

<sup>33</sup> SOUSA, Aniédia Kelly Alves da Silva; BARBOZA, Gleza Bezerra; PEREIRA, Maria Liduina. **A liberdade religiosa nas constituições brasileiras**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45076/a-liberdade-religiosa-nas-constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 02 jun. 2020. s.p.

<sup>34</sup> Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/01/21/denuncias-de-intolerancia-religiosa-aumentaram-56-no-brasil-em-2019/>. Acesso em: 29 maio 2020.

assim, falta muito para que ainda seja possível termos um país livre da intolerância religiosa. Certamente o mundo é cheio de conflitos religiosos-bélicos e o problema de intolerância religiosa passa dos milhares e de diversos níveis, desde a crença ou não em um Deus, até Deusificar o Estado. Contudo, após anos de problemas e omissões, nota-se que o Estado brasileiro ainda não tem cumprido devidamente o seu papel de proteção, que neste caso, se configura em garantir a efetivação da liberdade religiosa a todos os cidadãos.

Cabe aos operadores do Direito, quando esse direito for agredido, protegê-lo, não apenas a religião e sim toda uma cultura do ser. É preciso que se mude de paradigma, que a Constituição e a lei sejam paramentos a serem seguidos, porém, um país de impunidade, em que a briga pelo poder é superior à briga pela subsistência, no qual a desigualdade social é enorme por isso não nos custa lembrar do artigo 5º, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal vigente.

Nesse sentido, retomando à expressão que dá título a este trabalho, conclui-se que, levando em conta tudo o que foi exposto acerca da intolerância religiosa e das leis que vão contra essa atitude, revisitada, ela seria mais adequada se dissesse “Não chute, que é oferenda”, e por trás dessa oferenda, há toda uma história ancestral, há um trabalho de conexão com o divino e com o sagrado.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 28 maio 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 847, de 13 de maio de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Emenda constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985**. Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19459.htm). Acesso em: 28 maio 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.645, de 10 março de 2008**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11645.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

CHUTA QUE É MACUMBA. In: **Dicionário Informal**. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/chuta+que+%E9+macumba/>. Acesso em: 28 maio 2020.

DEL PRIORE, Mary; VENÂNCIO, Renato Pinto. **Uma breve história do Brasil**. São Paulo: Planeta, 2010.

DIAS, João Ferreira. “Chuta que é macumba”: o percurso histórico-legal da perseguição às religiões afro-brasileiras. **Sankofa**. Revista de História da África e de Estudos da Diáspora Africana Ano XII, Nº. XXII, maio de 2019.

ESTADÃO CONTEÚDO. A nova face da intolerância religiosa. **Istoé**, 18 ago. 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/a-nova-face-da-intolerancia-religiosa/>. Acesso em: 28 maio 2020.

GONÇALVES, Ana Maria. **Um defeito de cor**. Rio de Janeiro: Record, 2011.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Democracia racial: o ideal, o pacto e o mito. **Novos Estudos Cebrap**, n. 61, p. 147-162, 2001.

JESUS, Ivone Cirino de. Religião afro-brasileira no palco da ditadura: uma análise da peça *Sortilégio*, de Abdias Nascimento (1979)\*. In: PARANÁ. Secretaria de Estado da Educação. Superintendência de Educação. **Os Desafios da Escola Pública Paranaense na Perspectiva do Professor PDE**, 2013. Curitiba: SEED/PR., 2016. V.I. (Cadernos PDE). Disponível em:

<http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=20>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MACUMBA. In: **Dicionário Informal**. Disponível em:

<https://www.dicionarioinformal.com.br/macumba/>. Acesso em: 28 maio 2020.

MAESTRI, Mário. O escravismo colonial: a revolução copernicana de Jacob Goreneder. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 35, 2004.

MANDELI, Máira de Lima. Liberdade religiosa. *Intertemas*, São Paulo, vol.16, n. 16, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/688/706>. Acesso em: 28 maio 2020.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3ª ed. São Paulo: Coimbra Editora, 2000.

MORAES JÚNIOR, Antonio Edmundo da Silva. Curandeirismo x Intervenção mínima. In: *Âmbito Jurídico*, s./n., 1º abr. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/curandeirismo-x-intervencao-minima/>. Acesso em: 02 jun. 2020.

OLIVEIRA, Késia Rodrigues de. Diabo e feitiçaria no Brasil Colônia. *Revista Digital de Estudos Judaicos da UFMG*. Belo Horizonte, v. 4, n. 7, out. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

PRANDI, Reginaldo. *Os candomblés de São Paulo*. São Paulo: Hucitec, 1991.

\_\_\_\_\_. **Encantaria brasileira**: o livro dos mestres, caboclos e encantados. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Segredos Guardados**: orixás na alma brasileira. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25ª ed. Brasília: Aprender EAD UNB, 2001.

Disponível em:

[https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod\\_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale](https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale).

Acesso em: 28 maio 2020.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROESLER, Átila da Rold. Sobre a vadiagem e o preconceito nosso de cada dia. **Justificando**. S.I. 9 ago. 2016. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/08/09/sobre-a-vadiagem-e-o-preconceito-nosso-de-cada-dia/>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SABAINI, Wallace Tesch. **Estado e religião: uma análise à luz do direito fundamental à liberdade de religião no Brasil**. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2010.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. **A abordagem constitucional da liberdade de expressão**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8017/A-abordagem-constitucional-da-liberdade-de-expressao>. Acesso em: 28 maio 2020.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Carla Xavier dos. **A relação da Igreja Católica com o Estado Novo através do olhar da imprensa católica gaúcha**. In: *Vestígios do passado: a história e suas fontes*. In: IX ENCONTRO

ESTADUAL DE HISTÓRIA-ANPUH RIO GRANDE DO SUL. *Anais*, 2008. Disponível em: [http://eeh2008.anpuh-rs.org.br/resources/content/anais/1211599064\\_ARQUIVO\\_ArelacaodaIgrejaCatolicacomoEstadoNovo.pdf](http://eeh2008.anpuh-rs.org.br/resources/content/anais/1211599064_ARQUIVO_ArelacaodaIgrejaCatolicacomoEstadoNovo.pdf). Acesso em: 02 jun. 2020.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, n. 10, 2011.

SOUSA, Aniédia Kelly Alves da Silva; BARBOZA, Gleza Bezerra; PEREIRA, Maria Liduína. **A liberdade religiosa nas constituições brasileiras**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45076/a-liberdade-religiosa-nas-constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SOUZA, Laura de Mello. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. Editora Companhia das Letras, 1986.

SOUZA, Marina Duarte de. Denúncias de intolerância religiosa aumentaram em 56% em 2019. **Brasil de Fato**, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/01/21/denuncias-de-intolerancia-religiosa-aumentaram-56-no-brasil-em-2019/>. Acesso em: 29 maio 2020.

VERGER, Pierre Fatumbi. **Notas Sobre o Culto aos Orixás e Vodun**. São Paulo: Editora EDUSP, 2000.

## ASPECTOS DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A ESTRITA NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DO (SUB)PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Rodrigo Cunha Chueiri

*Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Advogado e Assessor no Ministério da Economia.*

**RESUMO:** O presente estudo trata da modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, discorrendo sobre sua importância, partindo da concepção tradicional pela qual a modulação só se aplica aos processos de controle concentrado de constitucionalidade, verificou-se a evolução de entendimento da Suprema Corte, que passou a aplica-lo aos processos de controle difuso. Após a análise, concluiu-se pela necessidade de utilizar a proporcionalidade e razoabilidade para guiar a aplicação da modulação, de forma a garantir a supremacia da Constituição e a segurança jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** modulação; supremacia; constitucional; razoabilidade; proporcionalidade.

**ABSTRACT:** This study presents the effect temporal modulation in the constitutionality control introduced in the Brazilian legal system by Law nº. 9.868/99 and nº. 9.882/99, discussing its importance, starting from the traditional conception by which modulation only applies to the processes of concentrated control of constitutionality, it was verified the evolution of the Supreme Court's understanding, which applied it to the processes of diffuse control. After the analysis, it was concluded that proportionality and reasonability should be used to guide the application of modulation, in order to guarantee the supremacy of the Constitution and legal certainty

**KEYWORDS:** modulation; supremacy, Constitutional; Reasonableness; Proportionality.

### I. NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A MODULAÇÃO DE SEUS EFEITOS

A instituição do controle de constitucionalidade, como se sabe, é ferramenta de suma importância no que tange à manutenção da ordem constitucional, impelindo que todo o manancial legiferante de onde brotam os mais diversos preceitos normativos em nosso ordenamento a ela se submeta ao pautar-se pelo respeito litúrgico às diretrizes formais e materiais nela prescritas.

Em uma Carta Política que possui a prolixidade como uma de suas maiores características, o policiamento das normas de modo que dela se expurgue os preceitos que desrespeitam a Constituição tem sua importância redobrada, conseguindo assim fulminá-las por completo ou apenas regularizá-las, defenestrando suas idiosincrasias constitucionais.

Observe-se que, embora haja a efusão de atos normativos regulamentadores de dispositivos constitucionais, ainda nos resta um considerável número de preceitos que ainda não foram albergados pela normatização regulamentadora que suprisse o vácuo de aplicabilidade deixado justamente por esta ausência de regulamentação, permanecendo direitos essenciais ao cidadão ainda na seara programático-normativa, cujos efeitos vinculam somente o legislador

Imagine-se, então, a Constituição como um grande rio, quilométrico, perene, de fortes correntes e grandes volumes de água cujas fozes são inúmeras, representando inúmeras bifurcações de rios menores que dele se originam. Tais rios, temporários, de menor extensão e menor volume de água que o rio-mater que lhes deu origem, têm o ritmo de sua corrente por ele regido, aumentando também a influência de suas águas para os demais povoados limítrofes. As novas correntes de água que dele afloram podem ser consideradas as leis que nascem do seio da Constituição, visto que não possuem nem a perenidade das normas constitucionais, representada na rigidez dos ritos do poder constituinte derivado, tampouco a pesada carga de abstração, força, influência e generalidade em regra nelas existentes, características metaforizadas na extensão da corrente, na sua força e no seu caráter de nascente dos demais rios, em cujas margens bebe toda uma produção legislativa subsequente, representada córregos e riachos – leis, decretos e resoluções – que nele afluem.

Assim, nos esforços percebidos nas rédeas da legalidade constitucional que norteiam a produção legislativa infraconstitucional ensejados, dentre outros os fatores, pela prolixidade normativa da nossa Carta Magna, divide-se o aludido controle em duas nuances, a saber, o controle de constitucionalidade concentrado e o controle de constitucionalidade difuso.

O primeiro, cuja competência cinge-se apenas ao Supremo Tribunal Federal, possui um viés abstrato, indo diretamente na jugular da norma em si bem como sua eficácia, e não em caráter *incidenter tantum* como acontece no controle difuso, sendo evocado por meio de ação direta que incidem

também de forma geral e abstrata, diversamente do controle difuso onde ocorre os efeitos limitam-se entre as partes.

O último, de qualidade incidental, concreta, e podendo ser realizado por qualquer tribunal por via de exceção, possui efeito, em regra, apenas entre as partes e de natureza *ex tunc*, podendo tornar-se *ex nunc* com a ampliação *erga omnes* de seus efeitos pelo Senado.

Embora o instrumento de controle de constitucionalidade já esteja consolidado como instituto de insofismável importância, algumas controvérsias ainda remanescem acerca de alguns aspectos deste instituto, como a que diz respeito à restrição (modulação) de seus efeitos, objeto de constantes elucubrações doutrinárias acerca de sua legitimidade e aplicabilidade.

A propósito, a modulação dos efeitos da decisão acerca da constitucionalidade das normas era historicamente utilizada apenas no controle concentrado e em virtude do advento da Lei 9.868, de 1999, essa questão foi, enfim, positivada.

O artigo 27 da referida lei estabeleceu que ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Entretanto, a mencionada lei nada dispôs sobre sua aplicação no controle difuso.

Outrossim, julgados – inclusive providas da Suprema Corte – vêm analogicamente abrangendo a modulação ao controle difuso, tomando como argumentos a corriqueira discricionariedade com que Pretório Excelso a realiza com vistas à consecução do interesse público e a ponderação de valores e princípios constitucionais, aspecto que torna imperiosa e necessária modulação também no controle concreto.

## 2. OS EFEITOS DAS DECISÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dois sistemas de controle de constitucionalidade são definidos primeiramente pela eficácia de suas decisões.

No controle concentrado – abstrato ou por via de ação – a declaração de inconstitucionalidade tem efeito *vinculante* e eficácia *erga omnes*, visando justamente a retirar do plano concreto todos os efeitos normativos da norma impugnada, fulminando-a por completo no momento, ao declarar ter a mesma sempre carregado consigo a eiva da inconstitucionalidade.

Observa-se, então, um preceito normativo cujo vício vigora desde seu surgimento, dando-lhe a alçada de ato ou lei *inexistente* frente ao ordenamento jurídico e, por conseguinte, sendo impossível a propagação de efeitos, eis que também não existem, fato que fundamenta a retroatividade da decisão quanto a estes.

A questão da inexistência dos atos jurídicos ganha relevo nos estudos introdutórios à Ciência do Direito, sendo tranquilamente possível fazer um paralelo dos atos inexistentes aos atos objeto de declaração de inconstitucionalidade por via direta e, até mesmo, pela via indireta. Miguel Reale (2006, pg. 71-72) a coloca do lado da nulidade e da anulabilidade dos atos<sup>1</sup>.

Nesta mesma linha preceitua o professor Ivo Dantas:

Assim, identificando a natureza de *ato inexistente*, a decisão será *declarativa*, com efeitos retroativos à data em que se deu a elaboração da Lei – efeitos *extunc*. É como se nunca tivesse existido a lei (ou ato), por lhe faltar o elemento constitutivo a que denominados de *adequabilidade ou obediência* à Constituição,

---

<sup>1</sup> “De grande relevo é a distinção entre *atos nulos, anuláveis e inexistentes*. Os primeiros são atos que carecem de validade formal ou vigência, por padecerem de um vício insanável que os compromete irremediavelmente, dada a preterição ou a violação de exigências que a lei declara essenciais.

Anuláveis, ao contrário, são aqueles que se constituem com desobediência a certos requisitos legais que não atingem a substância do ato, mas sim a sua eficácia, tornando-os inaptos a produzir os efeitos que normalmente lhes deveriam corresponder. Daí, dizer-se, com terminologia a ser empregada com o devido critério, que os atos nulos estão eivados de *nulidade absoluta*, enquanto que os anuláveis padecem de *nulidade relativa*. O certo é que os segundos podem ser sanados ou ratificados, através de processos que variam segundo a natureza da matéria disciplinada. É a propósito deste assunto que a teoria geral da nulidade dos atos jurídicos está passando por uma revisão crítica, à luz da qual, - em virtude do predomínio do interesse público -, nem sempre se aplicam no plano do Direito Administrativo os critérios tradicionalmente seguidos no campo do Direito Privado.

Vejam agora, como se conceituam os *atos jurídicos inexistentes*, cuja existência é contestada, a nosso ver, sem razão por diversos autores que, pura e simplesmente, os equiparam aos atos nulos, ou os repelem como elementos estranhos ao Direito.

Mas como há necessidade de repelir eventuais pretensões fundadas em situações resultantes de atos juridicamente embrionários, não se pode confundir a *inexistência*, - que é um vício antes natural ou fático, devido à falta de elementos constitutivos, - com a *nulidade*, que resulta da não-correspondência dos elementos existentes com as exigências prefiguradas em lei. O ato inexistente, na realidade, carece de algum elemento constitutivo, permanecendo juridicamente embrionário, ainda em formação, devendo ser declarada a sua *não-significação jurídica*, se alguém o invocar como base de uma pretensão. Os atos nulos ou anuláveis, ao contrário, já reúnem todos os elementos constitutivos, mas de maneira aparente ou inidônea a produzir efeitos válidos, em virtude de vícios inerentes a um ou mais de seus elementos constitutivos.

(...)

Recorrendo, com as devidas cautelas, a uma imagem de tipo físico, diríamos que os atos nulos já entraram nos domínios do Direito e dele devem ser expulsos, pelos vícios de que padecem. Acontece que alguns deles (os anuláveis ou relativamente nulos) podem ser recuperados e restituídos à saúde jurídica, enquanto que outros, os eivados de nulidade absoluta, sofrem de mal irremediável.

Já os atos inexistentes não chegam a ingressar no mundo jurídico, mas lhes batem às portas com pretensão de entrar. Mister é que sejam repelidos: é essa a intencionalidade de ingresso, não obstante a carência de elementos formadores, que lhes dá uma *qualificação jurídica reflexa ou negativa*, para que sejam **cerceados os efeitos pretendidos**”

quer quanto ao aspecto material, quer quanto ao aspecto formal. (DANTAS, 2001, p. 170).

Portanto, é cediço que a nulidade de uma lei, além de representar uma inexistência total do preceito normativo, que fora concebido aparentemente no seio do ordenamento jurídico, mas nunca tomou forma de lei por nele estar ausente pressupostos elementares para que lhe fosse concebida a existência, pode provir justamente da inobservância tanto de procedimento referente ao rito formal de sua elaboração (inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica) quanto do aspecto material à Lei Maior, indo de encontro aos seus princípios regentes, representando este último aspecto o respeito ao princípio da supremacia das normas constitucionais (inconstitucionalidade material ou nomoestática). Nesse sentido leciona o José Afonso da Silva:

As normas da ordem jurídica, consoante temos visto, fundamentam sua validade na constituição (no Brasil, Constituição Federal), sob dois aspectos: a) *formalmente*, enquanto devem ser formadas por autoridades criadas de acordo com ela, dentro da esfera de competência e conforme o procedimento por ela estabelecido; b) *materialmente*, enquanto o conteúdo de tais normas deve ajustar-se aos preceitos da constituição. Nisso se manifesta o princípio da supremacia das normas constitucionais na ordem jurídica nacional – *de todas as normas constitucionais*, devemos frisar bem -, e isso é o primeiro sinal de sua eficácia, quer em relação às normas que lhe concebem, quer quanto às que lhe seguem. (SILVA. 2007. p. 216)

Também discorrendo acerca do princípio da supremacia constitucional no controle de constitucionalidade, preceitua Ricardo Haro:

*Este princípio de la supremacia se erige así en una de las garantías más importantes del sistema constitucional, garantía substancial que requiere lógicamente de otras garantías formales o procesales que em última instancia configuran la revisión o el control judicial de los que asegure su plena vigencia y respeto, primordialmente por parte de los órganos estatales, sin perjuicio de vedar también comportamientos individuales y sociales que puedan violar dicha supremacia, porque, como bien señala Esteban Echeverría, “em torno de la Constitución las normas gravitan como los astros en torno AL Sol”.* (HARO, 2003, p. 470).

Pode-se concluir, portanto, que a validade está simultaneamente na vigência – ou obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos –, na eficácia – efetiva correspondência dos

comportamentos sociais ao seu conteúdo – e no fundamento, consubstanciado em valores capazes de legitimar a experiência jurídica numa sociedade de homens livres. (REALE, 2005, p.116).

Tomando por base as conclusões de Miguel Reale e de José Afonso da Silva, forçoso é reconhecer a existência de duas subespécies de controles, a saber, o formal e o material.

Nas palavras de Paulo Bonavides (2007, p. 297), o controle formal é, por excelência, um controle *estritamente jurídico*, conferindo ao órgão ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se o legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado.

Ainda sob os ensinamentos do Prof. Paulo Bonavides (2007, p. 290-299), o controle material, por sua vez, é definido um como controle que possui elevado teor de *politicidade*, dado que incide diretamente sobre o conteúdo da norma, descendo ao fundo da lei, outorgando a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, buscando acomodá-la nos cânones da Constituição.

Uma vez desrespeitados tais pressupostos, a lei é dada como nula, como inexistente<sup>2</sup> e, conseqüentemente, também os seus efeitos, fato de extrema controvérsia, vez que dá ensejo ao confronto de princípios constitucionais, como veremos adiante.

No controle difuso – controle no qual também se aplicam as explicações acima elaboradas no que concerne aos requisitos formais e materiais que devem estar ínsitos às normas, por sua vez, a declaração de constitucionalidade possui efeitos *inter partes* e eficácia predominantemente *ex*

---

<sup>2</sup> A teoria da inexistência de um ato ou lei constitucional ganha relevo nos ensinamentos do constitucionalista Francisco Campos, tendo excerto de sua obra *Direito Constitucional* reproduzido à folha 53 pelo Prof. José Afonso da Silva em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Eis o texto: “um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei aparente, pois que, de fato, ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido”. Nesse diapasão, Ivo Dantas reproduz também trecho da mesma obra, às folhas 158-159 no livro *O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*, coroadando a vultosa contribuição ao campo doutrinária ofertada por Francisco Campos, onde, questionando a teoria da aparência da norma inconstitucional, afirma: “a operação do juiz se resume a examinar se o ato que tem aparência de lei é, de fato, uma lei. Se o ato em questão viola alguma cláusula constitucional, o Poder Judiciário deixa de aplicá-lo à espécie, não porque exista uma lei superior à argüida inconstitucional, mas porque esta, embora revestida de aparência de lei, não o é, em substância, e como tal não pode ser aplicada. O caso, pois, se resolverá perante os tribunais como se, na espécie, lei ordinária não houvesse. A doutrina segundo a qual a chamada lei inconstitucional deixa de ser aplicada pelo princípio de que existe uma lei, a Constituição, que lhe é superior e que o inferior deve ceder diante do superior, é, de todo, inexacta, pois que não pode haver hierarquia entre o que é lei e o que o não é, entre realidade e a aparência, entre o que existe e o que não existe” – conclui.

*tunc*. Pode ocorrer, no entanto, a aplicação dos efeitos de modo *ex nunc*, decorrentes da relativização da norma constitucional mediante resolução do Senado Federal.

Na declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, por via de exceção ou em caráter *incidenter tantum*, a matéria de constitucionalidade, ou não, da lei é discutida como prejudicial em uma ação judicial comum.

No caso, a arguição de inconstitucionalidade tem natureza prejudicial, ensejando um procedimento incidental “que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade”. (SILVA, 2008, ps.53-54).

## 2.1 Efeitos prospectivos

Há ainda a possibilidade de aplicação dos chamados “efeitos prospectivos” – *pro futuro*, ou ainda, a modulação dos efeitos das decisões, na qual se estabelece uma data específica para que determinada decisão passe a surtir efeito.

O art. 27 da Lei nº 9.868/99 confere a possibilidade de aplicação de efeitos prospectivos pelo STF, por maioria de dois terços de seus membros, embasado, sobretudo, na segurança jurídica ou no excepcional interesse social encontrado na decisão atinente às ações direta de inconstitucionalidade. Preceitua este dispositivo:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Veja-se que o afastamento da nulidade que geralmente decorre da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado só ocorrerá quando demonstrado que isso traria danos à segurança jurídica ou a algum outro valor constitucional diretamente vinculado ao interesse social.

Por isso o procedimento adotado de um quórum especial, de dois terços dos votos, garantindo uma maior restrição na utilização da modulação dos efeitos da decisão.

Nesse mesmo diapasão, submetem-se também as súmulas vinculantes aos efeitos da modulação, igualmente por decisão de dois terços de seus membros, de acordo o art. 4º da Lei nº 11.417/2006, que reproduz o procedimento e as razões da modulação na ADI quando atesta que a súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, novamente por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Da mesma forma, verifica-se a possibilidade de modulação quando da análise de normas por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme art. 11 da Lei nº 9.882/99.

Observe-se, todavia, que em todos os exemplos apresentados o instituto da modulação parece ser aplicado somente ao controle concentrado de constitucionalidade.

Relevantes observações doutrinárias tiveram como objeto a constitucionalidade do artigo 27 da referida lei, vez que coloca em cotejo dois princípios de grande envergadura de nossa ordem constitucional: o princípio da segurança jurídica e o princípio da supremacia constitucional.

A flexibilização da nulidade na norma, consubstanciada, sobretudo, no argumento de ser necessária para que se respeite a segurança jurídica das relações já estáveis e formadas através do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, constitui-se na motriz fundamentadora do referido preceito legal, com vistas a salvaguardar a questão da segurança jurídica uma vez que restaria lesada com a abrupta interrupção dos efeitos da norma declarada inconstitucional.

### 3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Colocando em polvorosa os ânimos da comunidade jurídica nacional, o Supremo Tribunal Federal passou a modular os efeitos das decisões que lhe são submetidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Para tanto, fundamentou esta inovação na ordem jurídica na necessidade de garantir a segurança jurídica diante das cambiantes jurisprudências dos DEMAIS Tribunais, bem como nas prescrições infraconstitucionais concernentes à modulação dos efeitos temporais no

controle concentrado, que teriam aplicação analógica em decisões judiciais em sede de controle difuso (como, por exemplo, o artigo 27, da Lei 9.868/1999, que regula as ADI).

Para o STF, as disposições legais atinentes à modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade não excluiriam sua aplicação àqueles procedimentos de controle difuso que viessem a ser submetidos ao tribunal pelas vias processuais comuns.

Salientou-se que, ao exercer um múnus de matiz político, o STF passaria a gozar de considerável margem de discricionariedade justamente para que possa materializar em seus julgados o princípio da supremacia constitucional, na ponderação realizada no bojo da modulação de valores e princípios albergados na própria Lei Maior, na redução dos impactos econômicos e sociais advindos destas decisões caso não sejam moduladas e também no fato de, embora a matéria se refira a processos subjetivos, a decisão resultante das discussões do Plenário na prática surtem efeitos *erga omnes*, gerais, abstratos e vinculantes aos cidadãos e à administração pública em todas as suas esferas.

Veja-se que pela teoria tradicional quantos aos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão que a declara produz efeitos *inter partes* e não vinculantes.

Após declarar a inconstitucionalidade de uma lei em controle difuso, o STF deveria comunicar essa decisão ao Senado e este poderia suspender a execução, no todo ou em parte, da lei viciada.

Nas ocasiões mais recentes, evoluindo em relação ao entendimento tradicional, o STF entendeu, inclusive, que teria havido mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal.

Adotou, assim, a teoria da abstrativização do controle difuso, de modo que se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e vinculante, de modo que o tribunal apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido (STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017).

Na decisão, o STF defendeu que a fim de evitar fragmentação da unidade de seus entendimentos e manifestações quanto à Constituição, deveria ser atribuído à decisão proferida em sede de controle incidental (difuso) a mesma eficácia da decisão tomada em sede de controle abstrato.

Segundo o tribunal, tal conclusão seria reforçada pelo § 5º do art. 535 do CPC/2015<sup>3</sup>, que reconhece efeitos extraprocessuais às declarações de inconstitucionalidade em controle difuso do STF.

A ideia expressada pelos ministros é a de que o STF está firmando posição no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo em si, mas a própria matéria que nele contida.

Como se percebe, o STF se aproxima à teoria da transcendência dos motivos determinantes (pela qual, além do dispositivo, os motivos determinantes – *ratio decidendi* – da decisão também seriam vinculantes).

Entretanto, não se pode afirmar categoricamente que esta passou a ser adotada pelo Tribunal, eis que não houve manifestação em tal sentido.

#### 4. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE CONSTITUCIONALIDADE COMO GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como visto até este ponto, a modulação de efeitos tipicamente aplicável ao controle concentrado de constitucionalidade passou a ser adotada também no controle difuso. Resta analisar se existem e, em caso positivo, quais seriam as balizas para guiar a verificação da necessidade e da pertinência da adoção de tal técnica.

Em recente alteração, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro recebeu novos artigos, dentre os quais destacam-se o 21 e 24, que indicam elementos de análise que devem ser levados em consideração nas esferas administrativa, controladora ou judicial.

---

<sup>3</sup> Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Pelo art. 21, a decisão de tais esferas que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Já pelo art. 24, a revisão quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado deverá ter em conta as orientações gerais da época em que editado, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Tais dispositivos indicam que há, dentro do sistema jurídico brasileiro, elevada preocupação com os efeitos práticas das decisões emanadas do Poder Público como um todo.

No proceder do controle de constitucionalidade, deve ser realizada uma valoração das consequências que podem vir a surgir daquela decisão, seja ela negativa ou positiva, levando em conta, quando exercido o controle difuso, as peculiaridades do caso concreto ou, quando exercido o controle abstrato/concentrado, a situação hipotética e seus efeitos práticos.

Tal agir é, na verdade, representa a aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade. Gregório Assagra (2007. p. 734-736), citando Wilson Antônio Steinmetz, esmiúça tal princípio, demonstrando que este se subdivide. Vejamos:

Wilson Antonio Steinmetz apresenta essas dimensões do princípio da proporcionalidade: 1) *princípio da adequação* (da *idoneidade ou da conformidade*), que se destina a aferir se o meio empregado possibilita a finalidade desejada; 2) *princípio da exigibilidade* (da *necessidade ou da indispensabilidade* – também conhecido como princípio da *menor ingerência possível* ou da *intervenção mínima*), pelo qual é aferida a necessidade da medida e da lei, a fim de saber se não existe ou existiria outro meio menos prejudicial; 3) *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* (ou *máxima do sopesamento ou técnica de ponderação*), que impõe o sopesamento entre os bens ou direitos em situação de colisão.

Mais adiante continua, em pensamento próprio, com os seguintes dizeres:

A aplicação desses princípios merece uma sequência lógica. Assim, se de plano já se puder aferir que a medida ou a norma questionada não é adequada, o aplicador do direito esta autorizado a concluir desde já pela sua desproporcionalidade com todas as consequências derivantes (inconstitucionalidade, ilegalidade, invalidade, inexistência, improcedência, etc.), sem a necessidade de submetê-la ao crivo dos outros dois subprincípios da proporcionalidade: exigibilidade e sopesamento.

Por fim, arremata:

Entendemos que o *princípio da razoabilidade*, não obstante tenha se desenvolvido em espaço diverso do princípio *da proporcionalidade*, a este se identifica, de sorte que *razoabilidade* e *sopesamento* encerrariam basicamente as mesmas idéias.

Apesar das distinções teóricas e históricas dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é certo que, diante da colisão preceitos constitucionais, deve haver aplicação simultânea deles para balizar a aplicação da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permitindo verificar se a técnica é adequada, necessária e proporcional à satisfação da supremacia da Constituição.

Pode-se afirmar que o postulado normativo da razoabilidade só se torna aplicável com a avaliação das sutilezas e especificidades que apresenta aquele caso (concreto ou não), numa relação entre critério e medida.

O postulado da razoabilidade, à diferença do da proporcionalidade, que estabelece liame entre meio e fim, pressupõe dever de equiparação ou de congruência na relação jurídica entre a medida adotada e o critério que o dimensiona.

Neste sentido, o Prof. Humberto Ávila, ao tratar dos postulados aplicativos normativos, que colimam estruturar a aplicação de outras normas, princípios e regras, define que:

A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. (Ávila, 2004, p. 110).

Para reconhecer a razoabilidade no controle de constitucionalidade, exigir-se-ia uma análise do ato discutido, perscrutando-se a “normalidade” daquele ato – se tal ato pode ser considerado completamente aceitável e dentro do mais absoluto padrão de normalidade jurídica, o que configura a análise da conformidade constitucional.

E mais, é no momento da análise da necessidade e da fixação da eficácia temporal da modulação dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade que o princípio da razoabilidade ganha relevo, pois neste ponto deve-se atentar ao máximo ao binômio critério-medida

Não se verificando, *in casu*, critério objetivo para justificar a ingerência jurisdicional naquele ato normativo, ou seja, ausência de razoabilidade no pedido da ação que visa o controle de constitucionalidade, ou mesmo uma desnecessidade, na prática, de se proceder à modulação, não pode ser aceito como legítimo tal controle, devendo, inclusive, haver meio hábil à impugnação da modulação, desde que esta não atenda a seus fins.

A aplicação do princípio da razoabilidade, especialmente no momento da modulação dos efeitos, se apresenta como garantidor de outro princípio, o da segurança jurídica.

Não está aqui a se defender aplicação desregrada de teorias como a do “fato consumado”, tanto é que se pugna pela aplicação da razoabilidade.

A modulação dos efeitos tem grande poder, que, se usado de modo arbitrário pode causar desestabilidade descomunal em um ordenamento jurídico.

O STF já apresentou decisão pela modulação dos efeitos, baseando-se diretamente na manutenção da segurança jurídica, realizando ainda análise da razoabilidade da medida. Vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.
2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.
3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.

4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.

5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).

6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).

7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004) (grifos acrescidos)

Percebe-se, pois a presença do princípio da proporcionalidade, em sua subdivisão razoabilidade, no devido processo de controle de constitucionalidade, especialmente quanto à modulação dos efeitos, por se tratar da mais pura análise de medida e efeito, que deve tomar como base o conflito que pode ocorrer entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da supremacia constitucional.

## 5. CONCLUSÃO

Após exposição das considerações acima, atingimos as ideias expostas a seguir.

A principal diferença entre as formas de controle de constitucionalidade consiste no fato de que o controle difuso é incidental e concreto, sendo alcançado em qualquer tribunal através

da via de exceção. Seus efeitos são *inter partes* e de natureza *ex tunc*, podendo tornar-se *ex nunc* com a ampliação *erga omnes* de seus efeitos pelo Senado Federal.

Já o controle constitucional concentrado é competência unicamente do Supremo Tribunal Federal, sendo abstrato, atacando a norma em si e sua eficácia, e, diferentemente do controle difuso não possui caráter *incidenter tantum*. Exige ação direta como maneira de evocação e possui efeito *erga omnes*, tornando nulo o ato inconstitucional e todas as consequências dele ocasionadas.

Apesar das características atinentes a cada forma de controle constitucional, o STF tem assegurado, pela Lei 9.868/99, art. 27, a possibilidade de adiar a vigência dos efeitos oriundos da declaração de inconstitucionalidade de determinada Lei. Esses efeitos, intitulados prospectivos, são discricionários ao Supremo Tribunal Federal, e para tal baseiam-se na manutenção da *segurança jurídica* e no *interesse social* como justificativa. Em outras palavras, busca-se que a decisão pela inconstitucionalidade da lei ora concebida pelo ordenamento jurídico não afete sua principal beneficiária - a Sociedade - de maneira desprevenida e prejudicial.

*A priori*, o controle concentrado seria possuidor dos efeitos prospectivos, mas julgado de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski o estendeu também ao controle difuso, almejando, como anteriormente exposto, o benefício geral da Sociedade, mantendo, quando concluído necessário, a preservação de relações jurídicas sem o pronunciamento do Senado Federal.

Uma vez detentor desta prerrogativa, cabe ao Supremo Tribunal Federal agir com parcimônia e sempre em observância do princípio da razoabilidade, devendo modular os efeitos do controle de constitucionalidade apenas quando estes garantirem a segurança jurídica das relações jurídicas preexistentes. Isto em virtude da força política do STF, cujas decisões afetarão toda a sociedade brasileira, e possuem como missão maior guardar a Carta Magna.

Apesar da inevitável politização de suas ações (que repercutem em todas as camadas sociais desta nação) e de velarem pelas Leis que são concebidas pelos representantes do Povo eleitos, os ministros do STF são ainda unicamente agentes jurídicos, devendo sempre ser imparciais e evitar a politização da Justiça por eles concebida.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HARO, Ricardo, **La razonabilidad y las funciones de control**. in *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, São Paulo: Malheiros, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. Saraiva, São Paulo, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009

## A INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO PARA ESTATAIS: CONTRATAÇÃO COM BASE NO ART. 28, § 3º DA LEI Nº 13.303/2016

**Elaine Cristina de Moraes Capelari**

*Mestra em Direitos da Personalidade pela Unicesumar – Maringá. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina, em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus e em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Advogada. Coordenadora de Compliance da Companhia de Tecnologia e Desenvolvimento S.A. e advogada da Sercomtel Iluminação S.A. (ambas S.E.M. do Município de Londrina).*

**George Moraes de Oliveira**

*Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduado com título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Damásio de Direito e Faculdade IBMEC. Advogado das empresas estatais Companhia de Tecnologia e Desenvolvimento S.A. e Sercomtel Iluminação S.A. (ambas S.E.M. do Município de Londrina).*

**Rogério Donizete da Silva**

*Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Damásio de Direito e Faculdade IBMEC. Pós-graduando em Direito Digital e Compliance pelo Instituto Damásio de Direito e Faculdade IBMEC. Gerente da Área Jurídica da Companhia de Tecnologia e Desenvolvimento S.A. e advogado da Sercomtel Iluminação S.A. (ambas S.E.M. do Município de Londrina).*

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a inovação legislativa na seara de licitações em estatais instituída pela Lei nº 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais. O estudo discorrerá sobre as hipóteses de não incidência das regras licitatórias – também nominadas de inaplicabilidade de licitação – contidas no art. 28, §3º, incisos I e II, da referida lei, que contemplam situações como a comercialização de produtos, a prestação de serviços e a realização de parcerias empresariais. Tal previsão legislativa tem o condão de tornar as empresas públicas e sociedades de economia mistas mais competitivas, propiciando-lhes atuarem no mercado em igualdade de condições com as empresas da iniciativa privada. Para tanto, foram utilizados na realização desta pesquisa o método jurídico-teórico e o raciocínio dedutivo, com a técnica de pesquisa bibliográfica. Ao final deste estudo, foi possível concluir que a inovação legislativa concretizou a previsão do artigo 173, §1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, possibilitando às estatais atuarem com maior flexibilidade em algumas

hipóteses de contratações e, por conseguinte, serem mais eficientes no ambiente empresarial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei das Estatais; Licitação; Inovação Legislativa; Inaplicabilidade de Licitação.

**ABSTRACT:** This article seeks to analyze Brazilian legislative innovation in public bidding, came out from the Brazilian Act n.º 13,303/2016 – also known as the State-Owned Company Act. The study will discuss the hypotheses of non-application of the bidding rules – also called non-applicability of bidding process – set out in section 28, paragraph 3, subsections I and II, of the aforementioned Act, which contemplated situations such as sale of products, provision of services and business partnerships. These legislative provisions have the ability to provide government-owned companies and mixed-capital companies a more competitive performance, enable them to operate in the market on an equal basis with private sector companies. In this research, it was used the legal-theoretical method and deductive reasoning, through the bibliographic research technique as instruments of analyze. At the end of this study, it was possible to conclude that the legislative innovation materialized the provision of section 173, paragraph 1, subsection III of the 1988 Brazilian Federal Constitution, allowing the state-owned companies to act with greater flexibility in some cases of hiring and, therefore, be more efficient in its performance in the business environment.

**KEYWORDS:** The State-Owned Company Act; Bidding; Legislative Innovation; Bidding Non-applicability.

## 1. INTRODUÇÃO

Tomando por premissa que a Lei nº 13.303/2016 é a lei de regência das estatais e que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, verifica-se que estas não estão mais submetidas aos ditames da Lei 8.666/1993, possuindo um regramento próprio para licitações e contratações, disposto no art. 28 e seguintes da Lei nº 13.303/2016.

Para as estatais a regra é a realização de procedimento licitatório nas contratações, em cumprimento ao mandamento constitucional estampado no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988. A inovação introduzida no arcabouço normativo atinente à licitação pela Lei das Estatais consiste no afastamento da regra geral de licitar nas contratações necessárias ao desempenho comercial das empresas públicas e sociedades economia mista que estão no mercado, tais como: a) as contratações relacionadas à comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços, ou obras especificamente relacionados com os seus objetos sociais, a fim de que a estatal não

atue em desvantagem em relação às demais sociedades empresárias presentes no mercado; b) parcerias comerciais nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Assim, é de suma relevância o estudo das hipóteses de inobservância da regra geral de licitar descritas no art. 28, § 3º, incisos I e II da Lei das Estatais, nominadas pela doutrina como inaplicabilidade de licitação, que embora fixem que as empresas públicas e sociedades de economia mista estejam dispensadas do processo licitatório pelo motivo supramencionado, os gestores públicos devem atentar-se para a lisura e transparência nas contratações advindas desta previsão legislativa, como se vê a seguir.

## 2. A INOVAÇÃO LEGISLATIVA CONTIDA NO ART. 28, § 3º DA LEI Nº 13.303/2016

A Lei nº 13.303/2016 trouxe regras específicas para as contratações envolvendo as atividades finalísticas das empresas estatais, as quais, conforme art. 28, § 3º, estão dispensadas de observar as prescrições constantes do Título II, Capítulo I. Trata-se de situações envolvendo a inaplicabilidade do regime ordinário de contratação.

Bernardo Strobel Guimarães<sup>1</sup> ao comentar o art. 28, §3º da Lei nº 13.303/2016 ensina que o dispositivo legal introduz dois fundamentos que autorizam a contratação sem realização de licitação: as atividades afeitas à implementação do objeto social e as assim chamadas “oportunidades de negócios”. Além disso, afirma que a atenuação do dever de licitar não implica a inobservância dos Princípios da Administração e da implementação de mecanismos de governança para fiscalização:

Contudo, a inovação substancial da lei não reside propriamente no espaço reservado à incidência das normas de licitação. A revolução está, precisamente, naquilo que a Lei das Estatais ressaltou como sendo sujeito ao regime da contratação direta nos termos do art. 28. Como indicam as normas do §3º, dois fundamentos autorizam a contratação sem realização de licitação: as atividades afeitas à implementação do objeto social e as assim chamadas “oportunidades de negócios”. Em ambos os casos, reconheceu-se legislativamente que não cabe o procedimento licitatório por se estar diante de atividades que dizem respeito à própria atuação empresarial traçada. Nesta linha, flexibilizou-se o pressuposto de que o dever de licitar é monolítico e se reconheceu, em aderência com a Constituição, que o regime

---

<sup>1</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; GIUBLIN, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 170-171.

de contratação das estatais deve lhes permitir atuar em regime análogo ao privado, o que atenua o cumprimento dos ritos das licitações, mas não a necessidade de se cumprirem os Princípios da Administração.

Assim, na mesma perspectiva em que a lei veio estipular um substancial reforço da autonomia das estatais, que passam a ser sujeitas a uma gestão profissional tributária de preceitos de governança, veio também permitir uma maior liberdade para estas empresas atuarem em regime análogo ao privado. Como consignado acima, a Lei das Estatais só pode ser compreendida na perspectiva de verdadeira revolução pretendida pelo legislador no que tange ao regime das estatais, orientada pela institucionalização de regras de governança.

Pode-se identificar no artigo 28 da Lei nº 13.303/2016 diferentes situações de não observância das regras licitatórias. Obviamente, essas hipóteses não permitem o afastamento integral de preceitos de direito público. Para o advogado da união, Ronny Torres, a estatal, certamente, mesmo quando afaste a incidência das regras licitatórias relacionadas à fase interna ou à fase externa, estará impedida a estabelecer procedimentos de controle, mesmo que *a posteriori*, com vistas a resguardar o erário e a demonstrar o respeito a princípios como a moralidade, a isonomia e a economicidade<sup>2</sup>.

Assim, além de hipóteses de dispensa e de inexigibilidade, a Lei nº 13.303/2016 expandiu o rol de exceções à obrigatoriedade de licitar, as quais, por questões didáticas, foi classificada em uma terceira espécie, denominada “não observância das regras licitatórias”<sup>3</sup> ou inaplicabilidade de licitação. Utilizando ainda outra denominação (exclusão de licitação), vale destacar o entendimento de Maria Sylvania Zanella de Pietro<sup>4</sup> sobre a questão em tela:

Exclusão de licitação: empresas públicas e sociedades de economia mista nos casos de: I – comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com respectivos objetos sociais; II – quando a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares vinculada a oportunidades de negócio jurídico definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo (art. 28, § 3º).

A inaplicabilidade consiste em uma figura criada pela Lei 13.303/ 2016 especificamente para as empresas estatais. Significa que, para determinada situação, não incidem as regras de licitação. A empresa está “dispensada” de adotar qualquer processo licitatório, mesmo o

---

<sup>2</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de Torres; BARCELOS, Dawidson. **Da não observância das regras licitatórias na nova lei das estatais (Lei 13.303/2016)**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/61192/danao-observancia-das-regras-licitatorias-na-nova-lei-das-estatais-lei-13-303-2016> >. Acesso em 06 de mai. 2020.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1100-1101 do e-book.

procedimento formal prévio, muito embora seja altamente recomendável a realização de um procedimento interno de tomada de decisão para fins de registro<sup>5</sup>.

Embora a disciplina constitucional da edição de um estatuto das estatais estivesse prevista para as estatais definidas no art. 173, ou seja, para as estatais exploradoras direta de atividade econômica, constata-se que o legislador ordinário acabou por estender a novel disciplina às prestadoras de serviço público, previstas no art. 175 da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup>.

A professora Fernanda Marinella<sup>7</sup> aduz que este posicionamento pela inaplicabilidade de licitação, em que o legislador estendeu para empresas estatais tanto atuantes em atividade econômica quanto às prestadoras de serviços públicos, ainda é frágil e muitas construções devem ser feitas para efetivamente se fechar essa orientação, a saber:

Considerando que elas estão inseridas na iniciativa privada, o objetivo é que possam competir em condições de igualdade com as demais empresas, assim, esperava-se uma flexibilização para as licitações, diferenciando-as das prestadoras de serviços públicos.

Ocorre que o novo diploma legal incluiu expressamente as empresas prestadoras de serviços públicos não somente no regime geral do Estatuto, mas especificamente no Título II (art. 28 e seguintes), que dispõe sobre regras de licitações e contratos, equiparando-as independentemente da finalidade adotada.

Dessa forma, hoje prevalece a orientação de que a Lei n. 13.303/2016, o Estatuto das Estatais, deve ser aplicada a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, independentemente de sua finalidade, não cumprindo sua missão de facilitar a vida das empresas exploradoras da atividade econômica. Tal posicionamento ainda é bastante frágil, muitas construções devem ser feitas para efetivamente se fechar essa orientação.

Portanto, agora, por disposição legal expressa, as empresas estatais que exploram atividades econômicas de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços deixam de se submeter ao processo licitatório para determinadas contratações.

Assim sendo, vale discorrer sobre cada uma das hipóteses contidas no art. 28, §3º da Lei nº 13.303/2016.

---

<sup>5</sup> NESTER, Alexander Wagner. **Inaplicabilidade de licitação nas empresas estatais. A hipótese do Art. 28, § 3º, da Lei 13.303.** Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inaplicabilidade-de-licitacao-nas-empresas-estatais-17082017> >. Acesso em 06 de mai. 2020.

<sup>6</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista.** 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 152 do e-book.

<sup>7</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo.** 12. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 208.

### 3. DA HIPÓTESE DO ART. 28, §3º, INCISO I DA LEI Nº 13.303/2016

A hipótese de inaplicabilidade de licitação, prevista no art. 28, § 3º, inc. I, da Lei 13.303/2016<sup>8</sup>, coincide com as contratações relacionadas com o objeto social da empresa estatal. Mais especificamente: as contratações para comercialização, prestação ou execução (de forma direta) de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com o objeto social da empresa.

Antes mesmo da edição da Lei das Estatais, a doutrina majoritária já entendia que empresas públicas e sociedades de economia mista que desempenham atividade econômica somente são obrigadas a licitar as contratações que envolvam os objetos-meios dessas entidades, ficando as atividades fins submetidas às regras comerciais comuns. Incorporando a lição doutrinária, a Lei 13.303/2016 deixou consignado expressamente que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão dispensadas de realizar licitação para comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais, art. 28, § 3º, Iº.

Nesse sentido, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>10</sup>, ao analisar o disposto no art. 173, §3º, II, da Constituição, entende que a Lei das Estatais teria a possibilidade de flexibilizar as regras de licitação para as empresas públicas e sociedades de economia mista desenvolvedoras de atividade econômica, mas não o fez:

Com base nesse dispositivo, o estatuto jurídico baixado por meio da Lei nº 13.303/16 poderia ter instituído procedimento simplificado para as empresas estatais que atuam no domínio econômico, para torná-lo mais compatível com as atividades que exercem em regime de concorrência com a iniciativa privada.

---

<sup>8</sup> Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

[...]

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

<sup>9</sup> ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 819.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pág. 1023-1024.

No entanto, lamentavelmente, não foi esse o caminho adotado pelo legislador. Este preferiu, por meio da Lei nº 13.303/16, instituir um regime em que se combinam normas da Lei nº 8.666, de 21-6-93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), da Lei nº 12.462, de 4-8-11 (Lei do RDC), da Lei nº 10.520, de 17-7-02 (Lei do Pregão), da Lei nº 8.987, de 13-2-95 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos) e da Lei nº 11.079, de 30-12-04. Repetiu conceitos legais, regras e institutos que já estão consolidados no direito positivo, criando mais uma lei de licitações, ao lado de tantas outras já existentes, dificultando o trabalho dos que atuam na área, inclusive dos órgãos de controle.

Semelhantemente, José dos Santos Carvalho Filho<sup>11</sup> entende que o objeto apontado pelo art. 28, §3º, inciso I, da Lei das Estatais é incompatível com a licitação, denominando a inaplicabilidade como “dispensas específicas”:

Um deles é o que se refere à comercialização, prestação ou execução direta pelas entidades, “*de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais*” (art. 28, § 3º, I). Realmente são situações incompatíveis com a licitação. É a hipótese, por exemplo, em que uma empresa pública de assessoria ambiental contrata com pessoa física ou jurídica para a prestação desse exato serviço. Ou aquela em que uma sociedade de economia mista comercializa produtos que constituem objeto de sua atividade econômica (a venda de bens e produtos).

Isso indica que o autor não viu mudanças ou aberturas para flexibilização no que diz respeito à contratação pelas empresas estatais, pois o entendimento anterior à publicação da Lei 13.303/2016 já contemplava a possibilidade de comercialização dos bens e serviços das estatais sem a necessidade de licitação pelos mesmos fundamentos.

A despeito desse posicionamento mais conservador, parte dos estudiosos do Direito Administrativo entende que a interpretação dos dispositivos inseridos no art. 28, §3º, I e II, da Lei das Estatais, deve romper com o sistema anterior e que a finalidade da lei é dar mais agilidade para às sociedades de economia mista e às empresas públicas para viabilizar sua atuação no mercado com melhores chances de competir com as demais empresas do setor em que atua.

Posto isso, ao analisar o disposto no texto legal ora estudado, Alexandre Nester<sup>12</sup> pontua que a licitação é incompatível com o ambiente de mercado. E, em síntese, afirma que as especificidades do processo licitatório tornam as contratações mais burocráticas e lentas, além de

---

<sup>11</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 612 do e-book.

<sup>12</sup> NESTER, Alexander Wagner. *Op.cit.*

aduzir que a licitação compromete o sigilo que é necessário à realização eficaz dos negócios travados em ambiente de mercado, a saber:

A licitação é incompatível com o ambiente de mercado. Logo, é inaplicável nesses casos porque o objeto social da empresa consiste com uma atividade econômica, que se desenvolve no mercado.

Em princípio, portanto, essa atividade será desenvolvida em regime de competição, e a realização de procedimento licitatório formal seria incompatível com a sua exploração econômica, podendo até mesmo inviabilizar a existência da empresa ou comprometer a sua eficiência.

Primeiro, porque as especificidades do processo licitatório tornam as contratações mais burocráticas e lentas. O processo licitatório exige formalização e demanda tempo. Logo, a licitação compromete o dinamismo da atuação exigida em regime de mercado, com evidente desvantagem em relação às empresas privadas que podem contratar de forma simples, direta e célere.

Segundo, porque a licitação compromete o sigilo que é necessário à realização eficaz dos negócios travados em ambiente de mercado. A publicidade, que é obrigatória no processo licitatório, pode resultar na antecipação de estratégias empresariais ou oportunidades de negócios, tornando a empresa estatal ineficiente na disputa com seus concorrentes.

Em suma, a atividade empresarial exige agilidade e criatividade na organização dos negócios, assim como o aproveitamento de oportunidades (de forma rápida e inovadora) para a atuação bem sucedida. O sigilo, muitas vezes, é imprescindível. Essa dinâmica é incompatível com a burocracia e a publicidade inerentes ao processo licitatório.

Nessa toada, impende relatar o entendimento do Tribunal de Contas do Mato Grosso – TCE-MT ao enfrentar o tema por ocasião da Consulta nº 32926-6/2018<sup>13</sup>, elaborada pela Empresa Mato-Grossense de Tecnologia da Informação. Na decisão mencionada o TCE-MT posicionou-se nos seguintes termos:

Pelo exposto, conclui-se que:

a) As licitações realizadas e os contratos administrativos celebrados por empresas públicas ou por sociedades de economia mista, inclusive suas subsidiárias, deverão observar as regras definidas pela Lei nº 13.303/16.

<sup>13</sup> TCE-MT. **Consulta nº 32926-6/2018. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso.** Disponível em: < [https://www.tce.mt.gov.br/consulta\\_es#/busca?q=32926-6%2F2018&index=processo&type=documento\\_elaborado&fields\\_exclude%5B%5D=documento\\_elaborado\\_pdf&page=1&ordenacao=r&size=20](https://www.tce.mt.gov.br/consulta_es#/busca?q=32926-6%2F2018&index=processo&type=documento_elaborado&fields_exclude%5B%5D=documento_elaborado_pdf&page=1&ordenacao=r&size=20) >. Acesso em: 07.05.2020. >. Acesso em 07 de mai. 2020.

- b) O regime licitatório a que as empresas estatais se submetem foi construído buscando atender ao comando da Constituição onde se estabelece que as empresas estatais devem atuar com eficiência, uma vez que concorrem em regime de equiparação com empresas privadas, em relação às quais não devem possuir privilégios nem desvantagens;
- c) A permissão legal para afastamento das regras de licitação, prevista no inciso I, § 3º, art. 28, da Lei nº 13.303/16, se aplica tanto para comercialização de produtos, serviços e obras, quanto para a aquisição dos insumos necessários à produção e execução desses mesmos bens, serviços ou obras;
- d) Os procedimentos de seleção alcançados pelo inciso I, § 3º, art. 28, da Lei nº 13.303/16, conquanto não utilizem as regras de licitação previstas na Lei das Estatais, devem respeitar os princípios que regem a atuação da Administração Pública.

O TCE-MT ao referir-se ao inciso I, § 3º, art. 28, da Lei nº 13.303/16 deixou claro que tal regra é pertinente, pois as estatais competem em ambiente empresarial:

A partir da leitura do referido dispositivo, percebe-se que a intenção do legislador foi tornar inaplicáveis as regras do regime licitatório às contratações relacionadas com as atividades especificamente relacionadas aos objetos sociais destas entidades, nos termos dos seus respectivos atos constitutivos.

Essa regra se justifica em razão de que a atividade das estatais é desenvolvida em ambiente de competição empresarial, incompatível, portanto, com a realização de procedimentos burocráticos e morosos, que comprometeriam o dinamismo necessário num regime de mercado. Em outras palavras, as empresas estatais devem seguir as regras de licitação previstas na Lei nº 13.303/16, exceto naqueles atos relacionados a sua atividade produtiva ou comercial que estejam previstas em seus objetos sociais.

Vale destacar que o dever de atender os princípios que regem a Administração Pública nas situações em que a Estatal não está sujeita à licitação está disposto no art. 31 da Lei nº 13.303/2016<sup>14</sup>.

A consultoria Zênite<sup>15</sup>, entretanto, ao discorrer sobre o assunto adota interpretação mais restritiva ao conteúdo do inciso I, §3º do art. 28 da Lei das Estatais, posicionando-se por observar

---

<sup>14</sup> Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

o dever de licitar quando a contratação versar sobre a atividade meio para a realização da atividade finalística da empresa estatal:

Portanto, como diretriz geral, possível concluir que se o objeto consiste na comercialização, prestação ou execução de produtos, serviços ou obras relacionados diretamente com a atividade finalística da entidade, entende-se pela inaplicabilidade do procedimento licitatório (art. 28, §3º, inc. I). Contudo, a contratação de tudo o que for meio para a realização da atividade finalística da empresa estatal, a rigor, deve se submeter ao dever de licitar na forma do regime instituído pela Lei nº 13.303/16.

No que tange à hipótese de inaplicabilidade de licitação em tela o Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE-PR já emitiu seu posicionamento ao exarar o Acórdão nº 1961/19<sup>16</sup>, Consulta da Usina Elétrica de Gás de Araucária Ltda, no tocante às contratações que empresas estatais celebram com outras estatais.

No referido acórdão o órgão fiscalizador de contas no Estado do Paraná fixou que a inovação legislativa visa a possibilitar não apenas a oferta dos produtos e serviços que constituam a atividade econômica das empresas públicas e sociedades de economia mista, como também a aquisição direta de produtos, obras ou serviços providos por outras empresas que se submetem ao mesmo regime, desde que haja relação com seus respectivos objetos sociais. Nesse sentido, faz-se mister destacar o trecho do acórdão do TCE-PR:

Nesse sentido, vale acrescentar que, a par do objetivo da Lei nº 13.303/2016, de facilitar a atuação das empresas estatais no ambiente competitivo de mercado, dando-lhes maiores oportunidades de comercialização de seus produtos e serviços, a fim de alavancar seu faturamento e contribuir com a redução das despesas com sua manutenção, diminuindo a dependência ao ente público que seja seu sócio, buscou-se, também, a maior eficiência na gestão e nos processos produtivos, com ênfase na transparência e práticas de gestão de riscos e controle interno (arts. 6º e 9º).

O relator lembrou que a Lei das Estatais busca a maior eficiência na gestão e nos processos produtivos, com ênfase na transparência e práticas de gestão de riscos e controle interno. Ele frisou que a norma tem o objetivo de facilitar a atuação das empresas estatais no ambiente competitivo de mercado, dando-lhes maiores oportunidades de comercialização de seus produtos e

---

<sup>15</sup> **ESTATAIS: insumos ou serviços necessários ao objeto comercializado pela entidade podem ser contratados diretamente?** Consultoria Zênite. 14/08/2019. Equipe Técnica. Disponível em: < <https://www.zenite.blog.br/estatais-insumos-ou-servicos-necessarios-ao-objeto-comercializado-pela-entidade-podem-ser-contratados-diretamente/> >. Acesso em: 07 de mai. 2020.

<sup>16</sup> TCE-PR. **Acórdão nº 1961/19 - Tribunal Pleno. Consulta.** Disponível em: < <https://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2019/7/pdf/00338313.pdf> >. Acesso em 07 de mai. 2020.

serviços, a fim de alavancar seu faturamento e contribuir com a redução das despesas com sua manutenção, diminuindo a dependência ao ente público que seja seu sócio<sup>17</sup>.

No entanto, o conselheiro destacou que a pesquisa de mercado, que tem por finalidade atender ao princípio da economicidade, deve ser realizada em todas as transações que envolvam despesa pública, inclusive naquelas de empresas estatais. Mais uma vez, cita-se trecho do acórdão:

Conforme mencionado, a pesquisa de mercado tem por finalidade atender ao princípio da economicidade, de status constitucional, que deve, portanto, ser observado em todas as transações envolvendo despesa pública, não havendo motivo, dentro desse contexto, para excluir sua obrigatoriedade em transações envolvendo empresas estatais.

O Ministério Público de Contas do Paraná ao manifestar-se quanto à consulta supramencionada, no Parecer nº 872/18, asseverou que as situações do aludido § 3º do art. 28 da Lei das Estatais eximem as empresas públicas e as sociedades de economia mista até mesmo da observância de padrões procedimentais para formalizar as contratações diretas (de que tratam o art. 30, § 3º da legislação). Assim, tem-se novo paradigma legislativo, que, amparado na ressalva inicial do texto do art. 37, XXI e no estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, inciso III, ambos da Constituição, intenta proporcionar maior simplificação à rotina de determinadas aquisições efetivadas por tais entidades da Administração Indireta<sup>18</sup>.

O Ministério Público de Contas cita o parecer proferido pelo Senador Tasso Jereissati, Relator do Projeto de Lei do Senado nº 555/2015, que foi convertido na Lei nº 13.303/2016, ao examinar as emendas apresentadas naquela Casa Legislativa e propor texto substitutivo à proposição original:

As Emendas nºs 3 e 38 alteram os arts. 27 e 48, e tem por finalidade estabelecer que a alienação de bens das empresas públicas e sociedades de economia mista não necessita: (i) de avaliação formal nos casos de dispensa de licitação, como em transferências a órgãos e entidades da administração pública, doação para fins de interesse social, na venda de ações, títulos de crédito e bens que comercializem; e (ii) de processo licitatório para comprar ou vender produtos e serviços diretamente vinculados aos respectivos objetos sociais.

E, em continuação ao raciocínio supramencionado, aduz que o disposto no artigo em debate não se enquadra ao art. 29, inciso XI da mesma lei, vale destacar o trecho do parecer que trata do assunto:

---

<sup>17</sup> . TCE-PR. **Empresas públicas podem contratar outras de sua mesma natureza sem licitação**. Disponível em: < <https://m.tce.pr.gov.br/noticias/noticia.aspx?codigo=7114> >. Acesso em 07 de mai. 2020.

<sup>18</sup> Ministério Público de Contas do Paraná. **Parecer nº 872/2018**. Disponível em: < <http://www.mpc.pr.gov.br/wp-content/uploads/2018/10/Parecer-872-18.pdf> >. Acesso em 06 de mai. 2020.

Nessa exata medida, com o devido respeito ao posicionamento divergente, não se pode compreender que a hipótese normativa retratada nesse dispositivo legal se subsome à do art. 29, inciso XI da mesma lei. Nesse caso, tem-se que a dispensa do certame licitatório é possível somente nas contratações entre as empresas e suas respectivas subsidiárias, condicionadas não somente à conformidade com o objeto social, como também à demonstração da compatibilidade dos preços praticados no mercado.

Tal dispositivo, portanto, traduz situação mais restritiva que a retratada no artigo anterior, não possibilitando a contratação de empresas públicas ou sociedades de economia mista entre si. Dessa sorte, ainda que se tenha por viável a utilização desse permissivo legal em dadas circunstâncias, fato é que a solução por ele admitida não satisfaz o âmbito de contratações albergado pela previsão do art. 28, § 3º, inciso I.

Alexandre Santos de Aragão<sup>19</sup> analisou o posicionamento do Tribunal de Contas da União sobre a inaplicabilidade de licitação do inciso I do § 3º do art. 28 da Lei das Estatais tanto para atividade-fim como para atividade-meio, como se depreende do trecho transcrito abaixo, concluindo que o que importa é a relevância do contrato para a estatal poder concorrer com suas congêneres privadas. Se tiver essa importância é juridicamente enquadrado pela jurisprudência do TCU como atividade-fim, mesmo que, materialmente, seja uma atividade-meio:

Há inúmeros julgados do TCU nesse sentido podendo citar o Acórdão 624/2003, que, em julgamento das contratações de seguros efetuadas pelo Banco do Brasil, considerou ter sido “demonstrado que a contratação dos seguros ora tratados consubstancia-se em atividade eminentemente financeira, coincidindo com a atividade-fim do Banco do Brasil, tornando, portanto, não obrigatória a realização de procedimento licitatório sob a regência da Lei 8.666/1993 nessas contratações”.

O que não devemos perder de foco, todavia, é que a razão constitucional da não realização de licitação nesses casos não é simplesmente porque se trata de atividade-fim da estatal, mas, sim, porque a licitação nessa determinada atividade-fim pode atrapalhar a sua atuação eficiente no mercado. Dessa forma, para além da literalidade do inciso I do § 3º do art. 28 do Estatuto das Estatais, sempre que a licitação constituir estorvo à sua atuação, ela será mesmo inexigível, seja em uma atividade-fim ou atividade-meio.

Posição plausível seria admitir a diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio para efeito de obrigatoriedade ou não de licitação, ainda mais após a edição do inciso I do § 3º do art. 28 do Estatuto das Estatais, mas apenas como conceitos funcionais: de atividade-fim seria todo contrato cuja licitação prejudicaria a atuação econômica da empresa, e de atividade-meio seria o contrato que, se licitado, não prejudicaria o desenvolvimento da sua atividade empresarial.

Apesar de adotar a dicotomia, o TCU no Acórdão 121/1998 aceitou essa mesma visão funcional do conceito, considerando atividades-fim aquelas “decorrentes de procedimentos usuais do mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal”. Ou seja,

---

<sup>19</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 177-178.

atividade-fim para esse propósito serão basicamente as atividades que forem essenciais para a estatal poder concorrer adequadamente no mercado.

Nesse julgado, o TCU entendeu que a atividade de transporte de combustíveis seria relacionada às atividades fim da empresa estatal por serem intrinsecamente relacionadas com as suas atividades comerciais, de maneira que “a adoção de procedimento licitatório seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na atividade econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista da qual foram criadas. As delongas da licitação inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstarium a obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos”.

Note-se que, tratando-se, no caso, da BR Distribuidora, uma interpretação estrita de sua atividade-fim nos levaria a subsumir ao conceito apenas a compra e venda de combustíveis em si, não a mera logística, aí incluída a de transportes, a ela necessária.

A distinção entre atividades-meio e atividades-fim não deve ser feita aprioristicamente, dependendo, em cada caso concreto, da importância dos contratos à implementação do objeto social da estatal competitiva. A diferenciação meramente formal seria incompatível com o art. 173, § 1º, da Constituição, bem como com o princípio da eficiência. Mas, interpretada adequadamente, e é isso o que se extrai da jurisprudência do TCU, a ausência de licitação se aplicará a todo e qualquer contrato estrategicamente relevante para a atuação da empresa estatal em um mercado competitivo.

Em outras palavras, o que importa é a relevância do contrato para a estatal poder concorrer com suas congêneres privadas. Se tiver essa importância é juridicamente enquadrado pela jurisprudência do TCU como atividade-fim, mesmo que, materialmente, seja uma atividade-meio. O ideal seria, indo além da força da tradição doutrinária da distinção entre atividade-fim e atividade-meio, abandoná-la e centrar apenas na existência ou não de importância competitiva e estratégica do contrato.

Desta feita, na hipótese de se optar pela inaplicabilidade de licitação estampada no art. 28, § 3º, inciso I da Lei das Estatais seria de bom alvitre atentar para o requisito da vantajosidade e também a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da obtenção de competitividade. Lembrando que o tema não está pacificado nem na doutrina e nem na jurisprudência.

#### 4. DA HIPÓTESE DO ART. 28, §3º, INCISO II, DA LEI Nº 13.303/2016.

Na sequência, ao se analisar as hipóteses de inaplicabilidade de licitação previstas na Lei nº 13.303/2016, encontra-se a previsão do artigo 28, §3º, inciso II<sup>20</sup>. Ao comentar a hipótese de contratação direta prevista no artigo 28, §3º, inciso II da Lei 13.303/2016, Bernardo Guimarães Strobel<sup>21</sup> aduz que a exceção ao dever de licitar se justifica devido à seleção de um parceiro comercial, que desenvolverá em conjunto com a estatal uma oportunidade de negócio, com partilha de riscos inerente, não se dá a partir de critérios de eleição que possam ser objetivamente mensurados. O preceito somente se entende a partir do reconhecimento das peculiaridades das estatais, que não raro são levadas a desenvolver empreendimentos conjuntos com a iniciativa privada, a saber:

A segunda isenção no que se refere ao dever de licitar diz respeito à estruturação de parcerias negociais pelas estatais, pertinentes ao desenvolvimento do objeto social da empresa. Como se evidencia na prática, uma das características das modernas estatais tem sido a celebração de vínculos com a iniciativa privada para a exploração conjunta de oportunidades de negócio. Seja por meio de constituição de novas empresas, seja celebrando *joint ventures* não personificadas, é reconhecida à Administração empresarial do Estado a possibilidade de se articular para o desenvolvimento conjunto de negócios. Nestes casos (exemplificados no §4º do art. 28), a Lei das Estatais é explícita em afastar a licitação.

Aqui, a justificativa para que a licitação não seja realizada é que a seleção de um parceiro comercial, que desenvolverá em conjunto com a estatal uma oportunidade de negócio, com partilha de riscos inerente, não se dá a partir de critérios de eleição que possam ser objetivamente mensurados. Para usar um termo caro ao Direito Comercial (embora não isento de críticas), a *affecio societatis* não é passível de ser licitada. Daí porque a Lei nº 13.303/2016, no §3º, II, determinada que a “escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares”, que é o procedimento costumeiro nestes casos.

Com efeito, o preceito somente se entende a partir do reconhecimento das peculiaridades das estatais, que não raro são levadas a desenvolver empreendimentos conjuntos com a iniciativa privada (inclusive, o art. 1º, §7º,

---

<sup>20</sup> Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

[...]

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

[...]

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

<sup>21</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; GIUBLIN, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, págs. 178-179.

regula o tema). Diversas justificativas podem existir para tanto, por exemplo, a divisão dos riscos do negócio, a obtenção de expertise indisponível no setor público, a busca de investimento privado, etc. O mundo negocial é amplo, e não se coaduna com a visão de uma administração estruturada a partir de uma organização burocrática estável. O reconhecimento em lei das parcerias estratégicas, sejam ela personificadas ou não, representa aceitar o fato de que as estatais são a Administração agindo em vias de Direito Privado.

A par de as regras de governança serem um primeiro obstáculo para que a faculdade prevista se convolve em arbítrio é bom se destacar que a escolha do parceiro privado deve ser amplamente justificada nos termos da Lei das Estatais, assim como a própria situação do particular (no sentido de se afastar a competição) deve ser fundamentada. Como sempre, contratação direta não se confunde com decisionismo, uma vez que é ônus do administrador fundamentar, de modo coerente e racional, as suas escolhas. Este comando foi reforçado com o advento da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) para prever normas de segurança jurídica na esfera pública, que traz uma série de ônus argumentativos para os casos em que a decisão se fundar em valores jurídicos abstratos. Fundamental, portanto, é o dever de motivar decisões desta natureza, a partir de pressupostos substanciais e não meramente a partir de razões retóricas. Embora seja inegável que uma decisão desta natureza traz inegável mérito técnico (a ser avaliado a partir das premissas negociais pelos administradores da sociedade), fato é que a formação desta decisão e a efetiva aderência da escolha às informações disponíveis são passíveis de serem sindicadas.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, no Boletim de Jurisprudência TCE/PR – Nº 49/2019, fez remissão ao Acórdão 2488/2018, do Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU<sup>22</sup>, que também consta do Boletim de Jurisprudência TCU – Nº 243<sup>23</sup> que no referido acórdão elencou os requisitos para utilização do fundamento jurídico em análise, sendo considerado *leading case*:

Acórdão 2488/2018 - Plenário (Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler)

Licitação. Empresa estatal. Contratação direta. Requisito. Atividade-fim.

São requisitos para a contratação direta de empresa parceira com fundamento no art. 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): a)

<sup>22</sup> TCE-PR. **Boletim de Jurisprudência TCE/PR – Nº 49/2019**. Disponível em: < <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/boletim-de-jurisprudencia-tce-pr-n%C2%BA-49-2019/319994/area/242> >. Acesso em: 08 de mai. 2020.

<sup>23</sup> TCE-PR. **Boletim de Jurisprudência TCU – Nº 243**. Disponível em : < <http://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codArqCatalogado=15914961&codVersao=2>>. Acesso em: 08 de mai. 2020.

avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas; b) configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do art. 28, § 4º, da Lei das Estatais; c) demonstração da vantagem comercial para a estatal; d) comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e e) demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes.

Em síntese, o mencionado acórdão estabelece a necessidade de que as atribuições da avença estejam previstas nos objetos sociais das empresas envolvidas; a demonstração da vantagem comercial para a estatal; a comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições superiores às demais que atuam no respectivo mercado; e a demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes.

O caso concreto analisado pelo TCU se refere ao contrato da empresa Telebrás com a Viasat para exploração da Banda Ka de satélite e o referido acórdão serve como um paradigma para a atuação do gestor, transcendendo os limites do caso concreto analisado e fornecendo alguma segurança jurídica, conforme se verifica do artigo, publicado em 25/11/2018, no portal jurídico Jota<sup>24</sup>:

O plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) garantiu a segurança jurídica para a celebração de parcerias entre estatais brasileiras e parceiros privados a partir da decisão unânime proferida em 31 de outubro de 2018 (TC 022.981/2018-7). Na ocasião, os ministros consideraram lícito o contrato firmado entre a Telebras e a Viasat a partir do art. 28, § 3º, inciso II, da Nova Lei das Estatais (13.303/2016) para a exploração da Banda Ka do Satélite Geostacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas (SGDC).

Com base na referida legislação, o TCU admitiu categoricamente a possibilidade de empresas públicas ou sociedades de economia mista firmarem parcerias com empresas privadas sem a necessidade de procedimento licitatório quando o contrato tiver por objeto a execução de atividade relacionada ao objeto social da empresa estatal e for caracterizada uma oportunidade de negócio. A Telebras firmou parceria com a Viasat em fevereiro de 2018 para executar o Plano Nacional de Banda Larga, conforme determina o decreto de recriação da companhia.

Naquela oportunidade, a Corte de Contas reconheceu que a Telebras logrou êxito em demonstrar que a parceria estratégica celebrada com a Viasat além de configurar execução de atividade relacionada ao objeto social da empresa,

---

<sup>24</sup> BIANCHI, Gabriel; FRAGOSO, Jorge. **TCU valida uso da Lei das Estatais**. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tcu-valida-uso-da-lei-das-estatais-25112018> >. Acesso em 06 de mai. 2020

caracteriza oportunidade única de negócio, em função de características peculiares da empresa parceira. Destaca-se, nesse sentido, o fato de ser a Viasat uma das maiores empresas do mundo no mercado satelital e se colocar como uma nova entrante no mercado brasileiro de telecomunicações. O TCU ainda evidenciou a convergência de objetivos entre as duas empresas, tendo em vista a experiência progressiva da Viasat em relevantes programas governamentais de expansão do acesso à banda larga, o que vai ao encontro da atuação social desenvolvida pela Telebras.

Ao validar o contrato sob o prisma da juridicidade, o tribunal traz importantes apontamentos sobre cautelas e comportamentos a serem adotados pelos gestores de empresas estatais para celebração desse tipo de contrato. A Telebras foi pioneira na celebração de parceria estratégica com fundamento na Lei das Estatais para exploração de atividade inerente ao seu objeto social. É natural que alguns procedimentos tenham de ser aperfeiçoados. É nesse cenário que o acórdão do Tribunal de Contas da União assume especial importância, transcendendo os limites do contrato celebrado entre Telebras e Viasat.

O voto do ministro relator Benjamin Zymler, seguido por todos os demais ministros, servirá como uma verdadeira bússola para que o público e privado operem em conjunto, visando não apenas a obtenção de resultados satisfatórios do ponto de vista econômico, mas principalmente a execução de políticas públicas de médio a longo prazo, que garantam uma sociedade mais próspera, com maiores oportunidades e menos desigualdades.

[...]

O reconhecimento por parte da Corte de Contas acerca da legalidade do contrato, certamente, representará um marco para a formação de parcerias por empresas estatais, abrindo a oportunidade para a celebração de novos negócios por essas empresas, bem como para a entrada de investimentos estrangeiros no país, que serão de enorme valia para a retomada do crescimento econômico nacional.

Trata-se, portanto, de um acórdão paradigma do TCU que, além do TCE/PR, foi replicado no sítio eletrônico de jurisprudência do TCE/MG<sup>25</sup>, o que parece indicar tendência de que os tribunais de contas estaduais o tomarão como referência na análise de processos similares de sua competência.

O professor Gustavo Amorim Antunes, comentando o artigo 28, §3º, inciso II, da Lei das Estatais, demonstra se tratar de regra inspirada no Decreto nº 2.745/98, bem como que é necessário justificar a inviabilidade do procedimento competitivo, lecionando que se trata de:

Regra autoaplicável de imediato para todas as empresas estatais. Não requer adaptação. Inovação. Não se aplica licitação para escolher parceiro singular vinculado a oportunidade de negócio específica. Regra oriunda do item 2.3.h do Decreto nº 2.745/98, que estabelecia o regime de compras diferenciado da Petrobrás, agora generalizada para todas as estatais com uma diferença: o

<sup>25</sup> Informativo de Jurisprudência nº 192 TCE-MG. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/noticia/Detalhe/1111623430>. Acesso em 15 de out. 2020.

decreto da Petrobrás definia esse caso como inexigível e a Lei nº 13.303/16 tratou como dispensado. Diferente, porém, do inciso I anterior, na escolha de parceiro, a dispensa não é automática e irrestrita, sendo necessário justificar a inviabilidade de licitar.

Frisa-se que o “procedimento competitivo” referido na parte final desse inciso deve ser considerado sinônimo do procedimento licitatório definido na Lei nº 13.303/16, como também o é no art. 30.

A doutrina lança luz ao procedimento comparativo que deve ser adotado para a justificativa do porquê da escolha daquele determinado parceiro comercial. Nesse sentido, Cláudio Sarian Altounian<sup>26</sup> leciona que:

Em todos os casos, não obstante a desnecessidade de seguir o rito licitatório previsto em Lei, o dever motivador permanece intacto. Significa que, para a concretização do negócio, a justificativa do porquê da escolha daquele parceiro – em detrimento de outros – deve ser esmiuçada comparativamente em autos próprios. Conhecida determinada estratégia corporativa no plano de negócios da companhia, deve-se providenciar um estudo equiparado entre as demais soluções aptas a atingi-la, bem como os critérios utilizados nessa dinâmica comparativa. Aliás, a própria comparação justificadora entre licitar ou não licitar deve restar devidamente estampada em processo administrativo próprio.

Outro ponto que deve ser levado em consideração é a existência de previsão da matéria no objeto social da empresa.

Refletindo acerca do mesmo dispositivo legal insculpido no art. 28, §3º, II, da Lei nº 13.303/2016, ressaltando a necessidade de estar harmônico à finalidade social e da demonstração da inviabilidade do procedimento competitivo, Cláudio Sarian Altounian<sup>27</sup> leciona que:

O inciso II, em mesma ideia, também tem por base a necessidade de as empresas se associarem a outras para viabilizar a sua finalidade social. Em alguns casos, como condição para a realização do seu negócio, as companhias precisam se associar a outras, sob pena de não realizar determinada atividade ou assumir um ônus por demais alto ao optar pela não associação. As organizações carecem, em determinadas situações, de se utilizar de algumas das formas associativas previstas em lei para viabilizar determinado investimento.

Em exemplos típicos, a Petrobrás associa-se com outras empresas em consórcios na exploração de campos de Petróleo; empresas do Grupo Eletrobrás associam-se a outras competidoras para oferecer lances para geração de energia. O Branco do Brasil e a Caixa Econômica Federal se associam a “parceiros” de mercado para explorar parte de sua finalidade financeira, como no ramo de seguridade, administração de fundos de cartões.

---

<sup>26</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim; COELHO, Sylvio Kelsen. **Empresas estatais: governança, compliance, integridade e contratações: os impactos da Lei nº 13.303/2016 – 230 questões relevantes**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, págs. 200-201.

<sup>27</sup> Idem.

Na necessidade de “licitar” em processualística tradicional, os negócios poderiam se restar inviabilizados; tanto em razão da impossibilidade de aferição objetiva do que seria a “melhor proposta”; quanto mesmo em razão do tempo necessário ao rito incompatível com a dinâmica do negócio específico em si.

Existe também o caso de posicionamento de mercado. Dada determinada estratégia corporativa e considerada possível oportunidade no ambiente competitivo, eventual associação com empresa específica pode ser fazer necessária para consecução desses objetivos empresariais (necessariamente detalhados na estratégia da empresa, diga-se). Nem sempre outra empresa, em procedimento tradicional competitivo – e consequência aquela oportunidade, sempre específica – preencheria as condições necessárias para o atendimento daquelas metas particulares.

Nessas situações, entendemos que o inciso II se assemelha – e muito – à inexigibilidade de licitação, porquanto, tanto inexistiria outra empresa, naquela condição e naquele momento, apta a preencher os requisitos para aquela oportunidade de negócio; quanto eventual métrica para seleção da “melhor proposta” envolveria aspectos não suscetíveis de avaliação objetiva. Daí o termo “justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”, situada ao final do inciso II; e esse certamente é o valor mais determinante para a utilização desse instituto.

Nesse sentido, é certo que o gestor deverá destinar atenção especial aos critérios adotados para a escolha do parceiro comercial, haja vista que provavelmente também haverá a utilização de recursos públicos na execução contratual.

## 5. CONCLUSÃO

Conclui-se que a Lei nº 13.303/2016, em consonância com os arts. 37, inciso XXI e 173, §1º, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988, fixa às estatais o dever de licitar. No entanto, a regra do certame licitatório é afastada nas contratações diretamente ligadas ao desempenho negocial das empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme a inovadora base legal estampada no art. 28, § 3º, incisos I e II da referida lei, denominadas, pela doutrina, de inaplicabilidade de licitação.

O texto legal supracitado refere-se à comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com os respectivos objetos sociais das empresas estatais, bem como nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a características particulares e vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, desde que demonstrada a inviabilidade do procedimento competitivo.

Assim, para que o administrador público utilize-se da inaplicabilidade de licitação, deve esmerar-se em conferir lisura e transparência a essas contratações, bem como se amparar nas manifestações dos tribunais de contas acerca destas novas hipóteses de contratação direta.

Conforme se constatou a inovação legislativa veio imprimir maior flexibilidade às estatais em sua atuação finalística, em um regime jurídico mais próximo ao das empresas privadas, diminuindo a eventual dependência financeira com o ente público controlador.

Assim, as atividades afeitas à implementação do objeto social e às assim chamadas “oportunidades de negócios” estariam circunscritas nas hipóteses de atenuação ao dever de licitar, o que não implica a inobservância dos princípios da administração e da implementação de mecanismos de governança para fiscalização.

Considerando que muitas vezes a licitação é incompatível com o ambiente de mercado em atividades relacionadas ao objeto social da estatal, desempenhada em regime de competição, a sua obrigatoriedade poderia comprometer a eficiência de sua atuação, evitando-se procedimentos burocráticos e lentos.

Ademais, a legislação consolidou a possibilidade da realização de parcerias em empreendimentos estratégicos para a estatal, com o compartilhamento de riscos e a maximização da eficiência na execução do objeto.

Portanto, o instituto da inaplicabilidade de licitação se revela de suma importância para otimizar a atuação das estatais no mercado, proporcionado a possibilidade destas competirem em paridade com as empresas de capital estritamente privado.

## 6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm)>. Acesso em: 10 de mai. 2020.



ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim; COELHO, Sylvio Kelsen. *Empresas estatais: governança, compliance, integridade e contratações: os impactos da Lei nº 13.303/2016 – 230 questões relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BIANCHI, Gabriel; FRAGOSO, Jorge. TCU valida uso da Lei das Estatais. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tcu-valida-uso-da-lei-das-estatais-25112018> >. Acesso em 06 de mai. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense. e-book.

ESTATAIS: insumos ou serviços necessários ao objeto comercializado pela entidade podem ser contratados diretamente?. Consultoria Zênite. 2019. Equipe Técnica. Disponível em: < <https://www.zenite.blog.br/estatais-insumos-ou-servicos-necessarios-ao-objeto-comercializado-pela-entidade-podem-ser-contratados-diretamente/> >. Acesso em: 07 de mai. 2020.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; GIUBLIN, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

NESTER, Alexander Wagner. *Inaplicabilidade de licitação nas empresas estatais. A hipótese do Art. 28, § 3º, da Lei 13.303*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inaplicabilidade-de-licitacao-nas-empresas-estatais-17082017> >. Acesso em 06 de mai. 2020.

TORRES, Ronny Charles Lopes de Torres; BARCELOS, Dawidson. Da não observância das regras licitatórias na nova lei das estatais (Lei 13.303/2016). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61192/da-nao-observancia-das-regras-licitatorias-na-nova-lei-das-estatais-lei-13-303-2016>>. Acesso em 06 de mai. 2020.



## RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Vivian Carla da Costa

*Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Unicuritiba.  
Advogada/PR*

**RESUMO:** Ao que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, a regra constitucional dispõe que se trata de modalidade objetiva, em que se dispensa a culpa para a caracterização do dever de indenizar estatal. Exige-se tão somente a conduta comissiva ilícita, o dano de terceiro e o nexo de causalidade entre ambos. Todavia, quando diante de uma omissão do Estado, o assunto se torna melindroso e ostenta diversas vertentes; há aqueles que defendem a manutenção da responsabilidade objetiva nestas circunstâncias, outros, a subjetiva, com a culpa administrativa. O Supremo Tribunal Federal, com o intuito de sedimentar a temática, reconhece a responsabilidade objetiva, desde que se trate, no caso concreto, de omissão específica, sendo direto e cristalino o nexo causal entre o não-agir do Estado e o dano.

**PALAVRAS-CHAVES:** Responsabilidade Civil do Estado; Responsabilidade Objetiva; Omissão; Nexo de Causalidade; Responsabilidade Subjetiva

**SUMÁRIO:** 1. Breve Histórico da Responsabilidade Civil do Estado. 2. Notas sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. 3. À Guisa de Síntese. 4. Referências Bibliográficas.

### 1. BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado<sup>1</sup> no ordenamento jurídico brasileiro, em regra, possui natureza objetiva, dispensando, portanto, a análise do elemento culpa para a sua

---

<sup>1</sup>“Trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil”.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro, **Direito administrativo**, p. 815.

“A responsabilidade civil do Estado consiste no dever de compensar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”.

Marçal Justen Filho, **Curso de direito administrativo**, p. 1730.

configuração. Sua previsão é constitucional, conforme narrativa do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que é reiterada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo. 43.

No entanto, muito embora o tema seja objeto de dispositivo constitucional e infraconstitucional, engana-se quem pensa que prescinde de controvérsias. A sua aplicabilidade e eficácia nos casos concretos ainda são muito discutidas doutrinariamente, especialmente naqueles casos em que não se tem uma conduta ilícita, elemento crucial da responsabilidade civil, um não agir, uma omissão, que é situação não prevista expressamente nos textos legais.

Historicamente, a responsabilidade civil do Estado é assunto que já ganhou inúmeras roupagens. À época de regimes de governo absolutistas, a mais aceita era a *Teoria da Irresponsabilidade do Estado*, em que não se admitia qualquer possibilidade de erro do soberano (*the king can do no wrong*), haja vista que este usufruía de “[...] prerrogativa de ampla irrestrita imunidade”<sup>2</sup>. Assim, ainda que houvesse violação de direito alheio por parte do Estado, não havia qualquer responsabilização.

Da transição desse modelo para o Estado Liberal de Direito, resultaram intensas mudanças políticas, econômicas e, também, jurídicas, pois a figura do Estado foi se amoldando aos novos tempos e no campo da responsabilidade civil, a até então vigente *Teoria da Irresponsabilidade* se tornou obsoleta, adotando-se, ainda que timidamente, a responsabilização do Estado em determinadas circunstâncias, dando ensejo à elaboração das *Teorias Civilistas*.

Criou-se, doutrinariamente, a *Teoria dos Atos de Império e Atos de Gestão*, em que se propunha a análise do elemento culpa tão somente se a conduta praticada pelo agente público fosse considerada — e comprovada — como mero ato de gestão (*iure gestionis*), ou seja, praticada pelo agente público, mas em circunstância de particular. Em contrapartida, se a conduta fosse qualificada como ato de império (*iure imperii*), relacionada, portanto, à função pública, não haveria de se falar em responsabilidade do Estado, haja vista que praticada sob a égide da soberania.

Na prática, no entanto, tal teoria não surtiu efeito, haja vista que o Estado permanecia isento de qualquer responsabilidade. Afinal, nas palavras MONTEIRO, “[...] realizando um ou outro, o Estado é sempre Estado”<sup>3</sup>. Assim, a ineficácia desse modelo concedeu espaço à ascensão da *Teoria da Responsabilidade Subjetiva*, regra do ordenamento civil, em que se

---

“Na atualidade predomina a responsabilidade objetiva, que se caracteriza fundamentalmente pela dispensa de culpa na caracterização da obrigatoriedade de o Estado ressarcir a vítima de danos. A esta caberia apenas, além da prova dos prejuízos sofridos, a demonstração do nexos de causalidade”.

Paulo Nader, **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, p. 322-323.

<sup>2</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 203.

<sup>3</sup> Washington de Barros Monteiro, **Curso de direito civil: parte geral**, p. 105.

passou analisar também na seara pública o elemento culpa, resguardado o direito de regresso do Estado em face do seu agente. Tal teoria veio prevista no art. 15, do Código Civil de 1916<sup>4</sup>.

Inovou, portanto, o ordenamento brasileiro ao promover a responsabilização da pessoa jurídica de direito público pelos atos praticados pelos seus representantes. Contudo, a exigência da comprovação da culpa foi alvo de críticas, tendo em conta a dificuldade probatória, conforme elucida BACELLAR FILHO, pois “[...] impunha aos cidadãos lesados um encargo muito penoso, consubstanciado na obrigação de comprovar o dano e o comportamento culposo do agente estatal”<sup>5</sup>. Razão pela qual, seguindo uma evolução histórico-política, em que se progrediu para um Estado Democrático de Direito, advieram as *Teorias Publicistas*, a da *Culpa Administrativa* e a da *Responsabilidade Objetiva*, sendo o risco o elemento definidor da responsabilidade do Estado.

Atualmente, impera no ordenamento jurídico brasileiro a *Teoria da Responsabilidade Objetiva*, que dispensa a culpa para a sua caracterização, “[...] em virtude da amplitude de sua atuação diante dos cidadãos, tendo em vista a constatação de que prestação de serviços públicos cria riscos de eventuais prejuízos”<sup>6</sup>. Ou seja, basta que haja a prática da conduta, seja ela ilícita ou lícita<sup>7</sup>, e que afete substancialmente direito alheio, evidenciando-se, assim, o nexo causal, para que surja o dever de indenizar, conforme expõe, aliás, CAHALI<sup>8</sup>.

Essa teoria, por sua vez, também, possui duas vertentes, diferenciadas por BACELLAR FILHO<sup>9</sup>, a do *Risco Integral*, que atribui de forma irrestrita a responsabilidade ao Estado — admitida no ordenamento brasileiro, ainda que timidamente, em casos de danos

---

<sup>4</sup> “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

<sup>5</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 208.

<sup>6</sup> Flávio Tartuce, **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**, p. 296.

<sup>7</sup> “A responsabilidade estatal por ato lícito ocorre quando é imposta ao Estado a obrigação de indenizar efeitos danosos consumados sem que o Estado tenha atuado de modo a infringir a ordem jurídica.

Marçal Justen Filho, **Curso de direito administrativo**, p. 1398.

<sup>8</sup> “Na realidade, qualquer que seja o fundamento invocado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado (risco administrativo, risco integral, risco-proveito), coloca-se como pressuposto primário da determinação daquela responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular”.

Yussef Cahali, **Responsabilidade civil do estado**, p. 44-45.

<sup>9</sup> “[...] a evolução constitucional e doutrinária culminou por desenvolver a teoria do risco, que acolhe duas espécies: risco integral e risco administrativo. Ambas adotam o princípio da responsabilização objetiva. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer abrandamento e sem acolher qualquer tipo de excludente. A segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas admite algumas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito)”.

Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 217.

ambientais<sup>10</sup> —, e a do *Risco Administrativo*, que resguarda uma responsabilidade mitigada, admitindo-se, a depender do caso concreto, excludentes de responsabilidade<sup>11</sup>.

Todavia, ainda que a responsabilidade objetiva, vertente do risco administrativo, seja a regra do direito público, há circunstâncias que não são abrigadas, ao menos sob o fundamento do texto normativo, por essa modalidade. É o caso de atos omissivos do Estado, que deveria ter prestado determinado serviço público, mas não o fez, ou o fez de forma ineficiente. Ademais, o entendimento aplicável a tal situação está longe de ser pacífico no nosso direito, o que motivou a elaboração do presente artigo, que tem como objetivo a exposição dos posicionamentos que permeiam a temática da responsabilidade civil do Estado por omissão considerando as peculiaridades fáticas atuais.

## 2. NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Em contrassenso à regra geral civil, no âmbito público, prevalece a responsabilidade objetiva, dispensando o elemento culpa, quando o Estado, no exercício de sua atividade administrativa, tendo como escopo a satisfação do interesse público, gera danos aos administrados.

Assim, partindo dos requisitos gerais da responsabilidade civil, basta que reste comprovada a conduta comissiva ilícita por parte do Estado, a ocorrência de um dano a terceiro e o nexo de causalidade entre ambos, para que surja, então, o dever de indenizar. É o entendimento que se extrai da literalidade do texto constitucional, replicado no vigente Código Civil, que destaca o critério “causalidade” entre o ato ilícito e o dano:

CF. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

---

<sup>10</sup> “[...] com a teoria do risco integral, o poluidor na perspectiva de uma sociedade solidarista, contribui – nem sempre de maneira voluntária – para com a reparação do dano ambiental, ainda que presentes quaisquer das clássicas excludentes da responsabilidade ou cláusula de não-indenizar. É o poluidor assumindo todo o risco que sua atividade acarreta: o simples fato de existir a atividade produz o dever de reparar, uma vez provada a conexão causal entre dita atividade e o dano dela advindo”.

Édis Milaré. **Direito do ambiente**: doutrina – jurisprudência – glossário, p. 764.

<sup>11</sup> “[...] as causas clássicas de exclusão da responsabilidade são a) caso fortuito ou força maior, deixando de lado a discussão acerca do entendimento de que constituem a mesma coisa; b) culpa exclusiva da vítima, pois são as únicas com força de romper o liame causal entre a atuação do Estado e o dano verificado”.

Rui Stoco, **Tratado de responsabilidade civil**, p. 1358.

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, **causarem a terceiros**, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

CC. Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade **causem danos a terceiros**, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Entretanto, sendo o Estado garantidor de direitos fundamentais, não se pode olvidar que tal condição lhe traz a responsabilidade de resguardar o mínimo existencial à sociedade, materializado no dever de prestação de serviço público, devendo ser ainda eficiente. O seu não cumprimento, portanto, caracteriza flagrante omissão estatal.

Ocorre que, fazendo uma leitura superficial dos textos legais, vê-se que não há previsão expressa de responsabilização do Estado em razão de atos omissivos, o que poderia levar a uma simplória interpretação restritiva de irresponsabilidade. Leitura que, no entanto, não pode ser admitida ao se considerar o papel do Estado e seus deveres em um estado democrático de direito.

Inobstante, enquanto a irresponsabilidade do Estado é afastada, a responsabilidade objetiva também não é considerada como regra, tal como acontece com condutas inequivocamente comissivas. Para BANDEIRA DE MELLO, se não há atuação do Estado, não pode ser ele considerado o autor do dano, devendo invocar-se, portanto, a responsabilidade subjetiva:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano<sup>12</sup>.

Posicionamento que se coaduna com aquilo defendido por CARVALHO FILHO ao afirmar que, não se enquadrando expressamente nas especificidades da

---

<sup>12</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de direito administrativo**, p. 895-896.

responsabilidade objetiva, já exceção do ordenamento jurídico brasileiro, aplica-se, então, a regra geral, que é a responsabilidade subjetiva:

A responsabilidade objetiva é um *plus* em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que incide a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata da responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa<sup>13</sup>.

Tal entendimento, aqui exemplificado por dois juristas, mas que alcança inúmeros adeptos no Direito Administrativo, ancora-se no elemento culpa, rememorando a *Teoria da Culpa Administrativa*, em que, nas palavras de LOPES MEIRELLES, para que o Estado seja responsabilizado “[...] exige-se a falta do serviço público [...]”<sup>14</sup>.

Trata-se de raciocínio lógico e razoável aplicar a regra geral a casos que não encontram correspondente solução no texto normativo. Contudo, não se pode perder de vista que a *Teoria da Culpa Administrativa* é obstaculizada pela dificuldade probatória de se demonstrar o referido elemento no caso concreto. A bem da verdade, a aplicação de tal teoria facilita a não reparação do dano pelo administrado que, em razão de sua hipossuficiência, pena para demonstrar a ineficiência do serviço público prestado e a relação direta com o dano sofrido.

Isto posto, ganha força a corrente doutrinária que, a partir de uma leitura hermenêutica do texto constitucional, amplia aos atos omissivos a responsabilidade objetiva, exigindo, tão somente, a demonstração do nexos de causalidade entre a omissão e o dano sofrido pelo terceiro. É o que entende, no mais, DI PIETRO:

Alguns, provavelmente preocupados com as dificuldades, para o terceiro prejudicado, de obter ressarcimento na hipótese de se discutir o elemento subjetivo, entendem que o dispositivo constitucional abarca os atos comissivos e omissivos do agente público. Desse modo, basta demonstrar que o prejuízo sofrido teve um nexos de causa e efeito com o ato comissivo ou com a omissão. Não haveria que se cogitar de culpa ou dolo, mesmo no caso de omissão<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> José dos Santos Carvalho Filho, **Manual de direito administrativo**, p. 572.

<sup>14</sup> Hely Lopes Meirelles, **Direito administrativo brasileiro**, p. 611.

<sup>15</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro, **Direito administrativo**, p 797.

Há autores que vão além e defendem uma responsabilidade irrestrita do Estado, retomando a ideia da *Teoria Integral do Risco*, como TARTUCE, quando invoca o novo paradigma da *responsabilidade pressuposta*<sup>16</sup>, em que se desloca o foco da responsabilidade civil daquele que causa o dano para a vítima, defendendo o imediato dever de reparação do Estado se diante de condutas consideradas “socialmente reprováveis”<sup>17</sup>, a exemplo de balas perdidas.

Neste diapasão, longe de se pretender classificar tais teorias como “melhor” ou “pior”, o que se conclui é que, em que pese seja delicado pretender atribuir ao Estado todas as máculas que acometem a sociedade, não se pode fechar os olhos para a realidade fática, em que o Estado, garantidor dos direitos fundamentais da sociedade, está sujeito a falhas no exercício da sua atividade administrativa que causam danos e ficam à margem de reparação.

Diante deste cenário, na tentativa de mitigar a celeuma, o Supremo Tribunal Federal tem se valido dos conceitos de omissão genérica e específica, muito bem distinguidos por CAVALIERI FILHO<sup>18</sup>, para defender que a “[...] responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público”<sup>19-20</sup>.

---

<sup>16</sup> “Se for o caso for o de observar um horizonte histórico de responsabilidade civil, este instituto contemporâneo é um instituto que hoje, exige uma reformulação de concepção e clama por uma concepção ético-política, vale dizer uma concepção que vá além da sua singela compreensão dogmática ou burocrática. A compensação e a reparação, porque, porque são formas concebidas contemporaneamente para o reequilíbrio da vida social, não podem simplesmente procurar restabelecer um mesmo estado anterior de pouca cidadania. Clama também por obrigação e responsabilidade civil, mas pode – ou melhor, deve – fazer da responsabilidade civil um instrumento para garantia de direitos sociais e de exercício de direitos civis por todos os cidadãos, inclusive o direito à propriedade”.

Giselda Maria F. Novaes Hironaka, **Responsabilidade pressuposta**, p. 346.

<sup>17</sup> “[...] pensamos que essa teoria de responsabilização mediante culpa do Estado, em caso de omissão, deve ser revista, principalmente nos casos envolvendo falta de segurança, mormente as balas perdidas. [...] pode-se dizer que, no quesito segurança – como também em outros -, o Estado não vem cumprindo suas obrigações assumidas perante a sociedade. A sua conduta, nessa área, pode ser tida como socialmente reprovável”.

Flávio Tartuce, **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**, p. 482-483.

<sup>18</sup> “Se um motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado”.

Sergio Cavalieri Filho, **Programa de responsabilidade civil**, p. 231.

<sup>19</sup> STF. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AI n. 766051. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJe 29.06.2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur194399/false>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

<sup>20</sup> “[...] A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. – Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de

E, recentemente, o Colendo Tribunal Supremo conferiu repercussão geral ao tema, em RE n. 136.861, de relatoria do Min. Edson Fachin, consolidando a responsabilidade objetiva do Estado a partir da teoria do risco administrativo, desde que demonstrada a violação de dever jurídico específico de agir<sup>21</sup>.

Assim, o que se conclui é que, tratando-se de omissão específica, quando há um dever de agir individualizado do Estado inadimplido, dispensa-se a análise da culpa sobre a falha na prestação do serviço. Em contrapartida, naqueles casos em que não há comprovação da omissão estatal ser a causa direta do dano sofrido pelo administrado, caracterizando, assim, uma omissão genérica, invoca-se a regra geral da responsabilidade subjetiva, exigindo-se, então, produção de provas.

### 3. À GUISA DE SÍNTESE

---

indenização pelo dano pessoal e/ou objetiva do Poder público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido”.

STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ARE n. 655277. Relator Ministro Celso de Mello. DJe 12.06.2012, Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur210463/false>>. Acesso em 02 dez. 2020.

<sup>21</sup> “RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR. 1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício. 4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”. 5. Recurso extraordinário desprovido”.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE n.136861. Relator Ministro Edson Fachin. DJe 13.08.2020. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429305/false>>. Acesso em 02 dez. 2020.

Atualmente, vigora no ordenamento jurídico brasileiro, como regra, a Responsabilidade Objetiva, em que o Estado é considerado responsável pelos danos causados a terceiros em decorrência de condutas ilícitas praticadas pelos seus agentes públicos, resguardado o direito de regresso, conforme preceitua o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e artigo 43 do Código Civil. A natureza objetiva dessa responsabilidade dispensa a análise do elemento culpa, conferindo central importância ao nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano sofrido pelo terceiro.

Contudo, tais dispositivos normativos nada versam sobre a omissão do Estado, materializada na má prestação de serviços públicos, como ilicitude apta a ensejar uma reparação civil do terceiro, o que leva à inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Há aqueles que defendem a retomada da *Teoria da Culpa Administrativa*, em que, em contraponto à regra da responsabilidade objetiva, exige o elemento culpa, ou seja, a prova da falta da prestação do serviço ou falha na sua prestação, para que o Estado seja responsabilizado.

No entanto, devido à dificuldade probatória que recai sobre o administrado diante da aplicação de tal entendimento, a vertente que vem sendo mais admitida em nosso direito atual é a da responsabilidade objetiva aos casos de omissão do Estado a partir de uma interpretação extensiva do texto normativo constitucional. Teoria pacificada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal que, em sede de repercussão geral, reconheceu tratar-se de responsabilidade objetiva, já lapidada, com o acréscimo do requisito especificidade, o qual dispõe que a omissão deve se referir a violação de direito específico, não bastando mera omissão genérica. Tal posicionamento, além de consolidar a temática, admitindo a condição do Estado como garantidor de direitos fundamentais, também resguarda que não lhe será atribuído toda e qualquer infelicidade que recaia sobre a sociedade.

Todavia, merece atenção do direito público a ascensão dos novos paradigmas na responsabilidade civil, os quais priorizam a análise do dano sofrido pela vítima. No que se refere à responsabilidade do Estado, não se pode olvidar a magnitude dos danos sociais, especialmente quando se trata serviço público inexistente ou ineficiente, em que pese o dever público de prestá-lo. E, nesse cenário, é que se retoma na doutrina, ainda que timidamente, o dever de reparação irrestrita do Estado em situações consideradas socialmente reprováveis, em razão do princípio da proteção máxima do administrado na condição de vítima, rememorando a *Teoria do Risco Integral*, tal como já se aplica aos danos ambientais.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo, Atlas, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: RT, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina – jurisprudência – glossário**. 3.ed. São Paulo: RT, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: volume 7, responsabilidade civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10.ed. São Paulo: RT, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.

## LEI DE ARROLAMENTO FISCAL DE BENS E DIREITO ANOTADA

Valterlei A. da Costa

*Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR. Ex-Técnico de Finanças e Controle da Procuradoria da Fazenda Nacional. Membro do Instituto de Direito Tributário do Paraná. Professor dos cursos de pós-graduação em direito lato sensu da UNICURITIBA e ABDCONST. e-mail: costa.valterlei@gmail.com*

Lei nº 9.532, de 10 de dezembro 1997<sup>1-2</sup>.

---

<sup>1</sup> Lei que é conversão da Medida Provisória nº 1.602, publicada no DOU de 11.12.1997.

<sup>2</sup> Podem ser levantadas sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da lei de arrolamento fiscal de bens e direitos, quer formais, quer matérias.

Quanto à *forma*, que deveria ter sido instituído por lei complementar, uma vez que “[o] arrolamento de bens de que se cuida é sem dúvida uma garantia do crédito tributário. [...]. Com efeito, essa matéria está reservada às leis complementares pelo art. 146, inciso III, alínea *b* da Constituição Federal [...]. Para ser formalmente compatível com a Constituição, o arrolamento de bens do sujeito passivo deveria constar de Lei Complementar”. Hugo de Brito Machado, Arrolamento de bens do contribuinte, **Revista de direito tributário**, n. 82, p. 29. Ou seja, a lei complementar do art. 146, III, b, da CF/88 seria o instrumento legislativo hábil, pois “[...] o arrolamento fiscal é sim um ato com que se assegura o cumprimento de obrigação, emoldurada como garantia do crédito tributário [...]”. Mantovanni Colares Cavalcante, O arrolamento fiscal como ato administrativo de múltiplos efeitos, in Paulo de Barros Carvalho (presid.), **Sistema tributário brasileiro e as relações internacionais**, p. 788.

Quanto ao conteúdo, que “[...] o arrolamento fiscal, na forma como instituídos pelos arts. 64 e 65 da Lei 9.532/97, é inconstitucional por ofensa direta aos princípios do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição)”. Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, **Revista dialética de direito tributário**, n. 73, p. 123.

Em relação ao primeiro tema, da necessidade de lei complementar, desconhecemos qualquer apreciação do E.STF; quanto ao segundo, da ofensa ao devido processo legal, não foi conhecido de Recurso Extraordinário, alegando-se que seria mero caso de ofensa reflexa à Constituição:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. APONTADA OFENSA AO ART. 5º, LIV E LV, DA CF/88. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. AFRONTA REFLEXA. [...]”.

2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. [...]”.

(STF, ARE 1122971 ED-AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018).

Altera a legislação tributária federal e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

[...]

Art. 64. A autoridade fiscal competente<sup>3</sup> procederá ao arrolamento de bens e direitos<sup>4</sup> do sujeito passivo<sup>5</sup> sempre que o valor dos créditos tributários<sup>6</sup> de sua responsabilidade for superior a trinta por cento<sup>7</sup> do seu patrimônio conhecido<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> “Os arts. 64 e 65 da Lei 9.532/97 atribuíram novos poderes às autoridades fazendárias das três esferas [...]”. Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, **Revista dialética de direito tributário**, n. 73, p. 116. Assim, tanto a administração tributária da União, dos Estados e dos Municípios podem valer-se desta Lei nº 9.532/97. Agora, deve ter-se em conta que a competência, e o ônus, para realizar o arrolamento fiscal de bens e direitos é da autoridade dos entes federativos, não podendo ser transferida para o sujeito passivo, pois “[...] o ato dos fiscais de determinar ao contribuinte que proceda ao arrolamento, além de ilegal pode ser considerado um meio vexatório e gravoso de cobrança do tributo, que a lei não autoriza. Especialmente se seguido da ameaça de qualquer natureza”. Hugo de Brito Machado, Arrolamento de bens do contribuinte, **Revista de direito tributário**, n. 82, p. 33.

<sup>4</sup> Não deve o presente arrolamento de bens e direitos ser confundido com aquele estabelecido pelo art. 33, § 2º, do Decreto nº 70.235, de 06.03.1972, que previa a necessidade de se “arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% da exigência fiscal” para que fosse possível a interposição de recurso voluntário, o qual, de todo modo, acabou sendo julgado inconstitucional:

“É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

(STF, Súmula Vinculante nº 21, Sessão Plenária de 29/10/2009).

Também não deve ser identificado com a antiga ação cautelar de arrolamento de bens (art. 855 do CPC/73), que no NCP (art. 301) aparece como tutela de urgência de natureza cautelar, pois “[...] o ‘arrolamento administrativo’ [...] não tem nenhuma semelhança jurídica com a ação cautelar de arrolamento prevista no Código de Processo Civil [...]. Seus pressupostos são completamente distintos [...]. Extrema-se também os institutos em questão no que concerne a seus objetivos e efeitos [...]”. James Marins, **Direito processual tributário**, p. 394. Nessa linha, o arrolamento de bens e direitos previsto nesta lei “[...] é mero inventário [...] a fim de informar o Poder Público a respeito dos bens que poderão ser gravados em eventual execução fiscal, e permitir o controle de fraudes [...]”. Hugo de Brito Machado Segundo, **Processo tributário**, p. 321. Agora, por ser uma medida administrativa, não pode tornar os bens e direitos do sujeito passivo indisponíveis, sob pena de ofensa ao art. 5º, LIV, da CF/88, o qual estabelece o devido processo legal para privação dos bens. Assim, a transferência ou alienação de bens e direitos arrolados não necessitam de autorização fazendária, bastando a comunicação:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. RECURSOS ADMINISTRATIVOS

PENDENTES DE JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE HIPÓTESES DE CANCELAMENTO. [...].

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o arrolamento de bens, instituído pela Lei 9.532/1997, gera apenas um cadastro em favor da Fazenda Pública, destinado a viabilizar o acompanhamento da evolução patrimonial do sujeito passivo da obrigação tributária. O devedor tributário continua em pleno gozo dos atributos da propriedade, tanto que os bens arrolados, por não se vincularem à satisfação do crédito tributário, podem ser transferidos, alienados ou onerados, independentemente da concordância da autoridade fazendária. [...].

(STJ, AgRg no REsp 1313364/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015).

Todavia, é de se registrar a seguinte decisão:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARROLAMENTO DE BENS. LEI N. 9.532/97. ACÓRDÃO A QUO. HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. [...].

4. A medida acautelatória, sob a ótica do interesse público, tem o intuito de evitar o despojamento patrimonial indevido, por parte de contribuintes. [...].”

(STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1190872/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012).

Sobre a necessidade de comunicação dos atos que transfiram, alienem ou onerem bens e direitos arrolados, ver nota ao art. 64, § 3º, desta Lei 9.532/1997. Sobre os efeitos práticos do arrolamento fiscal de bens e direito, ver nota ao art. 64, § 5º, desta Lei 9.532/1997.

<sup>5</sup> Nos termos do art. 121, parágrafo único, do CTN, o sujeito passivo pode ser o contribuinte ou o responsável. Com isso em conta, é possível que o arrolamento fiscal não seja apenas de bens e direitos do contribuinte, mas também do responsável:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS DOS SÓCIOS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA DEVEDORA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO CUJA CONCLUSÃO RESULTA DA ANÁLISE DO ACERVO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. [...].

2. Embora o arrolamento administrativo, via de regra, refira-se somente aos bens do próprio devedor tributário, há situações em que a responsabilidade pelo pagamento do tributo poderá ser atribuída a terceiros, de forma solidária ou subsidiária, de tal sorte que, na constatação da existência de fraude, ilícitos penais correlatos ou de alguma das situações previstas nos artigos 132, 133, 134 e 135 do CTN, pode o fisco proceder ao arrolamento de bens que não sejam da propriedade do devedor originário, desde que comprove os requisitos legais necessários à responsabilização”.

(STJ, AgRg no REsp 1420023/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 27/10/2015).

<sup>6</sup> O que importa é se o crédito tributário existe ou não existe, ou seja, se está ou não constituído, o que ocorre com a notificação do sujeito passivo:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS. ARTIGO 64 DA LEI 9.532/97. PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. IRRELEVANTE. [...].

3. O arrolamento de bens e direitos não acarreta a indisponibilidade dos bens do devedor, nem fica condicionado à conclusão de eventuais processos pendentes na via administrativa ou judicial. Basta, para sua realização, que os créditos estejam constituídos, o que possibilita que se verifique a materialização dos seus requisitos. [...].”

(STJ, REsp 1073790/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 27/04/2009).

Nessa linha, a suspensão da exigibilidade do crédito, mesmo que por parcelamento, não impede o arrolamento de bens:

§ 1º Se o crédito tributário for formalizado contra pessoa física, no arrolamento devem ser identificados, inclusive, os bens e direitos em nome do cônjuge<sup>9</sup>, não gravados com a cláusula de incomunicabilidade<sup>10-11</sup>.

§ 2º Na falta de outros elementos indicativos, considera-se patrimônio conhecido, o valor constante da última declaração de rendimentos apresentada<sup>12</sup>.

---

“TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. PARCELAMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE ANTES DA MEDIDA FISCAL. IRRELEVÂNCIA. PREMISSA DE EXISTÊNCIA DO CRÉDITO, NÃO DE EXIGIBILIDADE. ATO MERAMENTE ADMINISTRATIVO E ACAUTELATÓRIO DE MONITORAMENTO DA EVOLUÇÃO PATRIMONIAL DO SUJEITO PASSIVO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1.022 DO CPC/2015 E 151, VI, DO CTN NÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III, DO CTN. ENQUADRAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE NO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA E JURÍDICA ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS. NÃO CONHECIMENTO. INVIABILIDADE DE APRECIÇÃO. [...]”

7. A premissa do arrolamento é a existência, não a exigibilidade de crédito tributário, o que torna desimportante qualquer a hipótese de suspensão prevista no art. 151, VI, do CTN.

8. Verificada a circunstância objetiva de o crédito tributário ser superior a trinta por cento do patrimônio conhecido do sujeito passivo, e a soma dos créditos ultrapassar o valor estabelecido na legislação de regência, passível juridicamente o arrolamento fiscal, que somente é liberado após liquidado ou garantido o crédito tributário que tenha motivado o ato, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (art. 64, § 9º, da Lei nº 9.532/1997). [...]”

(STJ, REsp 1665017/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017).

<sup>7</sup> A exigência de que o crédito tributário supere os 30% do patrimônio conhecido do sujeito passivo é condição necessária e também suficiente para que se decrete o arrolamento fiscal de bens e direito, não sendo um imperativo, como na antiga ação cautelar de arrolamento de bens, prevista no art. 855 do CPC/73, “[...] que haja fundado receito de extravio ou dissipação de bens [...]”. Ovídio Baptista da Silva, **Do processo cautelar**, p. 447. De toda sorte, “[...] para fins de cálculo do limite de 30% (trinta por cento) do patrimônio do contribuinte pessoa jurídica, serão considerados os créditos tributários [...] imputáveis a todos os estabelecimentos e, da mesma forma, o *patrimônio integral* da pessoa jurídica”. Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, **Revista dialética de direito tributário**, n. 73, p. 116-117.

<sup>8</sup> “Mas ‘conhecido’ por quem? Obviamente, o sentido da lei é de considerar o patrimônio conhecido pelo Fisco [...]”. Marco Aurélio Greco, Arrolamento fiscal e quebra de sigilo, in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), **Processo administrativo fiscal**, p. 165-166.

Ver nota ao art. 64, § 2º, desta Lei 9.532/97.

<sup>9</sup> “A posição visa a perscrutar o regime de bens do casal, sem alimentar a perspectiva de se comprovar o benefício incorrido, ou eventual argumento de não existir responsabilidade tributária do cônjuge”. Carlos Henrique Abrão, **Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens**, p. 184.

<sup>10</sup> A MP nº 449, de 03.12.2008, alterou este parágrafo, mas acabou não sendo, neste ponto, convertida em lei: “Art. 31. Os arts. 62 e 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação: § 1º No arrolamento, devem ser identificados também os bens e direitos: I - em nome do cônjuge, desde que não comunicáveis na forma da lei, se o crédito tributário for formalizado contra pessoa física; ou II - em nome dos responsáveis tributários de que trata o art. 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”.

<sup>11</sup> “CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE. É denominação dada à condição imposta pelo testador, o que também pode advir do doador, para que os bens herdados ou doados não se comuniquem pelo casamento, conservando-se como propriedade particular do cônjuge favorecido, ou beneficiário, mesmo que o casamento se tenha feito ou se faça sob o regime da comunhão universal”. De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**, p. 173.

§ 3º A partir da data da notificação do ato de arrolamento, mediante entrega de cópia do respectivo termo, o proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los<sup>13</sup>, aliená-los<sup>14</sup> ou onerá-los<sup>15</sup>, deve comunicar o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo<sup>16</sup>.

§ 4º A alienação, oneração ou transferência, a qualquer título, dos bens e direitos arrolados, sem o cumprimento da formalidade prevista no parágrafo anterior, autoriza o requerimento de medida cautelar fiscal contra o sujeito passivo<sup>17</sup>.

§ 5º O termo de arrolamento de que trata este artigo será<sup>18</sup> registrado<sup>19</sup> independentemente de pagamento de custas ou emolumentos<sup>20-21</sup>:

---

<sup>12</sup> “O conhecimento do Fisco pode ter sido obtido de três maneiras básicas: a partir de diligências realizadas pelo próprio Fisco junto a órgãos oficiais, empresas, entidades etc., ou pela troca de informações entre os fiscos federal, estaduais e municipais, nos termos do artigo 199 do C.T.N.; b) a partir de comunicações feitas ao Fisco por terceiros, relativamente a atos ou operações realizadas pelo sujeito passivo (p. ex. comunicação que os Tabelionatos de Notas realizam das transações imobiliárias realizadas); c) a partir de *informações prestadas pelo próprio sujeito passivo*, em cumprimento a uma determinação legal”. Marco Aurélio Greco, Arrolamento fiscal e quebra de sigilo, *in* Valdir de Oliveira Rocha (coord.), **Processo administrativo fiscal**, p. 166. Agora, como a declaração de bens e direitos é feita à União, “[...] presume-se que as autoridades fazendárias concederão às autoridades estaduais e municipais amplo acesso às declarações de rendimentos dos contribuintes [...]”. Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, **Revista dialética de direito tributário**, n. 73, p. 116.

<sup>13</sup> “[...] na linguagem jurídica, a transferência designa o ato pelo qual a pessoa cedente, alienante, ou renunciante, transmite a outrem direitos, ou coisas, que lhe pertenciam”. De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**, p. 829.

<sup>14</sup> “**ALIENAR**. É verbo que significa a ação de passar para outrem o domínio de coisa ou o goza de direito que é nosso”. De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**, p. 55.

<sup>15</sup> “**ONERAR**. Do latim *onerare* (carregar, cobrir), na significação jurídica quer exprimir: *agravar, impor encargos ou obrigações*”. De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**, p. 573.

<sup>16</sup> É caso para o ajuizamento de cautelar fiscal transferir, alienar ou onerar os bens e direitos arrolados sem a devida comunicação. Todavia, não há a necessidade de que tal comunicação seja feita previamente:

“TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. ARROLAMENTO DE BENS. NECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO FAZENDÁRIO. REQUISITO PREENCHIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RESTABELECEM A SENTENÇA DE FLS. 1.058/1.067.

1. A Lei 9.532/97, que deu nova redação à Lei 8.397/92, em seu art. 64, § 3º., não exige que a notificação ao órgão fazendário seja prévia à alienação, mas simplesmente que exista a comunicação. [...]”.

(STJ, REsp 1217129/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2016, DJe 21/11/2016).

<sup>17</sup> Na antiga ação cautelar de arrolamento, art. 855 do CPC/73, “[a] alienação dos bens arrolados sem autorização judicial é [era] ato ineficaz [...]”. Humberto Theodoro Júnior, **Processo cautelar**, p. 353 (adaptamos entre parênteses). Agora, no arrolamento fiscal, por um lado, não fica impedido o sujeito passivo de dispor de seus bens e direitos, mas, por outro, tem a obrigação de comunicar tais atos ao fisco, sob pena de ter ajuizada contra si ação cautelar fiscal.

Ver nota ao art. 64, *caput*, desta Lei nº 9.532/97.

<sup>18</sup> Apesar da existência de julgamento pelo C.STJ no sentido de que “poderá” ser registrado o arrolamento de bens e direitos, entendemos como uma melhor interpretação a que prestigia a literalidade

I - no competente registro imobiliário, relativamente aos bens imóveis<sup>22</sup>;

II - nos órgãos ou entidades, onde, por força de lei, os bens móveis ou direitos sejam registrados ou controlados<sup>23</sup>;

---

desta lei. Desse modo, o arrolamento de bens e direitos “será”, ou melhor, “deverá ser” registrado. De toda sorte, segue a referida decisão:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ARROLAMENTO ADMINISTRATIVO DE BENS E DIREITOS. ALEGAÇÃO DE FATO NOVO. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. VERIFICAÇÃO NA PRESENTE VIA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RESSALVA DAS VIAS ORDINÁRIAS. ART. 64, § 5º, DA LEI N. 9.532/97. AVERBAÇÃO DO TERMO DE ARROLAMENTO FISCAL NOS ÓRGÃOS COMPETENTES. LEGALIDADE. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N. 10/STF. [...].

IV - O termo de arrolamento fiscal de bens e direitos pode ser registrado nos órgãos competentes, conforme previsão expressa do art. 64, § 5º, da Lei n. 9.532/97. Precedentes. [...].

(STJ, AgRg no REsp 1123242/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 21/09/2016).

<sup>19</sup> “Os atos de registro se processam pela *inscrição, transcrição, arquivamento e averbação*”. De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**, p. 691.

<sup>20</sup> A partir da concepção de que se cobra taxa para se efetuar de um registro, então estabelece este artigo uma verdadeira isenção tributária. Todavia, como é o registro um serviço estadual, estaríamos diante de uma isenção heterônoma, a qual é expressamente proibida pela Constituição (art. 151, III, da CF/88). “Ora, tendo a Constituição estabelecido o regime federal e, por conseguinte, fixado a isonomia entre as pessoas que compõem a Federação [...] não há falar-se em supremacia de uma pessoa sobre outra. Ergo, impossível, na vigência desse regime, a exigência recíproca de impostos”. Aires Barreto e Paulo Ayres Barreto, **Imunidades tributárias**, p. 60.

Ademais, também não se poderia alegar imunidade recíproca, pois ela só alcança os impostos (art. 150, VI, a, da CF/88). Assim, “[c]omo sabido, a imunidade em foco abrange tão-somente os impostos, tributos não vinculados a uma atuação estatal. [...] Não há, à evidência, impedimento à exigência de taxas, contribuição de melhoria e contribuições sociais”. Regina Helena Costa, **Imunidades tributárias**, p. 139. Ver art. 39 da LEF.

<sup>21</sup> Por que se registra o arrolamento de bens e direitos? “Para criar contra o proprietário dos bens arrolados um clima negativo, que na prática corresponderá a uma quase proibição de dispor de seus bens”. Hugo de Brito Machado, O arrolamento de bens do contribuinte, in Valdir de Oliveira Rocha, **Processo administrativo fiscal**, p. 67. Assim, o registro do arrolamento torna-se problemático, pois busca um efeito que a lei não pode estabelecer, pois seria inconstitucional, que é o de tornar indisponíveis os bens e direitos do contribuinte arrolados sem que haja, todavia, uma medida judicial para tanto, ou, na melhor das hipóteses, o que também seria inconstitucional, “[...] o patrimônio do contribuinte tem seu valor de mercado diminuído após ser arrolado pelo fisco [...]”. Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, **Revista dialética de direito tributário**, n. 73, p. 122. Entretanto, não é esse o único impasse que pode ser apontado em relação ao registro, pois entra em cena também o sigilo fiscal que é a “[...] contrapartida da exposição do contribuinte ao poder-dever do Fisco de fiscalizar o cumprimento da legislação tributária [...]”. Marcelo Guerra Martins, Comentários aos arts. 194 a 200 e 205 a 218, in Vladimir Passos de Freitas (coord.), **Código Tributário Nacional comentado**, p. 1044. Assim, “[...] ‘registrar’ o Termo de arrolamento [...] parece-me ser uma previsão que padece nitidamente de ‘ilegitimidade constitucional’ por conflitar com o artigo 198 do CTN e inconstitucionalidade por violar a parte final do § 1º do artigo 145 da CF-88 [...]”. Marco Aurélio Greco, Arrolamento fiscal e quebra de sigilo, in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), **Processo administrativo fiscal**, p. 168-169.

<sup>22</sup> “Quando o arrolamento dispuser de bem imóvel, a sua consecução implementará medida de averbação junto à matrícula, no cartório da circunscrição imobiliária, impedindo a alegação de desconhecimento, e para sequencia (sic) cronológica se apurar fraude”. Carlos Henrique Abrão, **Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens**, p. 187.

III - no Cartório de Títulos e Documentos e Registros Especiais do domicílio tributário do sujeito passivo, relativamente aos demais bens e direitos<sup>24</sup>.

§ 6º As certidões de regularidade fiscal expedidas deverão conter informações quanto à existência de arrolamento<sup>25</sup>.

§ 7º O disposto neste artigo só se aplica a soma de créditos de valor superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)<sup>26</sup>.

§ 8º Liquidado<sup>27</sup>, antes do seu encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, a autoridade competente da Secretaria da Receita Federal comunicará o fato ao registro imobiliário, cartório, órgão ou entidade competente de

---

<sup>23</sup> “[...] tratando-se de veículo, perante a repartição de trânsito; se ações, junto à entidade custodiante; e a busca de valores da localidade, marcas e patentes perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial [...]”. Carlos Henrique Abrão, **Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens**, p. 187.

<sup>24</sup> “[...] tratando-se de sociedade empresária, com arrolamento das quotas do capital social, tornar-se-á registrado o ato perante a Junta Comercial [...]”. Carlos Henrique Abrão, **Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens**, p. 188. Por sua vez, “[...] quando o consorciado submeter-se ao regime de aquisição a prazo de um determinado bem, os direitos serão alvo de arrolamento, comunicando-se à administradora”. (*Ibidem*, p. 187).

<sup>25</sup> Por um lado, o arrolamento fiscal de bens e direitos não impede a emissão de certidão positiva com efeito de negativa, devendo nela, todavia, constar a observação de que há contra o sujeito passivo tal medida. Por outro lado, o arrolamento fiscal *per se* não autoriza sua emissão, pois não se considera o crédito tributário plenamente garantido para ensejar os efeitos do art. 206 do CTN, uma vez que os bens e direitos podem ser ainda transferidos, alienados ou onerados:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. REQUISITO SUFICIENTE PARA A EXPEDIÇÃO DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL (POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA). IMPOSSIBILIDADE. [...]”.

2. Trata-se de procedimento que: a) não versa sobre créditos tributários ainda a vencer; b) não implica qualquer tipo de oneração dos bens do sujeito passivo, em favor do Fisco (penhora), ou medida de antecipação da constrição judicial a ser efetivada na Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública (caução); e c) não constitui hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

3. Nesse contexto, o arrolamento, isoladamente, não se presta a autorizar a emissão da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (art. 206 do CTN). [...]”.

(STJ, REsp 1099026/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 20/08/2009).

Ver nota ao art. 64, *caput*, desta Lei 9.532/1997,

<sup>26</sup> Decreto nº 7.573, de 29.11.2011: “Art. 1º O limite de que trata o § 7º do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, passa a ser de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)”.

<sup>27</sup> O melhor, ao invés do termo “liquidado”, seria o vocábulo “extinto”, com referência ao CTN: “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; II - a compensação; III - a transação; IV - remissão; V - a prescrição e a decadência; VI - a conversão de depósito em renda; VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º; VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164; IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X - a decisão judicial passada em julgado; XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei”.

registro e controle, em que o termo de arrolamento tenha sido registrado, nos termos do § 5º, para que sejam anulados os efeitos do arrolamento<sup>28</sup>.

§ 9º Liquidado ou garantido<sup>29</sup>, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, após seu encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa, a comunicação de que trata o parágrafo anterior será feita pela autoridade competente da Procuradoria da Fazenda Nacional.

---

<sup>28</sup> Posteriormente, caso deixe o crédito tributário de somar 30% ou mais do patrimônio conhecido do contribuinte, isso não implicará o cancelamento do arrolamento. Nesse sentido, vem decidindo a primeira turma do C.STJ:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARROLAMENTO FISCAL DE BENS E DIREITOS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO ATUALMENTE INFERIOR A 30% (TRINTA POR CENTO) DO PATRIMÔNIO CONHECIDO DO SUJEITO PASSIVO. IRRELEVÂNCIA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS À ÉPOCA DA IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIDA. AFASTAMENTO DA CONSTRUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DO DÉBITO OU DE GARANTIA DA EXECUÇÃO. ART. 64, §§ 8º E 9º, DA LEI N. 9.532/97. PRECEDENTES. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. [...].

II - É irrelevante, para efeito de arrolamento fiscal de bens e direitos, que os atuais valores dos débitos tributários alcancem patamar inferior a 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido do sujeito passivo, porquanto somente a liquidação ou a garantia da execução permitem o afastamento da medida, implementada anteriormente com a observância dos requisitos legais. Precedentes. [...]”.

(STJ, AgInt no REsp 1642816/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 15/09/2017).

Bem como a segunda turma do C.STJ:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. RECURSOS ADMINISTRATIVOS PENDENTES DE JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE HIPÓTESES DE CANCELAMENTO. [...].

3. A existência de recursos ou impugnações administrativas nos procedimentos fiscais, apesar de acarretar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III, do CTN, não obsta a realização do arrolamento fiscal. O arrolamento de bens será cancelado somente nos casos em que o crédito tributário que lhe deu origem for liquidado antes da inscrição em dívida ativa ou, se após esta, for liquidado ou garantido na forma da Lei n. 6.830/1980. Precedentes. [...]”.

(STJ, AgRg no REsp 1313364/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015).

Ademais, as condições para o cancelamento do arrolamento de bens devem ser interpretadas de forma restritiva:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. ARTIGO 64 DA LEI 9.532/1997. [...].

2. Os §§ 8º e 9º do art. 64 da lei nº 9.532/1997 dispõe expressamente sobre as hipóteses de cancelamento do arrolamento do bem, sendo que somente será cancelado nos casos em que o crédito tributário que lhe deu origem for liquidado antes da inscrição em dívida ativa ou, se após esta, for liquidado ou garantido na forma da Lei nº 6.830/1980, não havendo autorização na legislação de regência para que o agente da administração cancele o arrolamento fora das disposições expressamente previstas. Precedentes. [...]”.

(STJ, AgRg no AREsp 780.107/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015).

<sup>29</sup> Sobre o termo “liquidado”, ver nota ao art. 64, § 8º, desta Lei nº 9.532/97; sobre a garantia da execução fiscal, ver art. 9º da LEF.

§ 10. Fica o Poder Executivo autorizado a aumentar ou restabelecer o limite de que trata o § 7º deste artigo<sup>30</sup>.

§ 11. Os órgãos de registro público onde os bens e direitos foram arrolados possuem o prazo de 30 (trinta) dias para liberá-los, contados a partir do protocolo de cópia do documento comprobatório da comunicação aos órgãos fazendários, referido no § 3º deste artigo<sup>31-32</sup>.

§ 12. A autoridade fiscal competente poderá, a requerimento do sujeito passivo, substituir bem ou direito arrolado por outro que seja de valor igual ou superior, desde que respeitada a ordem de prioridade de bens a serem arrolados definida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e seja realizada a avaliação do bem arrolado e do bem a ser substituído nos termos do § 2º do art. 64-A<sup>33</sup>.

Art. 64-A. O arrolamento de que trata o art. 64 recairá sobre bens e direitos suscetíveis de registro público<sup>34</sup>, com prioridade aos imóveis, e em valor suficiente<sup>35</sup> para cobrir o montante do crédito tributário de responsabilidade do sujeito passivo<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> Incluído pela Lei nº 11.941, de 27.05.2009.

<sup>31</sup> Incluído pela Lei nº 12.973, de 13.05.2014.

<sup>32</sup> Havendo a comunicação da transferência ou alienação de bem ou direito, não deve mais permanecer a averbação ou registro:

“ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS. ARTIGO 64 DA LEI N. 9.532/1997. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL ARROLADO. ANULAÇÃO DOS EFEITOS DO ATO DE ARROLAMENTO. [...]”

2. O bem imóvel regularmente adquirido do devedor tributário não mais pode constar de arrolamento administrativo, razão pela qual devem ser anulados seus efeitos, pois não mais poderá servir de garantia à satisfação do crédito tributário. [...]”

(STJ, REsp 1532348/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015).

Todavia, a baixa do registro ou da averbação somente pode ocorrer depois da alienação ou transferência e não antes:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. ADESÃO AO PARCELAMENTO DE QUE TRATA A LEI Nº 11.941/09. MANUTENÇÃO DE ARROLAMENTO DE BENS REALIZADO ANTES DA ADESÃO AO PARCELAMENTO. LEGALIDADE DO INCISO I, DO § 11, DO ART. 12 DA PORTARIA CONJUNTA PGFN/RFB Nº 6/2009. [...]”

5. O fato de o contribuinte devedor estar com dificuldades para receber a cobertura securitária do veículo roubado, em cujo registro consta o arrolamento do bem, bem como o fato de não estar conseguindo alienar outro dos veículos arrolados por temor dos terceiros adquirentes à vista dos referidos arrolamentos não lhe confere direito líquido e certo ao cancelamento da medida administrativa. [...]”

(STJ, REsp 1467587/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 06/02/2015).

<sup>33</sup> Incluído pela Lei nº 13.043, de 13.11.2014.

<sup>34</sup> Por não compreender o arrolamento fiscal uma forma de constrição, então não pode ser alegada a questão da impenhorabilidade dos bens e direitos:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COLACIONADOS COMO DIVERGENTES. ARROLAMENTO DE BENS. ARTS. 64 E 64-

§ 1º O arrolamento somente poderá alcançar outros bens e direitos para fins de complementar o valor referido no *caput*<sup>37</sup>.

§ 2º Fica a critério do sujeito passivo, a expensas dele, requerer, anualmente, aos órgãos de registro público onde os bens e direitos estiverem arrolados, por petição fundamentada, avaliação dos referidos ativos, por perito indicado pelo próprio órgão de registro, a identificar o valor justo dos bens e direitos arrolados e evitar, deste modo, excesso de garantia<sup>38</sup>.

[...]

Brasília, 10 de dezembro de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*Pedro Malan*

Instrução Normativa Receita Federal do Brasil nº 1565, de 11 de maio de 2015<sup>39</sup>.

Estabelece procedimentos para o arrolamento de bens e direitos e representação para propositura de medida cautelar fiscal.

---

A DA LEI N. 9.532/97. AUSÊNCIA DE CONSTRIÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 1º DA LEI N. 8.009/90. [...].

3. Por não implicar qualquer tipo de oneração dos bens em favor do Fisco, tampouco medida de antecipação da constrição judicial a ser efetivada na Execução da Dívida Ativa, não se confunde o arrolamento de bens com a penhora e, assim, não se há falar em impenhorabilidade de bem de família. [...].”

(STJ, AgRg no REsp 1147219/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 17/11/2009).

Ver nota ao art. 64, *caput*, desta Lei nº 9.532/97)

<sup>35</sup> “[...] fica a dúvida [...] de saber se o valor do bem imóvel é aquele constante da escritura, do valor venal ou, simplesmente, o levantado pelo Fisco, respeitando ao último lançamento tributário existente. Partilhamos do pensamento de que, em termos de avaliação, deverá prevalecer aquela de mercado [...]”. Carlos Henrique Abrão, **Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens**, p. 193.

<sup>36</sup> Incluído pela MP nº 2.158-35, de 24.08.2001

<sup>37</sup> Incluído pela MP nº 2.158-35, de 24.08.2001, e renumerado para § 1º pela Lei nº 12.973, de 13.05.2014.

<sup>38</sup> Incluído pela Lei nº 12.973, de 13.05.2014.

<sup>39</sup> Publicado no DOU de 12.05.2015.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 280 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, e nos arts. 64 e 64-A da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, resolve:

[...]

Art. 17. É facultado ao sujeito passivo apresentar recurso administrativo no processo de arrolamento de bens e direitos, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da ciência da decisão recorrida, nos termos do art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999<sup>40-41</sup>.

§ 1º O recurso será apreciado pelo chefe da divisão, do serviço, da seção ou do núcleo competente para realizar as atividades de controle e cobrança do crédito tributário da unidade da RFB do domicílio tributário do sujeito passivo que, se não o acatar, o encaminhará ao titular da unidade da RFB do domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 2º A decisão proferida pelo titular da unidade da RFB do domicílio tributário do sujeito passivo será definitiva na esfera administrativa.

[...]

JORGE ANTONIO DEHER RACHID

---

<sup>40</sup> Redação dada pela IN RFB nº 1769, de 18.12.2017. Redação anterior: Art. 17. É facultado ao sujeito passivo apresentar recurso administrativo no processo de arrolamento de bens e direitos, no prazo de 10 (dez) dias contado da data da ciência da decisão recorrida, nos termos dos arts. 56 a 65 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

<sup>41</sup> A Lei nº 9.532, de 10.12.1997, não prevê qualquer recurso contra o arrolamento fiscal de bens e direitos, o que faz dela, nesse ponto, inconstitucional: “[...] o arrolamento fiscal, como previsto na Lei 9.532/97, é incompatível com o comando constitucional que garante a contraditório e a ampla defesa [...] e isso porque *simplesmente não há previsão legal de contraditório no arrolamento fiscal*”. Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, **Revista dialética de direito tributário**, n. 73, p. 121. Em razão disso, com vistas à correção, é que por instrução normativa foi estabelecida a possibilidade de se apresentar recurso administrativo à União, no prazo de 10 dias, a contar da intimação do arrolamento fiscal de bens e direitos. Todavia, é recurso que se dá em instância única, o que permite que se questione, ainda, a observância ao devido processo, por ausência de um duplo grau.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. *Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar*. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2001.

CAVALCANTE, Mantovani Colares. O arrolamento fiscal como ato administrativo de múltiplos efeitos: a garantia da garantia da garantia do crédito tributário. In: CARVALHO, Paulo de Barros (presid.). SOUZA, Priscila (coord.). *Sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. São Paulo: Noeses, 2013, p. 773-791. (X Congresso Nacional de Estudos Tributários).

COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias: teoria e análise de jurisprudência do STF*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. Arrolamento fiscal e quebra de sigilo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Processo administrativo fiscal*, v.3. São Paulo: Dialética, 1998, p. 161-173.

MACHADO, Hugo de Brito. Arrolamento de bens do contribuinte. Exações com exigibilidade suspensa. O dever de fazer o arrolamento. Invalidez jurídica do procedimento. *Revista de direito tributário*, São Paulo: Malheiros, n. 82, p. 21-35, [2001?].

\_\_\_\_\_. O arrolamento de bens do contribuinte. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Processo administrativo fiscal*, v.3. São Paulo: Dialética, 1998.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2014.

MARTINS, Marcelo Guerra. Comentários aos arts. 194 a 200 e 205 a 208. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 991-1062 e 1116 a 1160 respectivamente.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Rogério Pires da. *Arrolamento fiscal: algumas reflexões sobre a Lei 9.532/97*. *Revista dialética de direito tributário*, São Paulo: Dialética, n. 73, p. 116-125, out. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 20.ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito. 2002.



**PARECER: VEDAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE MARCAS, SÍMBOLOS OU  
IMAGENS ASSOCIADAS AO GOVERNO FEDERAL, NO PERÍODO  
ELEITORAL<sup>1</sup>**

**Salete Teresinha de Souza**

*Procuradora do Município de Londrina.*

**Henrique Adriano Pazzotti**

*Acadêmico de Direito da Universidade Estadual de Londrina - UEL;  
Estagiário da Procuradoria Geral do Município de Londrina/PR. E-mail:  
henrique.pazzottilo@gmail.com*

**CONSULENTE:** Secretaria Municipal de Assistência Social

**ASSUNTO:** Vedação da utilização de marcas, símbolos ou imagens associadas ao Governo Federal no período eleitoral

**CONSULTA JURÍDICA:** Aplicação da vedação de utilização de marcas, símbolos ou imagens associadas ao Governo Federal, tendo em vista neste exercício tratar-se de eleições municipais, bem como a aplicação das orientações contidas na cartilha elaborada pela Advocacia-Geral da União aos agentes públicos municipais.

**EMENTA:** DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ELEIÇÕES MUNICIPAIS. VEDAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE MARCAS, SÍMBOLOS OU IMAGENS ASSOCIADAS AO GOVERNO FEDERAL NO PERÍODO DE ELEIÇÕES MUNICIPAIS.

**I – RELATÓRIO.**

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria Municipal de Assistência Social, na qual solicita orientações quanto à aplicação da vedação de utilização de marcas, símbolos ou imagens associadas ao Governo Federal no período de eleições municipais, bem como à aplicação das orientações contidas na cartilha elaborada pela Advocacia-Geral da União aos agentes públicos municipais.

---

<sup>1</sup> A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 733 / 2020-PGM, exarado em 11.09.2020.

Salienta que teria sido informado do Ofício Circular n. 3/2020/COMON/CGCONT/SOAD/SE/MMFDH - Governo Federal, através de mensagem eletrônica enviada pela Coordenação de Monitoramento/MDF, com orientações em relação à vedação da utilização de marcas, símbolos ou imagens associadas ao Governo Federal, no período compreendido entre 15 de agosto a 15 de novembro (para os municípios cujas eleições se definirem no primeiro turno) e no período compreendido entre 15 de agosto a 29 de novembro (para os municípios cujas eleições se definirem no segundo turno), cujas orientações remetem aos esclarecimentos contidos na cartilha elaborada pela Advocacia-Geral da União que apresenta as condutas vedadas aos agentes públicos federais em eleições.

É a síntese necessária.

## II – ANÁLISE.

A consulente solicita orientação quanto à aplicação da vedação de utilização de marcas, símbolos ou imagens associadas ao Governo Federal no período de eleições municipais, bem como à aplicação aos agentes públicos municipais das orientações contidas na cartilha elaborada pela Advocacia-Geral da União.

Cabe observar que a disciplina legal contida na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) e na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Lei de Inelegibilidades), mormente em seu art. 22, visa a impedir o uso do aparelho burocrático da administração pública de qualquer esfera de poder (federal, estadual, distrital ou municipal) em favor de candidatura, assegurando assim a igualdade de condições na disputa eleitoral.

Dispõe a Lei n. 9504/1997 (Lei das Eleições):

*Art. 40. O uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR.*

*Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:*

*(...)*

*VI - nos três meses que antecedem o pleito:*

*(...)*

*b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas*

entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

(...)

§ 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

(...)

§ 3º As vedações do inciso VI do caput, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição.

§ 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR.

§ 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do caput e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma.

§ 6º As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

§ 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

§ 8º Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem.

§ 9º Na distribuição dos recursos do Fundo Partidário (Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995) oriundos da aplicação do disposto no § 4º, deverão ser excluídos os partidos beneficiados pelos atos que originaram as multas.

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

§ 11. Nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o § 10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida.

§ 12. A representação contra a não observância do disposto neste artigo observará o rito do art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, e poderá ser ajuizada até a data da diplomação.

§ 13. O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.

(...)

Art. 78. A aplicação das sanções cominadas no art. 73, §§ 4º e 5º, dar-se-á sem prejuízo de outras de caráter constitucional, administrativo ou disciplinar fixadas pelas demais leis vigentes.

E prevê a Lei Complementar n. 64/1990 (Lei de Inelegibilidades):

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

(...)

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

(...)

Por fim, dispõe a Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral):

*Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.*

(...)

Assim, para efeitos da Lei n. 9.504/1997, enquadram-se na abordagem normativa os agentes políticos de todas as esferas federativas; servidores públicos efetivos e comissionados, da administração direta ou indireta, autárquica ou fundacional; empregados, sujeitos ao regime estatutário ou celetista, vinculados a órgão ou entidade pública (autarquias e fundações), empresa pública ou sociedade de economia mista; estagiários; gestores; ou qualquer pessoa vinculada a administração pública para a prestação de atividade pública (art. 73, § 1º).

Neste sentido, verifica-se que os dispositivos normativos contidos na Lei 9.504/1997 possuem ampla abrangência quando de sua denominação de agente público, ou seja, todos aqueles que possuem vínculo direto ou indireto com as atividades públicas estão sujeitos ao regramento da referida lei.

Partindo dessa premissa, é imperiosa a verificação de que a propaganda eleitoral é o meio oportuno para a manifestação de ideias e opiniões, que deve estar estrito à preservação da igualdade de oportunidades entre os candidatos, possuindo diretrizes normativas de asseguramento ao seu amplo exercício e de vedações de excessos na utilização desse instrumento eleitoral.

A propaganda eleitoral consolida-se através dos princípios orientadores da legalidade: a qual estipula a estrita observância de normas cogentes voltadas à vedação e permissão da propaganda como meio de manutenção da ordem pública; da liberdade: a veiculação da propaganda pode se dar de maneira ampla pelo candidato, observando o direito à ampla informação do eleitor e os limites estabelecidos pelo ordenamento; da responsabilidade: a observância da responsabilização legal

pelos excessos na veiculação da propaganda, sujeitando-se as cominações da lei; da isonomia de oportunidades: oportunidade igualitária existente entre os candidatos; e disponibilidade: possibilidade de abdicação do direito de veiculação de propaganda<sup>2</sup>.

Nesta senda, a Lei 9.504/1997 passa a estipular dispositivos que possuem teor cogente no tocante à utilização de propaganda eleitoral, como se verifica no rol de vedações (artigos 73 a 78), visando o impedimento do aparelho burocrático da administração pública de qualquer esfera da federação (federal, estadual, distrital ou municipal) em favor de candidatura, assegurando assim a isonomia de oportunidades na disputa eleitoral.

Além do rol de vedações concebidos nos artigos 73 a 78, referida lei tratou de dispor acerca das propagandas consideradas ilícitas.

O artigo 40 da Lei das Eleições dispõe que a utilização de propaganda eleitoral de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgãos do governo, empresas públicas ou sociedades de economia mista, são estritamente proibidas.

Extrai-se que o interesse intrínseco da redação contida no artigo 40 da Lei n. 9.504/97 é a coibição da possibilidade de associação da candidatura à Administração Pública, mesmo que seja o administrador o candidato. Nesse sentido, o entendimento professado pelo Tribunal Superior Eleitoral é no sentido de que para o enquadramento na previsão estabelecida no referido art. 40 é necessário o ato, tipicamente de propaganda eleitoral<sup>3</sup>.

Para o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul<sup>4</sup>, a mera tentativa de associação da candidatura a projeto ou programa estatal é viciado por ilegalidades, haja vista que a finalidade da norma é a vedação a associação de candidato a atos vinculados à Administração Pública, independente da obtenção de benefício eleitoral, sendo que apenas a divulgação dos feitos incorreria na irregularidade vedada pela norma jurídica.

---

<sup>2</sup> CASTRO, Edson de Resende. **Curso de direito eleitoral**. Del Rey, 2018, Revista e Atualizada, p. 282.

<sup>3</sup> *“Recurso especial. Ação penal. Símbolos, frases ou imagens associadas à administração direta. Uso em propaganda eleitoral. Art. 40 da Lei nº 9.504/97. Programa de prestação de contas à comunidade. Uso do brasão da Prefeitura. 1. Para configurar o tipo penal do art. 40 da Lei nº 9.504/97, é imprescindível que o ato praticado seja tipicamente de propaganda eleitoral. 2. A utilização de atos de governo, nos quais seria lícito o uso de símbolos da Prefeitura, com finalidade eleitoral, pode, em tese, configurar abuso do poder político, a ser apurado em processo específico. 3. Recurso conhecido e provido.”* ([Ac. de 19.8.2003, no Respe nº 21290, rel. Min. Fernando Neves.](#))

<sup>4</sup> BRASIL, **RE 49-87.2016.6.21.0163**, rel. DRA. MARIA DE LOURDES GALVAO BRACCINI DE GONZALEZ, sessão 07/02/2017.

Ainda assim, conforme outro julgado do TRE-RS<sup>5</sup>, não é proibida a divulgação de realizações decorrentes do exercício do mandato de candidato à reeleição. A vedação instituída pela norma diz respeito a utilização de símbolos, frases ou imagens oficiais de programa institucional de órgão governamental, buscando-se evitar o eventual benefício a candidaturas governistas.

Nesta mesma seara, imperioso destacar a Resolução nº 295 do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, a qual dispõe: “*Resolução nº 295, de 05/08/1994*- Cessação da veiculação de toda e qualquer publicidade ou propaganda que revista natureza eleitoral, pela possibilidade de beneficiar direta ou indiretamente candidatos, mediante a divulgação de símbolos, nomes, imagens, obras realizações, serviços”

O entendimento professado pelo TRE-PR não diverge do TRE-RS e do TSE:

*A imparcialidade, a impessoalidade que deve reger a atuação do Estado ficaria diretamente agredida se permitisse que candidato lançasse mão, em sua campanha, de símbolo de qualquer um desses órgãos para representar a sua candidatura. O candidato não é o Estado, e por isso não deve estar representado por símbolo associado ao próprio Estado, ou a ele semelhante.*<sup>6</sup>

Não obstante, a vedação da utilização de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgãos do governo, empresas públicas ou sociedades de economia mista passou a ser vedada pela Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019, que dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas ilícitas praticadas em campanha e o horário eleitoral gratuito aplicável às eleições municipais de 2020.

Nos artigos 84 e 88 da referida Resolução, consta expressamente:

*Art. 84. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos (Constituição Federal, art. 37, § 1º).*

(...)

*Art. 88. Constitui crime, punível com detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de R\$ 10.641,00 (dez mil, seiscentos e quarenta e um reais) a R\$ 21.282,00 (vinte e um mil, duzentos e oitenta e dois reais), o uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, por empresa pública ou por sociedade de economia mista (Lei nº 9.504/1997, art. 40).*

<sup>5</sup> BRASIL, TRE-RS - RE 25403 RS, Relatora Desa. FEDERAL MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, Data de Julgamento 02.10.2012, Data de Publicação PSESS - Publicado em Sessão, Data 02.10.2012.

<sup>6</sup> REPRESENTAÇÃO nº 1571-65.2014.6.16.0000, 06/08/2014. Disponível em <<http://www.tre-pr.jus.br/jurisprudencia/deciso-es-juizes-auxiliares/deciso-es-de-juizes-auxiliares-2014>> Acesso, 09/09/2020.

Assim, as vedações contidas na Lei 9.504/97, em especial o art. 40, objeto de questionamento do teor de sua aplicação, possuem aplicação imediata nas eleições municipais, reafirmadas pela Resolução 23.610/2019.

### III – CONCLUSÃO.

Pelo exposto, mostra-se evidente o teor abrangente da vedação de utilização de marcas, símbolos ou imagens associadas ao Governo (Federal, Estadual e Municipal), e a sua aplicação ao período de eleições municipais.

Quanto à aplicação da cartilha elaborada pela Advocacia-Geral da União que apresenta as condutas vedadas aos agentes públicos federais em eleições (Documento nº 4277046), considerando que trata das vedações de condutas de agentes públicos (federais) disciplinadas pela Lei 9.504/97, professamos o entendimento no sentido de que referidas orientações se aplicam, no que couber, aos agentes municipais, cuja análise deve ser realizada juntamente com as disposições da Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições) e da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral), bem como das Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (Resoluções 23.610/19 e 23.624/20).

Essas as considerações, que, em linhas gerais, podem subsidiar o tratamento do tema posto em análise, pelo que ficam disponibilizadas à ratificação superior. Ressalta-se que o presente opinativo somente passa a ter validade jurídica após apreciação, concordância e assinatura pelo Gabinete da PGM, sem o que cuidar-se-á de mera minuta de parecer.

Londrina, 11 de setembro de 2020.

Recebido nesta data o Parecer nº 733/2020. Ratifico-o.

Tendo em vista o contido na Portaria nº 20/2014 – PGM, encaminho ao Gabinete para ratificação.

**VINÍCIUS CALEFFI DE MORAES**

Procurador do Município e Gerente de Serviços Públicos

*Ratifico o parecer supra. Nesta data.*

JOÃO LUIS MARTINS ESTEVES

Procurador-Geral do Município de Londrina

## PARECER: SIGILO FISCAL. SOLICITAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CASO DE REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

**Carlos Renato Cunha**

*Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2019). Mestre em Direito do Estado pela UFPR (2010). Especialista em Planejamento Tributário e Operações Societárias pela Faculdade Brasileira de Tributação - FBT (2015). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2005). Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Procurador do Município de Londrina (PR). Professor do Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Professor da Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica - PUC-PR, Campus Londrina (PR). Professor da Graduação em Direito nas Faculdades Londrina, em Londrina (PR). Professor da Pós-Graduação "lato sensu" em Direito em diversas instituições, atuando como Professor de Seminário do IBET-Londrina. Coordenador da Comissão da Advocacia Pública da OAB Subseção Londrina. Advogado. Atua em pesquisa com ênfase na área de Direito Público. Membro do Instituto de Direito Tributário de Londrina - IDTL. Membro da Associação dos Procuradores do Município de Londrina - APROLON. Membro da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM. Ex-Procurador-Geral do Município de Londrina. Autor do livro "O Simples Nacional, a Norma Tributária e o Princípio Federativo: limites da praticabilidade tributária", pela Editora Juruá (2011).*

**EMENTA: SIGILO FISCAL. QUEBRA DO SIGILO POR REQUISICÃO UNILATERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE SEGURANÇA JURÍDICA. ENCAMINHAMENTO DE REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS CASO EXISTAM INDÍCIOS DE CRIME. DEVER LEGAL, DE INICIATIVA DA AUTORIDADE FAZENDÁRIA, OBSERVADA A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO E CAUTELAS FORMAIS. TRANSFERÊNCIA DO SIGILO. INTELIGÊNCIA DO ART. 198, § 1º, I DO CTN. ENCAMINHAMENTO, COM A REPRESENTAÇÃO FISCAL, DE DECLARAÇÃO DE IMPOSTO SOBRE A RENDA E DE EXTRATOS BANCÁRIOS ENTREGUES PELO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE.**

### I. RELATÓRIO

A Gerência de Análise e Controle de Procedimentos Fiscais, da Diretoria de Fiscalização Tributária, da Secretaria Municipal de Fazenda, por meio da Solicitação de Consulta Jurídica, consulta este serviço jurídico acerca de questões sobre sigilo fiscal em face de requerimento do Ministério Público Estadual - MP para encaminhamento de cópia de procedimento

administrativo fiscal - PAF, em caso no qual a fiscalização decorreu de notícia encaminhada pelo próprio MP acerca de possível falta de recolhimento de tributos verificada no seio de investigação criminal por ele realizada. Em face de tal fato, apresentou a consulente quatro quesitos:

1. A fundamentação dos Pareceres Jurídicos nº427/2018 e nº760/2016, em que pese estes se tratem de situações concretas e distintas, pode ser interpretada e aplicável a este caso?

2. Na forma do Ofício supracitado, ao Ministério Público estadual, por já estar com a investigação em curso e de posse de fartos indícios de crime, como informado nos anexos ao Ofício nº [omissis], é lícito o encaminhamento de cópia do PAF?

3. Quanto a documentos de terceiros, a exemplo da Declaração de IR e dos extratos bancários pertencentes à [omissis], vendedora do imóvel, é também lícita a quebra do sigilo na forma da questão anterior?

4. Em que pese o próprio MP/PR seja o órgão que informou o fisco dos indícios de conduta elisiva da contribuinte, os documentos colhidos e gerados no decorrer do PAF devem formar uma representação fiscal para fins penais na forma do inciso I do §3º do art.198 do Código Tributário Nacional?

Foram anexados diversos documentos [...].

Solicitamos informações complementares que foram respondidas pela consulente.

Até aqui temos o relatório. Doravante passamos ao parecer.

## 2. PARECER

A dúvida que se impõe, no caso em tela, é sobre a possibilidade de entrega, ao Ministério Público Estadual, de informações de cunho tributário, por ele solicitadas. Isso porque, em nosso ordenamento jurídico, é garantido o chamado sigilo fiscal.

De antemão, esclarecemos que o caso presente não é idêntico aos que foram objeto de análise no Parecer Jurídico 427/2018 e no Parecer Jurídico 760/2016. O primeiro, por não tratar de solicitação do Ministério Público, o que, per se, demonstra a inaplicabilidade do mesmo raciocínio jurídico pelas peculiaridades de seu papel constitucional. O segundo, porque naquele caso tratava-se de solicitação motivada na Lei de Acesso à Informação, dentro do ideário da Transparência Pública, de que o sigilo fiscal é uma das exceções mais claras, sem que existisse investigação criminal ou, ao menos, inquérito civil em trâmite junto ao Ministério Público.

Aqui há investigação criminal em curso e a informação sobre a possível falta de recolhimento de tributos municipais que gerou a fiscalização tributária foi feita pelo Ministério Público Estadual.

Com efeito, o art. 198 do CTN dispõe:

*Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. [...]*

Trata-se de consubstanciação do art. 5º, inciso X, da Constituição da República, que trata da inviolabilidade da intimidade das pessoas. Dessa forma, as informações acerca da existência de débitos tributários não podem ser fornecidas sem critério. Um terceiro, ainda que exercendo nobres funções de interesse público, não possui o direito de saber a situação de um dado contribuinte junto à Fazenda Pública de modo irrestrito:

*Ao mesmo tempo em que assegura ao Fisco o direito de penetrar nos domínios dos particulares, tomando conhecimento do que se passa com seus patrimônios, preserva o CTN o interesse destes de que ao público em geral não chegue tal conhecimento. Assim proíbe a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação obtida em razão do ofício, isto é, obtida em função da atividade da administração e fiscalização tributária sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos, ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades (CTN, art. 198).*

*A proibição se dirige à Fazenda Pública, vale dizer, à pessoa jurídica de Direito público, e também a seus funcionários. Violada a proibição, responde a Fazenda Pública civilmente. [...] Já o funcionário, além de responder civilmente perante a Fazenda Pública, que, como se disse, pode acioná-lo regressivamente, tem ainda a responsabilidade criminal [...]. [Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, 17ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, pp. 189-190]*

Os princípios da inviolabilidade da vida privada e das comunicações se consubstanciam, na específica seara do direito tributário, no dever de respeito ao SIGILO FISCAL, conformado nas disposições do art. 198 do CTN, e sua reprodução na legislação municipal, o art. 278 do CTM (Lei municipal nº 7.303 de 30 de dezembro de 1997), abaixo citado:

*Art. 278. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.*

Como se constata, as autoridades fiscais possuem acesso a informações privilegiadas sobre a situação econômica ou financeira do contribuinte, entretanto, em contrapartida, devem a respeito de tais informações guardar o mais absoluto sigilo, sob pena de responsabilização administrativa, cível e criminal. O sigilo fiscal permanece, portanto, como o meio de proteção às informações referentes aos contribuintes obtidas pelo Fisco, seja mediante o cumprimento daqueles às obrigações acessórias impostas, seja no uso das prerrogativas fiscalizatórias que a legislação lhe confere a este, devendo invariavelmente ser mantidas sob a fiel guarda da Administração tributária, prestigiando assim direitos fundamentais contemplados constitucionalmente, como dispõe o art. 5º, incisos X e XII da CR/88.

O dever de sigilo imposto à Administração se constitui assim, num contraponto às prerrogativas fiscalizatórias que lhe são conferidas para o cumprimento de seu mister. Deflui, dos dispositivos legais citados, que o sigilo e a manutenção da inviolabilidade da intimidade e da vida privada do cidadão/contribuinte se erige à condição de regra geral, sendo certo que a sua quebra, em princípio, constitui-se em indevida e censurável intromissão estatal na esfera do indivíduo.

Há, contudo, algumas exceções à regra, previstas nos §§ do mesmo artigo, assim como no art. 278, do CTM:

*Art. 198. [...]*

*§ 1º Exceção-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:*

*I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;*

*II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.*

*[...]*

*§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:*

*I – representações fiscais para fins penais;*

*II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;*

*III – parcelamento ou moratória.*

A vedação traduzida no sigilo fiscal possui portanto, estritas previsões nas quais há de ceder passo, quais sejam: a) na hipótese de sentença judicial que, privilegiando o interesse da justiça, determine a remessa das informações; b) na hipótese de solicitação de autoridade administrativa, que, comprovando a instauração de regular processo administrativo, tenha por objetivo investigação de prática infracional. Fora de tais hipóteses, por certo que há a plena incidência da regra geral, qual seja, o respeito à inviolabilidade da vida privada e ao sigilo fiscal, impostos pela Constituição da República e pelos Códigos Tributário Nacional e Municipal.

Ora, verifica-se no caso duas determinações constitucionais conflitantes: o direito à inviolabilidade da intimidade do indivíduo, e dos poderes/deveres do Ministério Público, no intuito de cumprimento de seu múnus público. E, com o advento da Lei Federal n. 12.527/2011, a situação não se modificou. Para tanto, basta a análise da previsão do art. 22:

*Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*

Portanto, a previsão da Lei Geral de Acesso a Informações não excluiu, revogou ou derogou a garantia do sigilo fiscal, que continua hígido. Este, aliás, é o entendimento que se pode extrair do próprio Parecer Jurídico n. 642/2012-PGM, de lavra da Gerência de Serviços Públicos desta PGM, através da Procuradora do Município Márcia Nakagawa Rampazzo, que analisou o tema da Lei 12.527/2011 de forma genérica.

No caso presente, poderíamos analisar o requerimento do Ministério Público Estadual com base nas exceções do § 1º, do art. 198, do CTN. Ter-se-ia que avaliar se o caso presente se adequaria ao caso de exceção, a incluir o poder de fiscalização do Ministério Público em questões penais, ou, ao menos, uma interpretação generosa que incluísse o Ministério Público dentro do conceito de "autoridade administrativa" (art. 198, § 1º, II, CTN). Em tal hipótese, tratar-se-ia de tema polêmico e muito pouco aprofundado, ainda que foquemos apenas na hipótese de investigações criminais. Esta própria Gerência já se manifestou pela impossibilidade de atendimento ao pleito do Parquet, por meio do Parecer Jurídico n. 1320/2012-PGM, de lavra do saudoso Procurador do Município Danilo Peres da Silva, entendeu-se pela impossibilidade de entrega de informações ao MP, tendo em vista o seguinte:

*No caso presente, cuidando-se de solicitação feita diretamente (leia-se, sem a intermediação do poder judiciário) pelo Ministério Público, têm-se como não preenchidas quaisquer das condições previstas para que se tenha por excepcionada a regra geral que remanesce incidente.*

*A reforçar o raciocínio ora expandido, confira-se inúmeras manifestações jurisprudenciais, que se passa a expor:*

- HABEAS CORPUS. QUEBRA DE SIGILO FISCAL REALIZADA DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DA PROVA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Considerando o artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal, e o artigo 8º, incisos II, IV e § 2º, da Lei Complementar 75/1993, há quem sustente ser possível ao Ministério Público requerer, diretamente, sem prévia autorização judicial, a quebra de sigilo bancário ou fiscal.

2. No entanto, numa interpretação consentânea com o Estado Democrático de Direito, esta concepção não se mostra a mais acertada, uma vez que o Ministério Público é parte no processo penal, e embora seja entidade vocacionada à defesa da ordem jurídica, representando a sociedade como um todo, não atua de forma totalmente imparcial, ou seja, não possui a necessária isenção para decidir sobre a imprescindibilidade ou não da medida que excepciona os sigilos fiscal e bancário.

[...]

4. O sigilo fiscal se insere no direito à privacidade protegido constitucionalmente nos incisos X e XII do artigo 5º da Carta Federal, cuja quebra configura restrição a uma liberdade pública, razão pela qual, para que se mostre legítima, se exige a demonstração ao Poder Judiciário da existência de fundados e excepcionais motivos que justifiquem a sua adoção.

5. É evidente a ilicitude da requisição feita diretamente pelo órgão ministerial à Secretaria de Receita Federal, por meio da qual foram encaminhadas cópias das declarações de rendimentos do paciente e dos demais investigados no feito.

[...]

7. Ordem concedida para determinar o desentranhamento das provas decorrentes da quebra do sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial, cabendo ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida cautelar de sequestro estão contaminados pela ilicitude ora reconhecida.

(HC 160.646/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 19/09/2011 – grifos nossos)

- RECURSO EM HABEAS CORPUS – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E DE LAVAGEM DE DINHEIRO – INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES – QUEBRA DO SIGILO FISCAL DO INVESTIGADO – INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – REQUISIÇÃO FEITA PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIRETAMENTE À RECEITA FEDERAL – ILICITUDE DA PROVA – DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS – TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO NÃO CONTAMINADOS PELA PROVA ILÍCITA – DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

I. A requisição de cópias das declarações de imposto de renda do investigado, feita de forma unilateral pelo Ministério Público, se constitui em inequívoca quebra de seu sigilo fiscal, situação diversa daquela em que a autoridade fazendária, no exercício de suas atribuições, remete cópias de documentos ao parquet para a averiguação de possível ilícito penal.

II. A quebra do sigilo fiscal do investigado deve preceder da competente autorização judicial, pois atenta diretamente contra os direitos e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada dos cidadãos.

III. As prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, não compreendem a possibilidade de requisição de documentos fiscais sigilosos diretamente junto ao Fisco.

IV. Devem ser desentranhadas dos autos as provas obtidas por meio ilícito, bem como as que delas decorreram.

[...]

VI. Dado parcial provimento ao recurso.

(RHC 20.329/PR, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 22/10/2007, p. 312)

- PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EVASÃO DE DIVISAS E SONEGAÇÃO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO JUDICIÁRIA PARA COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS EM OUTROS INQUÉRITOS QUE NÃO SE ESTENDE A FUTURAS QUEBRAS DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. REQUISIÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. RECURSO PROVIDO.

1. Os membros do Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, não estão autorizados a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada dos cidadãos.

2. A despeito de o sigilo das informações fiscais e bancárias não ser absoluto, uma vez que pode ser mitigado quando haja preponderância de interesse público, notadamente da persecução criminal, o próprio texto constitucional (art. 5º, inciso XII) exige a prévia manifestação da autoridade judicial, preservando, assim, a imparcialidade da decisão.

[...]

4. Recurso provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas colhidas diretamente perante o Fisco sem autorização judicial.

(RHC 26236/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010 – grifos nossos)

- QUEBRA DE SIGILO FISCAL REALIZADA DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DA

PROVA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DESVINCULADOS DA PROVA ILÍCITA. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

[...]

5. Portanto, resta evidente a ilicitude da requisição direta feita pelo órgão ministerial à Secretaria de Receita Federal - Delegacia da Receita Federal em Uruguaiana/RS, por meio da qual foram encaminhadas cópias das declarações de rendimentos da paciente, de seu esposo, e do banco de propriedade do casal.

[...]

8. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar o desentranhamento dos autos das provas decorrentes da quebra do sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial.

(HC 100058/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 16/11/2010 – grifos nossos)

O tema permanece polêmico, mesmo em casos de investigação criminal. Isso é perceptível pela variação de tratamento da matéria pela Advocacia-Geral da União - AGU, que modificou o entendimento mais liberal sobre o tema, constante da Nota Técnica n. 179/DENOR/CGU/AGU, por uma visão mais cautelosa, exarada pelo Parecer AGU/SF/01/2014:

[...] I) em regra, ex vi da obrigatoriedade da observância do sigilo fiscal, corolário do direito constitucional à privacidade e à inviolabilidade da comunicação de dados (CF, artigo 5º, X e XII; CTN, artigo 198, caput), a administração tributária federal não pode atender às solicitações diretas do Ministério Público Federal, de outros ramos do Ministério Público da União, do Ministério Público dos Estados, sobre dados pessoais considerados sensíveis do sujeito passivo ou terceiros, atinentes a privacidade dessas pessoas, nem encaminhar documentos (declaração para fins do imposto de renda, por exemplo) ou dados do contribuinte, responsável tributário ou de terceiros capazes de revelar a sua situação econômica ou financeira ou a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, visto que informes, dados e documentos amparados pelo sigilo fiscal só podem ser relativizados mediante prévia autorização do Poder Judiciário (CTN, artigo 198, parágrafo 1º, inciso I), por decisão fundamentada de Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, artigo 58, parágrafo 3º), pelas Administrações Tributárias (CF, artigo 145, parágrafo 1º; artigo 146, parágrafo único, inciso IV; artigo 4º, inciso IX; do artigo 37, caput e inciso XXII; do artigo 70, caput), e, segundo atualmente se entende, pela Administração Pública em geral existindo processo administrativo com o escopo de investigar o sujeito passivo por prática de infração administrativa (CTN, artigo 198, parágrafo 1º, inc. II), não sendo vedada a divulgação de informações relativas a representações fiscais ao Ministério Público para fins penais; inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; parcelamento ou moratória (CTN, artigo 198, parágrafo 3º).

II) em face do estágio atual vacilante da jurisprudência, é razoável que se conclua que outros dados do sujeito passivo ou terceiros, como os cadastrais gerais ou de mera

*identificação (nome, CPF ou CNPJ, filiação, idade, estado civil, profissão etc.) revelados, normalmente, pelas pessoas em suas relações sociais cotidianas, e que o Ministério Público da União e dos Estados poderiam, de outra forma, obter junto a entidades de proteção do crédito, por exemplo, podem ser encaminhados ao Parquet, em atendimento à sua solicitação; (...)*

*Propõe-se a revisão da Nota Técnica 179/DENOR/CGU/AGU, aprovada pelo Consultor-Geral e pelo Advogado-Geral da União de então, que entendia constitucional a transferência direta, em qualquer hipótese, do sigilo fiscal ao Ministério Público. (...)*

*Recomenda-se, pois, em consonância com a política desta instituição de não se abarrotar de processos o Poder Judiciário, mais do que o estritamente necessário, a observância das interpretações, aqui destacadas, que vêm prevalecendo do âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria da transferência do sigilo fiscal.*

*Caso contrário, estar-se-ia favorecendo, na visão atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios, a geração de provas ilícitas.*

*4. Até o advento da Nota Técnica 179/DENOR/CGU/AGU, esta Procuradoria-Geral mantinha entendimento no sentido de que informações protegidas pelo sigilo fiscal só poderiam ser prestadas ao Parquet se atendidos os requisitos do artigo 198 do CTN. [...]*

Veja-se: a quebra unilateral de sigilo fiscal por requisição do Ministério Público à Administração Tributária não é tema pacífico. Não há previsão expressa para enquadramento nas exceções do art. 198 do CTN, o que nos leva a crer, numa visão mais cautelosa, que o legislador quis impor a autorização judicial para tanto. E não veríamos nisso nenhum grande obstáculo à obtenção das informações necessárias para a investigação: bastaria o MP solicitar a tutela judicial a garantir a devida imparcialidade, de forma motivada: não temos dúvida de que o Judiciário seria sensível aos fatos e fundamentos do caso concreto e decidiria da forma mais adequada, resguardando os interesses público e privado envolvidos. Para maior aprofundamento sobre o tema e suas complexidades, remetemos o leitor ao artigo "Requisição de informações fiscais do Ministério Público contidas em autos de infração" de Eduardo Muniz Machado Cavalcanti (RT, 2016, vol. 971), em que o autor cita diversas decisões judiciais dos Tribunais Superiores brasileiros sobre o tema, chegando à seguinte conclusão:

*[...] No que tange ao sigilo fiscal, dispõe o Código Tributário Nacional que somente as autoridades administrativas e a autoridade judicial podem ter acesso às informações fiscais, que também estão cobertas pelo sigilo constitucional. Este, por sua vez, não inibe o conhecimento das informações para as Fazendas, de vez que é da essência mesmo das informações fiscais a comunicação à administração pública, para efeito da incidência dos tributos. Nenhuma outra possibilidade existe para a quebra do sigilo fiscal. Isso quer dizer que a Lei 9.034/1995 também é incapaz de modificar o tratamento que o Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar, dispensou à matéria,*

*devendo, portanto, exigir-se a decisão judicial fundamentada para a violação do sigilo fiscal.*

*Portanto, impossível se faz prescindir da necessária e competente decisão judicial determinando a quebra dos sigilos do investigado, situação não observada pela autoridade fazendária ao acolher os pedidos do membro do Ministério Público Federal. [...]*

Note-se que recentemente (final do ano passado) o E. Supremo Tribunal Federal - STF analisou o tema, mas não exatamente sob a dimensão que acabamos de expor (requisição unilateral do MP). Trata-se de caso submetido ao rito da repercussão geral, de tema n. 990, cujo acórdão ainda não foi publicado, impedindo o pleno conhecimento acerca dos limites da decisão (o que pode levar a modificações futuras de nosso entendimento sobre a matéria):

**Tema 990 - Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.**

Relator: MIN. DIAS TOFFOLI

Leading Case: RE 1055941

*Decisão: Inicialmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar da Procuradoria-Geral da República quanto ao alcance do tema em julgamento, vencidos os Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski. Em seguida, o Tribunal, por maioria, apreciando o tema 990 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória de 1º grau. Retificou o voto o Ministro Dias Toffoli (Presidente e Relator). Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Por unanimidade, foi revogada a tutela provisória anteriormente concedida. Ao final, o Tribunal deliberou fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior. Plenário, 28.11.2019.*

A tese fixada pelo Pretório Excelso foi a seguinte:

*Decisão: O Tribunal, por maioria, aderindo à proposta formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do*

*tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.", vencido o Ministro Marco Aurélio, que não referendava a tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 04.12.2019.*

A dúvida quanto à aplicabilidade da tese a requisições feitas unilateralmente pelo Ministério Público é a de que, salvo melhor juízo, o caso analisado pelo STF se refere ao envio de informações realizadas por iniciativa da Receita Federal do Brasil ao vislumbrar indícios de crime, e não o contrário. Desse modo, até que se tenha certeza da abrangência da decisão do STF, não se poderia afirmar que o MP teria o poder de requisitar a quebra de sigilo sem autorização judicial se não houve envio de dados pelo próprio Fisco, que considerou existir indícios de delito.

Vê-se, portanto, que analisada a consulta sob a dimensão de quebra do sigilo fiscal por requerimento unilateral do Ministério Público em sede de investigação criminal, até o presente momento ainda não teríamos segurança jurídica a opinar no sentido de envio de informações sem prévia autorização judicial.

Mas o caso concreto pode ter solução diversa, por suas peculiaridades.

Recordemos que é exceção ao sigilo fiscal a representação fiscal para fins penais (art. 198, § 3º, I, CTN). Tal representação se dá por iniciativa da autoridade fazendária que, ao realizar fiscalização tributária, verifica a possível ocorrência de delitos criminais. Ora, a autoridade fazendária, ao tomar conhecimento do possível cometido de crimes no exercício de sua função, tem o dever funcional de noticiar tais fatos à autoridade competente para sua apuração: não se trata de uma opção, mas de um dever funcional.

Tal dever deflui do art. 202, V, da Lei Municipal n. 4.928/1992, o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Londrina, que determina que todo servidor deve representar aos superiores sobre irregularidades de que tomar ciência:

*Art. 202. São deveres do servidor:*

*[...]*

*V. representar aos superiores sobre todas as irregularidades de que tiver conhecimento no exercício de suas funções; [...]*

Mas também decorre da previsão do Decreto-Lei n. 3.688/1941, a Lei de Contravenções Penais:

*Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente:*

*I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;*

*II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal: [...]*

Note-se que o dever do servidor que toma ciência, no exercício de suas funções, da ocorrência de possível crime, é o de informar sua autoridade superiora, e assim sucessivamente. Obviamente que no caso da representação fiscal para fins penais, poderia haver regulamentação que determinasse o envio imediato por parte do auditor à autoridade competente para investigação criminal, o que se constituiria numa delegação.

Seja como for, no caso presente, tendo tomado notícia por ofício do Ministério Público de possível supressão ou omissão no recolhimento de tributos, a autoridade fazendária municipal abriu o competente procedimento fiscalizatório e, ao que tudo indica pelo que consta da consulta, verificou ter ocorrido o não pagamento de tributos municipais, o que levou à lavratura de lançamento tributário. Ora, se no exercício de tal mister, os auditores municipais verificaram indícios de ocorrência de crimes contra a ordem tributária, é dever encaminhar a representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Estadual. Note-se que isso se dá por força do § 3º, inciso I, do artigo 198 do CTN, por iniciativa do próprio Fisco, e não pela requisição unilateral do Ministério Público, o que evita toda a discussão que antes demonstramos existir.

Tal encaminhamento deve se dar após decisão motivada que indique a existência de tais indícios, em procedimento formalizado que garanta a inviolabilidade do encaminhamento e

com todas as cautelas necessárias quanto à linguagem apropriada (vale dizer, sem acusar o sujeito passivo de prática de delito, o que poderia configurar calúnia), assim como com os cuidados referentes à proteção do sigilo fiscal, que será transferido ao Ministério Público pela autorização do CTN aplicável ao caso.

O ideal seria a regulamentação de tal situação, como bem fez a União Federal por meio da Portaria RFB n. 1750, de 12 de novembro de 2018, que poderia servir de inspiração para a autoridade fazendária municipal.

Para a representação fiscal, essencial se faz encaminhar a documentação pertinente, inclusive cópia do auto de infração/lançamento. Questão outra é se poderia haver o encaminhamento de dados sujeito a sigilo fiscal de competência de outras Administrações Tributárias ou sujeitos a sigilo bancário, obtidos pelo Fisco Municipal no seio de sua fiscalização. O tema demandaria aprofundamentos que devem levar em conta a decisão do E. STF acima mencionada, ainda não publicada. Contudo, no caso presente, tal problemática não se faria presente, eis que, conforme informação da consulente a declaração do imposto sobre a renda e os extratos bancários não foram obtidos por meio de requisição à Receita Federal do Brasil e à instituição financeira, respectivamente, mas por entrega voluntária por parte do sujeito passivo, o que, salvo melhor juízo, configura renúncia à proteção do art. 198 do CTN e ao sigilo bancário em relação a tais instituições. Assim, tal documentação é parte do procedimento administrativo fiscal da Secretaria Municipal de Fazenda de forma direta, sem proteção de sigilo fiscal de segundo grau, por assim dizer, aplicando-se a ela o entendimento que antes se expôs.

### 3. CONCLUSÃO

Em conclusão, remetendo a consulente a todo o exposto no item anterior, opinamos pelo seguinte, em breve síntese:

*a) quanto ao tema da quebra do sigilo fiscal por requerimento unilateral do Ministério Público em sede de investigação criminal, até o presente momento ainda não teríamos segurança jurídica a opinar no sentido de envio de informações sem prévia autorização judicial;*

*b) contudo, se na fiscalização tributária, os auditores municipais verificaram indícios de ocorrência de crimes contra a ordem tributária, é dever encaminhar a representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Estadual, o que se dá por iniciativa do próprio Fisco e não pela requisição unilateral do Ministério Público, observadas toda a motivação e cautelas formais mencionadas no item 2 da consulta.*

Passamos, do mesmo modo, a responder aos quesitos formulados, nos seguintes termos, tendo por base todo o exposto no item 2 do presente parecer:

*1. A fundamentação dos Pareceres Jurídicos nº427/2018 e nº760/2016, em que pese estes se tratem de situações concretas e distintas, pode ser interpretada e aplicável a este caso?*

As fundamentações dos pareceres jurídicos mencionados não nos parecem inteiramente aplicáveis ao caso sob análise.

*2. Na forma do Ofício supracitado, ao Ministério Público estadual, por já estar com a investigação em curso e de posse de fatos indícios de crime, como informado nos anexos ao Ofício nº [omissis], é lícito o encaminhamento de cópia do PAF?*

A quebra de sigilo fiscal por requerimento unilateral do Ministério Público em sede de investigação criminal, vale dizer, sem a intermediação do Poder Judiciário, não possui fundamentação segura o suficiente até o presente momento, o que pode ser modificado a depender do teor do acórdão do E. STF em relação ao Tema de Repercussão Geral n. 990, ainda não publicado.

*3. Quanto a documentos de terceiros, a exemplo da Declaração de IR e dos extratos bancários pertencentes à [omissis], vendedora do imóvel, é também lícita a quebra do sigilo na forma da questão anterior?*

O tema do quesito também demandaria maior reflexão se tivesse havido a obtenção da documentação por requisição da Fazenda Municipal à Receita Federal do Brasil ou à instituição financeira, o que não é o caso, tendo em vista que os documentos foram entregues pelo sujeito passivo diretamente ao Fisco Municipal.

*4. Em que pese o próprio MP/PR seja o órgão que informou o fisco dos indícios de conduta elisiva da contribuinte, os documentos colhidos e gerados no decorrer do PAF devem formar uma representação fiscal para fins penais na forma do inciso I do §3º do art.198 do Código Tributário Nacional?*

Caso a autoridade fazendária municipal tenha tomado ciência de indícios de crimes no exercício da fiscalização, é dever o encaminhamento de representação fiscal para fins penais nos termos do inciso I, do § 3º do art. 198 do CTN, de forma motivada e com as cautelas formais mencionadas no item 2 da consulta, observada a resposta ao quesito 3.

Ressalte-se que o presente opinativo somente passa a ter validade jurídica após sua apreciação, concordância e expressa ratificação pelo Gabinete da PGM, sem o que cuidar-se-á de mera minuta de parecer.

Eis o parecer.

À Ilma. Sra. Gerente.

Londrina (PR), 1º de abril de 2020.

*CARLOS RENATO CUNHA*

Procurador do Município de Londrina

OAB/PR 35.367 – Mat. 14.157-7

Recebido nesta data o Parecer Jurídico acima mencionado. **Ratifico-o.** Tendo em vista o contido na Portaria nº 20/2014-PGM, encaminhado ao Gabinete para ratificação.

*THAIS MARTINS FERRAZ ROBLES COELHO*

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários

RATIFICO o Parecer Jurídico.

*JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES*

Procurador-Geral do Município de Londrina



## PARECER: POSSIBILIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE BRINQUEDOS E ARTIGOS DE PET SHOP POR DROGARIA.

Vinícius Caleffi de Moraes

*Mestre em Ciências Jurídicas pelo Unicesumar (2019). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2014). Advogado. Procurador do Município de Londrina.*

**EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ABRANGÊNCIA DA SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO JUDICIAL PROMOVIDA POR ASSOCIAÇÃO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA RDC Nº 44/2009 E IN Nº 09/2009 DA ANVISA QUE ESTABELEM RESTRIÇÕES À COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS NAS FARMÁCIAS E DROGARIAS. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 5.991/1973. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE FILIAÇÃO À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO JUDICIAL.**

### I – CONSULTA.

Trata-se de consulta formulada pela Autarquia Municipal de Saúde – AMS acerca da possibilidade de concessão de licença sanitária à empresa [omissis], uma vez que, de acordo com a inspeção realizada no estabelecimento foi constatada a comercialização de produtos estranhos à atividade de drogarias, tais como brinquedos e artigos para "pet shop", tendo então a empresa apresentado documentos relativos a uma decisão proferida nos autos nº 0021386-18.2014.4.01.3400 pelo Juízo da 5ª Vara Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, promovida pela ABRAFARMA – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REDES DE FARMÁCIAS E DROGARIAS em face da AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, na qual se declarou a nulidade da RDC ANVISA nº 44/2009, no que diz respeito ao ponto abordado na IN nº 09/2009 que dispõe sobre a relação de produtos permitidos para dispensação e comercialização em farmácias e drogarias.

Nesse sentido, a Autarquia Municipal de Saúde formulou os seguintes questionamentos ao documento: 1. *As referidas decisões judiciais se mantêm aplicáveis ou foram reformadas?* 2. *Tais decisões alcançam a Empresa-requerente? Se sim, mesmo sendo ela filial?* 3. *Por não haver um rol de itens fixados nas decisões, entende-se que brinquedos e artigos para animais de estimação se enquadram na autorização judicial?*

Eis, em síntese, o relatório.

## II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

No caso vertente, observo que a controvérsia cinge-se quanto à possibilidade de concessão do alvará de licença ao estabelecimento comercial, haja vista que, ao mesmo tempo que exerce a atividade econômica principal consistente na comercialização de medicamentos, também promove a comercialização de produtos não pertinentes a esse segmento comercial, o que, portanto, em tese, violaria as regulamentações estabelecidas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, sobretudo o disposto no art. 13, parágrafo único, da IN n. 9/2009.

Dentro desse contexto, foram apresentadas pelo estabelecimento comercial duas sentenças proferidas pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, referentes respectivamente aos autos n. 21386-18.2014.4.01.3400 e 0006202-61.2010.4.01.3400, em ações propostas pela Associação Brasileira de Redes de Farmácias e Drogarias - ABRAFARMA, nas quais foi reconhecido judicialmente a possibilidade de comercialização de produtos distintos daqueles previstos pela IN n. 09/2009.

Lado outro, no que concerne à possibilidade de tais decisões abarcarem a comercialização pretendida pelo estabelecimento comercial, consigno que não foi possível evidenciar, em consulta aos referidos processos judiciais eletrônicos, o trânsito em julgado das referidas decisões, as quais estão sujeitas ao recurso de apelação, tampouco se, na eventual hipótese de interposição de recurso contra elas, foi concedido o efeito suspensivo pertinente ao recurso de apelação.

Logo, entendo mais adequado adotar o entendimento, segundo o qual as decisões judiciais apresentadas até o presente momento não beneficiam o estabelecimento comercial, em virtude de não ter sido demonstrado que tal controvérsia encontra-se pacificada no âmbito daqueles processos judiciais, sendo, entretanto, possível afirmar que, na hipótese de trânsito em julgado, tais decisões alcançariam a empresa- requerente, sendo indiferente o fato de tratar-se de filial na cidade de Londrina.

No entanto, considero que, mesmo na hipótese de não ter havido o trânsito em julgado daquelas ações movidas pela ABRAFARMA em face da ANVISA, é possível adentrar à questão de mérito, quanto à possibilidade de o Município de Londrina conceder o pretendido alvará de licença, ante o contido na IN n. 09/2009 da ANVISA, tendo em conta tanto o disposto na legislação municipal, estadual e federal, como também a jurisprudência relativa à matéria.

Isso porque, deve-se ter em mente que, acerca dessa controvérsia de direito, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem revelado o entendimento, no sentido de que as normativas da ANVISA não impedem a comercialização de artigos de conveniência em drogarias e farmácias, consoante se verifica dos julgado abaixo colacionados:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. EMISSÃO DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE TÉCNICA. FARMÁCIA. DROGARIA. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS TÍPICOS DE LOJA DE CONVENIÊNCIA E DRUGSTORE. POSSIBILIDADE A fiscalização das atividades, no que se refere à comercialização e distribuição de drogas, medicamentos e correlatos, compete ao órgão de fiscalização sanitária do Estado (Lei n. 5.991/73, arts. 44 e 45).

*Comprovado o atendimento ao requisito legal, não pode o CRF recusar-se a emitir o certificado de regularidade técnica, em virtude de a empresa ter incluído em seu objeto social, por alteração contratual, o comércio varejista de artigos e produtos drugstore.*

*A avaliação das condições de funcionamento, considerando-se a limitação imposta pelo art. 55 da Lei nº 5.991/73, é matéria de competência dos órgãos de fiscalização sanitária dos Estados, Distrito Federal e Municípios.*

*O STF sedimentou o entendimento de que não há vedação legal para a comercialização de produtos de consumo comum em farmácias e drogarias, bem como não tem pertinência com discussões a respeito de proteção à saúde: 'A Lei Federal 5.991/1973 não veda expressamente a comercialização de artigos de conveniência em drogarias e farmácias, e a exclusividade, por ela fixada, para a venda de medicamentos nesses estabelecimentos não autoriza interpretação que obste o comércio de qualquer outro tipo de produto. Atuação legítima da iniciativa legislativa estadual no campo suplementar.' (ADI 4949 / RJ – Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, DJe-193 DIVULG 02-10-2014PUBLIC 03-10-2014) Honorários advocatícios incabíveis na espécie (art. 25, da Lein. 12.016/2009). Custas ex lege.6. Apelação não provida.*

*(AMS 2007.38.00.004960-1, JUIZ FEDERAL ANTONIO CLAUDIO MACEDO DA SILVA (CONV), TRF1 – SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:18/09/2015 PAGINA:4114.)*

E ainda:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. ANVISA. FARMÁCIAS E DROGARIAS. COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS.

COMERCIALIZAÇÃO DE ARTIGOS DE CONVENIÊNCIA. RESTRIÇÕES. RDC 44/2009. IN 09/2009 e 10/2009. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA. SENTENÇA MANTIDA.

1. O Código de Processo Civil, em seu artigo 520, inciso VII, estabelece que, em se tratando de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela, a apelação será recebida no efeito apenas devolutivo.

2. No caso, não ficou demonstrado risco de lesão grave ou de difícil reparação, tampouco fundamentação relevante para justificar a concessão de efeito suspensivo em caráter excepcional ao recurso da ANVISA. Precedentes. Rejeitado o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação da ANVISA.

3. A Resolução ANVISA 44/2009 dispõe sobre Boas Práticas Farmacêuticas para o controle sanitário do funcionamento, da dispensação e da comercialização de produtos e da prestação de serviços farmacêuticos em farmácias e drogarias. A Instrução Normativa 9/2009 relaciona os produtos permitidos para dispensação e comercialização em farmácias e drogarias, restringindo todos aqueles que não possuem nenhuma relação com a saúde e que não se enquadram no conceito de produtos correlatos com fundamento nos arts. 6º e 55 da Lei 5.991/173.

4. A Instrução Normativa 10/2009 impede o livre acesso do consumidor aos medicamentos isentos de prescrição médica, por meio de autosserviço, independentemente de atendimento em balcão.

6. A RDC 44/2009 e IN's 09/2009 e 10/2009 extrapolaram as limitações do poder normativo da ANVISA, pois a Lei 5.991/73 - que disciplina sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos - não dispõe sobre a proibição de comércio de produtos não farmacêuticos ou acerca da forma como os produtos sem prescrição poderão, em farmácias e drogarias, permanecer ao alcance dos usuários para obtenção por meio de autosserviço.

7. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a Lei 5.991/1973 não veda expressamente a comercialização de artigos de conveniência em drogarias e farmácias, e a exclusividade, por ela fixada, para a venda de medicamentos nesses estabelecimentos não autoriza interpretação que obste o comércio de outro tipo de produto, afirmando ainda, que é destituída de embasamento a suposta correlação lógica entre a venda de produtos de conveniência em farmácias e drogarias e o estímulo à automedicação. Nesse sentido: ADI- 4949/RJ, Ministro Ricardo Lewandowski, ADI-4948/RR, Ministro Gilmar Mendes e ADI- 4954/AC, Min. Marco Aurélio.

8. Não subsiste a proibição por parte da ANVISA quanto aos medicamentos isentos de prescrição, que poderão permanecer ao alcance dos usuários para obtenção por meio de autosserviço, tendo em vista que a Resolução 41/2012, publicada em 27/7/2012, deu nova redação ao art. 40 da Resolução 44/2009, desde que os medicamentos fiquem em local separado dos demais produtos de venda livre, revogando a IN 10/2009.9. Apelação a que se nega provimento. Sentença mantida.

(AC 000416085201040139020004160- 85.2010.4.01.3902, DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJFI DATA:18/12/2015 PAGINA:.)

Esse entendimento decorre, em essência, por força da posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4949/RJ, 4948/RR e ADI-4954/AC, na qual se considerou, em síntese, que a Lei Federal n. 5.991/73 não veda a comercialização de artigos de conveniência, sendo constitucional a iniciativa legislativa estadual, no sentido de permitir a comercialização de produtos distintos daqueles previstos pelos atos normativos da ANVISA, vez que esta não poderia, com base no seu poder de regulamentar, proibir normativamente a livre iniciativa quanto ao funcionamento simultâneo da atividade de farmácia e outras dentro do mesmo estabelecimento comercial.

Pontuo, ainda, a seguinte ementa do Supremo Tribunal Federal:

*EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 4.353, de 1º de julho de 2009, do Distrito Federal, que admite o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias. Preliminar. Ausência de ofensa reflexa à Constituição. (...) 3. A norma questionada também não viola o direito à saúde (art. 6º, caput, e 196, CF/88). Consoante consignou o Ministro Marco Aurélio, Relator da ADI nº 4.954, obstar a venda de produtos de conveniência em farmácias e drogarias seria, em última análise, impor restrição ao livre exercício da atividade comercial, a qual violaria o princípio da proporcionalidade, por não ser adequada, necessária ou proporcional ao fim almejado, qual seja, a proteção e a defesa da saúde. 4. Ação direta julgada improcedente. (ADI 4423, DIAS TOFFOLI, STF)*

No caso concreto, deve-se lembrar que existe disposição específica da legislação estadual do Paraná acerca da possibilidade de comércio de artigos de conveniência a ser realizado em farmácias e drogarias, consoante se transcreve o disposto no arts. 1º, 2º e 3º, todos da Lei Estadual n. 17.733/2013, no seguintes termos:

*"Art. 1º O comércio de artigos de conveniência poderá ser realizado em farmácias e drogarias com a observância das normas de segurança e higiene expedidas pelo órgão responsável pelo licenciamento.*

*Parágrafo único. Os artigos de conveniência serão expostos em suas embalagens originais e devidamente lacrados, em balcões, estantes ou gôndolas e separados dos medicamentos.*

*Art. 2.º As lojas de conveniência e drugstores poderão funcionar no mesmo estabelecimento das farmácias e drogarias, desde que as atividades nelas desenvolvidas façam parte do objeto social da sociedade e mediante a expedição, pelo órgão responsável pelo licenciamento, de alvarás sanitários específicos, atendido o disposto no parágrafo único do art. 1.º desta Lei.*

*Art. 3.º É proibida a comercialização, em farmácias e drogarias, de bebidas alcoólicas, cigarros e alimentos não industrializados."*

No caso do Município de Londrina, não se evidencia até o presente momento qualquer normativa relativa à proibição de comercialização de produtos distintos daqueles próprios do segmento de farmácias e drogarias, o que também se corrobora pelo fato de a solicitação de consulta jurídica referir-se tão logo somente às normas da ANVISA.

Vale registrar que, em âmbito municipal, verifica-se a existência da Lei n. 12.822/2018, a qual dispõe sobre os serviços e procedimentos farmacêuticos permitidos em farmácias de qualquer natureza, no entanto, tal diploma normativo não tem previsão específica acerca da possibilidade de comercialização concomitante de produtos distintos com a atividade de farmácia.

Desse modo, tendo em vista o disposto no art. 1.º da Lei Estadual n. 17.733/2013, bem como o entendimento jurisprudencial acima transcrito, considero mais seguro o entendimento, segundo o qual o indeferimento do pedido de expedição de licença do estabelecimento pode ser feito, desde que exista ato normativo municipal regulamentando expressamente a matéria, a fim de proibir tal atividade econômica nesse sentido.

Isto é, entendo que não é adequado o indeferimento da expedição de licença, isoladamente, com fundamento na IN n. 09/2009 ou RDC n. 44/2009 da ANVISA, vez que, consoante o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que ressoa também no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, as normativas estabelecidas pela ANVISA não podem cercear a livre iniciativa permitida mediante lei nesse sentido.

Ademais, deve-se ter em mente que a fiscalização acerca do cumprimento das IN n. 09/2009 ou RDC n. 44/2009 da ANVISA deve ser realizada pelos órgãos de fiscalização daquele Ente Público, não cabendo à municipalidade no exercício do seu poder polícia, o qual deve ser amparado, sobretudo, pelos atos normativos municipais.

### III – CONCLUSÃO

Por conseguinte, exerço a minha convicção, no sentido de que a análise do pedido de licença do estabelecimento comercial deve ser realizada em confronto com os atos normativos municipais, de tal modo que, se não houver ato normativo no âmbito do Município de Londrina que proíba expressamente o exercício da atividade econômica em conjunto com a atividade de drogaria ou farmácia, deve ser deferido o pedido, em razão da inexistência, no âmbito municipal, de norma regulamentadora do art. 1º da Lei Estadual n. 17.733/2013 que proíba o exercício de tal atividade econômica em concomitância com a atividade de farmácia.

Ressalto, por outro lado, que essa orientação não permite o entendimento de que o licenciamento das outras atividades possa ser realizado sem observar as normas que lhe são próprias, razão porque, se a empresa requerente pretende a comercialização de brinquedos e artigos de pet shop, ela deve também atender todos os requisitos sanitários para cada atividade cumulativa que pretende exercer com a atividade de farmácia, assim como ter tais atividades presentes no seu objeto social, inclusive na descrição das atividades econômicas secundárias do seu CNPJ, como os demais estabelecimentos de cada ramo específico.

Eis o parecer jurídico, salvo melhor juízo, o qual encaminho à autoridade superior para ratificação.

VINÍCIUS CALEFFI DE MORAES

Procurador do Município e Gerente de Serviços Públicos

Ratifico o parecer supra. Nesta data.

JOÃO LUIS MARTINS ESTEVES

Procurador-Geral do Município de Londrina