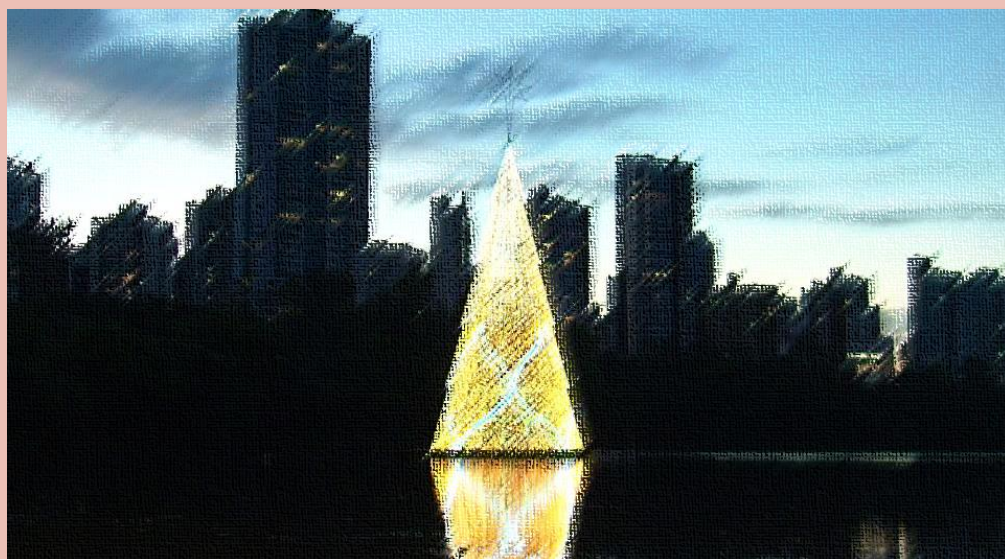


# Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral do  
Município de Londrina

---



50 anos  
da PGM-  
Londrina



Uma publicação conjunta:

Associação dos Procuradores do Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Ano 8 ■ Vol. 8 ■ N. 1 ■ Jan./Dez. 2019



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. 8, Nº 1, Dezembro 2019  
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 8 – Nº 1	125 p.	Dezembro 2019
------------------	----------	-------------	--------	---------------

# **Revista de Direito Público**

da Procuradoria-Geral  
do Município de Londrina

---

## **Conselho Editorial**

João Luiz Martins Esteves (Coordenador)  
Carlos Renato Cunha  
Celso Zamoner  
José Roberto Reale  
Paulo César Tieni

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.8,n.1, (Dez, 2019) – Londrina, 2019.

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 e Cinthia Bocchi Sonoda.  
Publicação: dez. 2019

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

**Coordenador Executivo do Núcleo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor Procon-Ld**

Gustavo Corulli Richa

**Gerente de Assuntos de Pessoal - GAP**

Sérgio Correa

**Gerente de Serviços Públicos - GSP**

Luciano Sodré Galves

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

Renata Kawasaki Siqueira

**Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN**

Fábio César Teixeira

**Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT**

Carlos Renato Cunha

**Gerente de Execução Fiscal – GEF**

Marcelo Moreira Candeloro

**Gerente de Licitações e Contratos – GLC**

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

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

**Assessor-Técnico Administrativo e Financeira – ATAF**

Mário Lucas França de Oliveira

**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  
Carolina Bombonato Borchart

Coordenadora de Apoio ao Setor de Ações em Massa da Justiça do Trabalho  
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)**

Fábio César Teixeira

**Diretor Administrativo**

Luciano Galves Sodré

**Diretor Financeiro**

Leonardo Martin Garcia

**Diretor de Comunicação**

Sérgio Correa

**Diretora de Eventos**

Andréia Ferraz Martin Robles Martelli

**Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos**

Maria Christina de Freitas Ramos Pugsley

**Conselho Fiscal**

Carlos Renato Cunha

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Lia Correia

Paulo César Tieni (suplente)



## SUMÁRIO

EDITORIAL.....	9
<b>ARTIGOS</b>	
JUSTIÇA PUNITIVA NO BRASIL, UMA ABORDAGEM FIRMADA NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA <i>Alessandra Trevisan Ferreira</i> <i>Henrique Adriano Pazzotti.....</i>	11
DA REVOGAÇÃO TÁCITA DO ARTIGO 17, § 1º DA LEI 8.429/92 <i>André Fustaino Costa</i> <i>Vitor Anotti.....</i>	31
O TELETRABALHO NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO <i>Barbara Maria Moraes da Luz</i> <i>César Augusto Coradini Martins</i> <i>Marcella Magrinelli Kiyonaga.....</i>	43
OBSERVAÇÕES ACERCA DA SUSPENSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL NO CONTEXTO DO MUNICÍPIO DE LONDRINA E DO ESTADO DO PARANÁ <i>Daniane Matias Gouveia Alves De Lima</i> <i>Deyvison Gouveia Da Silva Alves De Lima.....</i>	53
HONORÁRIOS PARA A ADVOCACIA PÚBLICA – UM DEVER A SER ASSEGURADO <i>José Roberto Reale.....</i>	73
CRISE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS <i>Patrícia Leão Chaves</i> <i>Rafael Couto Ribeiro</i> <i>Renan Machado.....</i>	81
A REFORMA TRABALHISTA E O DESMONTE DO ESTADO <i>Tatiana Maria Pinto de Santana Silva.....</i>	93
AS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO <i>Vivian Carla da Costa.....</i>	103
<b>PARECERES</b>	
EFEITOS DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA SOBRE A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DE POSTURAS <i>Carlos Renato Cunha</i> <i>Fábio César Teixeira</i> <i>João Luiz Martins Esteves.....</i>	113



## EDITORIAL

Nesta 8ª Edição da Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina apresentamos textos que com profundidade analisam diversas dimensões do Direito Público brasileiro. Consignamos nossos agradecimentos aos autores que contribuíram para que essa edição se tornasse realidade.

Este ano há uma comemoração adicional: a Procuradoria-Geral do Município de Londrina chega aos seus cinquenta anos, como exemplo de empenho e organização para a advocacia pública de todo o Brasil!

Boa leitura a todos.

Londrina-PR  
Dezembro de 2019.

**João Luiz Martins Esteves**  
Procurador-Geral do Município  
Coordenador da Revista

**Marcelo Moreira Candeloro**  
Presidente da APROLON

**Maria Christina de Freitas Ramos Pugsley**  
Diretora do Núcleo de Estudos Jurídicos da APROLON



## JUSTIÇA PUNITIVA NO BRASIL, UMA ABORDAGEM FIRMADA NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

**Alessandra Trevisan Ferreira**

*Mestra em Ciências Jurídicas na UniCesumar (Maringá/PR); Especialista em Ciências Criminais pelo IPAN - LFG. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UEL (Londrina/PR). Professora do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras (Londrina/PR). Advogada. E-mail: [aletrevi18@hotmail.com](mailto:aletrevi18@hotmail.com)*

**Henrique Adriano Pazzotti**

*Acadêmico de Direito da Faculdade Pitágoras de Londrina/PR; Estagiário da Procuradoria Geral do Município de Londrina/PR. E-mail: [henrique.pazzottilo@gmail.com](mailto:henrique.pazzottilo@gmail.com)*

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo fazer uma abordagem no modelo misto da Justiça Criminal no Brasil, sendo elas a Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa, com vista à dignidade da pessoa humana. Tem como objetivo abordar as principais características de cada modelo associado ao que tanto se presa na pena: a ressocialização. O enfoque será dado aos dispostos na Lei de Execução Penal, já que esta tem grande importância na ressocialização do apenado, no que tange à construção teórica do tema considerando a sua aplicabilidade nos dias atuais, levando-se em conta, a lei e a prática e, por fim, a plena importância das políticas públicas, nas quais os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como a própria sociedade, deveriam se integrar para implementar possíveis melhorias na Execução Penal diante do paradigma Ressocializador. Neste interino, através da realização de fichamentos, estes fixados nas obras doutrinárias clássicas e contemporâneas que tem por viés a temática sob análise, alicerçado no método indutivo, tendo por apontamento final, a necessidade estatal firmada na provisão de meios que possibilitem a ressocialização, objetivo central da justiça punitiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça Punitiva. Dignidade da Pessoa Humana. Justiça Restaurativa. Justiça Retributiva.

**ABSTRACT:** This article aims to approach the mixed model of criminal justice in Brazil, which are retributive justice and restorative justice, with a view to the dignity of the human person. It aims to address the main characteristics of each model associated with what is so much stuck in pen: resocialization. The focus will be given to the provisions of the Penal Execution Law, as it has great importance in the re-socialization of the inmate, regarding the theoretical construction of the theme considering its applicability in the present day, taking into account the law and practice. and, finally, the full importance of public policies, in which the Legislative, Executive and Judiciary powers, as well as society itself, should integrate to implement possible improvements in Criminal

Execution in view of the Resocializing paradigm. In this interim, through the making of records, these fixed in the classic and contemporary doctrinal works that have the theme under analysis, based on the inductive method, having as a final point, the state need established in the provision of means that enable resocialization, objective punitive justice.

**KEY-WORDS:** Punitive Justice. Dignity of human person. Restorative Justice. Retributive Justice.

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa em suma firma-se em propor uma análise dos modelos de justiça criminal, detalhando as características e especificidades de cada modelo, buscando refletir com base na dignidade da pessoa humana, a efetividade e eficácia do objetivo central da punição.

A questão em apreço é o olhar sobre o sistema híbrido da justiça criminal no Brasil (Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva), agregando-o com a ressocialização do condenado na esfera da Execução Penal. Primeiramente será abordada a forma de Justiça Punitiva no Brasil e, enaltecendo a previsão da Constituição Federal, que o cumprimento de pena deve ser de forma digna para que surta efeitos sociais, para prevenir outros crimes e, não obstante, diminuir os casos de reincidência.

Será apresentado o conceito de Justiça Restaurativa e, logo em seguida, o de Justiça Retributiva, sendo esta análise com base no intuito ressocializador. Posteriormente, será abordado um comparativo entre Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa, percorrendo neste aspecto a observância acerca do modelo misto adotado na República Federativa do Brasil, ademais, enaltecendo o comparativo e eficácia desses modelos distintos em suas características.

Tem por foco principal a compreensão detalhada da aplicação e objetivo final de cada modelo, tal análise enaltecendo o princípio da dignidade da pessoa humana, o resultado adquirido por tais modelos, se de fato cumpriu com a essência ressocializadora, a qual seja as bases do exercício do jus puniendi.

No contexto sob enfoque, retira-se a necessidade Estatal em promover meios para que seja possível a promoção da coibição do crime por intermédio de ressocialização do apenado, de modo a reinserir o mesmo no convívio social do qual se encontra à margem, com todas as vênias, a vontade de ressocialização deve partir do íntimo do apenado.

Por fim, a presente pesquisa concentra-se nos limites da aplicação da punição estatal ao ilícito cometido, observando-a sob o prisma de justiça punitiva mista a qual permeia o Estado Brasileiro, revendo assim que o condenado deve ser sancionado a partir do erro cometido; porém, tal sanção deve restringir-se aos ditames legais, ademais, deve também refletir a humanização da pena, primando por meios que promovam neste um novo olhar ante a sociedade, e que sob esta égide possa insurgir a vontade de ressocializar-se através de meios sustentados pela função estatal.

Na realização da pesquisa em apreço, o modo metodológico adotado fixou-se no método indutivo. As fontes utilizadas foram a legislação pátria vigente, a doutrina contemporânea e predecessora que elucida o olhar acerca de temáticas que corroboram para a pesquisa do tema proposto e, por fim, a jurisprudência nacional.

## 2. JUSTIÇA PUNITIVA NO BRASIL

Vivemos em uma sociedade onde muitos associam a justiça apenas com a prisão do infrator, bem como sua permanência nela durante todo o trâmite processual, sendo isto atrelado a diversos sofrimentos. Ocorre que este é um falso conceito de justiça, pois pessoas dotadas de conhecimentos jurídicos, ou até mesmo mais humanizadas, sabem que para que ocorra a justiça o infrator tem de ser punido, mas desde que a pena esteja de acordo com o modelo estabelecido pelo Código Penal Brasileiro, que seja uma punição proporcional ao delito cometido, e que o cumprimento da pena seja digno, sem torturas, sem tratamentos desumanos ou degradantes, conforme pode-se verificar no artigo 5º, III da CF/1988:

Todos são iguais perante a lei [...] nos termos seguintes:

III- Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante<sup>1</sup>.

É de extrema importância que o cumprimento da pena “caminhe de mãos dadas” com a dignidade da pessoa humana, já que esta, segundo a Constituição Federal de 1988, é uma elementar do Direito Penal, como é possível verificar por meio do artigo 5º, XLVII da CF/1988, que garante a vedação de penas violadoras de preceitos fundamentais, tais como pena de morte, cárcere perpétuo, trabalho forçado, banimento e penas cruéis<sup>2</sup>.

A “dignitas”, ou seja, a dignidade inerente ao indivíduo, representa a qualidade na qual se encontra envolto o ser humano, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, é o valor “vinculado à própria condição humana”, mostra-se sendo “o valor intrínseco atribuído à pessoa pela comunidade de pessoas”, e sob esta perspectiva axiológica, demonstra a impossibilidade da redução do indivíduo ao “mero objeto”, garantindo-lhe a inviolabilidade do respeito<sup>3</sup>.

A dignidade da pessoa humana é intrínseca do ser humano desde o seu nascimento e não é necessária nenhuma outra condição para adquiri-la. Portanto, o direito da dignidade da pessoa humana não pode ser desconsiderado pelo Estado na hora de punir, pois, o fato de a pessoa cometer um crime não dá o direito de o Estado suprimir os direitos e garantias constitucionais quando da aplicação da pena.

---

<sup>1</sup> BRASIL. [Constituição (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: 18 ago. 2019.

<sup>2</sup> BRASIL. [Constituição (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: 18 ago. 2019.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jurídica, 2018. p. 290.

Nathália Macêdo Santana expõe que a dignidade humana, “[...] reconhece que mesmo aqueles que tenham cometido atitudes indignas possuem direitos que devem ser protegidos, não podendo ser [...] tratados como objetos ou animais”<sup>4</sup>.

A dignidade da pessoa humana consiste num complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram à pessoa amparo contra todo e qualquer tipo de ato degradante e desumano, e que garantam condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da sua própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Não obstante, nesse sentido leciona Guilherme de Souza Nucci:

[...] para que as penas cumpram sua função social, como prevenir de modo geral, que novos delitos venham a ser praticados por outros indivíduos; e prevenir de modo especial que o mesmo indivíduo não cometa mais crimes, será necessário que o condenado a cumpra de forma que seja assegurada sua dignidade [...].<sup>5</sup>

É indispensável a manutenção da sua saúde e segurança, sendo também assegurado seu direito de estudar e trabalhar, buscando sempre que possível não constranger e nem humilhar, para que o infrator consiga então se recuperar do mundo criminoso e readquirir a confiança do Estado e da sociedade para adequar seu retorno à sociedade.

Neste mesmo sentido, o doutrinador Luiz Flávio Gomes<sup>6</sup> aduz que aquele que exige o rigoroso império da lei para punir os “bandidos” é o mesmo que nega a vigência das mesmas leis que regem a vida dos processados, condenados e presos, que, igualmente ao que se passa com grande parcela da população trabalhadora, são tratados como “porcos”, com amplo apoio popular e midiático. E os que admitem o império da lei para castigar, mas não o império da mesma lei no momento do processo, da condenação e da execução da pena, é detentor de uma dupla moral. Respeito à lei para condenar, completo abandono da lei na hora da execução. Essa é uma espécie de canalhice moral.

Infelizmente, a Teoria da Dupla Moral impera nos dias de hoje, pois a pessoa que deseja que a justiça seja feita no momento da punição é a mesma que almeja que o infrator não seja ressocializado e que não seja tratado dignamente, mesmo sabendo que a reinserção social é uma medida de justiça.

---

<sup>4</sup> SANTANA, Nathália Macêdo de. O princípio da dignidade humana e sua relação com o Direito Penal. **Revista Direito UNIFACS - Debate Virtual**, n. 127, jan. 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1387/1074>. Acesso em: 26 de nov. de 2019. p. 15.

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral / Parte Especial**. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2013. p. 400.

<sup>6</sup> GOMES, Luiz Flavio. Presídios e a Teoria da Dupla Moral. **JusBrasil**, 19 mar. 2014. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/114232727/presidios-e-a-teoria-da-dupla-moral>. Acesso em: 19 nov. 2019.

Sendo assim, sabe-se que em nosso ordenamento jurídico brasileiro a pena justa é aquela que, ao mesmo tempo, concilia o caráter retributivo e restaurativo, isto porque adquiriu características mistas, tanto da Justiça Retributiva quanto da Justiça Restaurativa.

### 3. OLHAR ACERCA DA JUSTIÇA RETRIBUTIVA

Para que a justiça seja alcançada dentro do modelo da Justiça Retributiva, é necessário que o sujeito seja reconhecido como infrator, para que então possa ser estabelecida a culpabilidade e um castigo justo, bem como sofrimentos ao condenado.

Na Justiça Retributiva busca-se, com a punição, retribuir ao infrator o mal que ele causou ou tentou causar ao bem jurídico que tanto o direito penal tutela. Neste tipo de justiça a pena não tem outro caráter que não seja o de punir o infrator.

Ora, no modelo retributivo, vimos que há uma ênfase na questão do respeito ao dever para fundamentar a liberdade como expressão de adesão a uma máxima universal, cujo obstáculo dita a necessidade de castigo, incondicionalmente. A construção de um sistema e de uma regra aplicável a toda e qualquer circunstância, independentemente dos objetos externos, dos sentidos, dos desejos, das expectativas expressa, inegavelmente, um valor subjacente: o de ordem, controle, fixidez, segurança, colocado de modo inquestionado como uma verdade por si mesma evidente. A necessidade do castigo, num sistema como tal, decorre da estruturação rígida de um modelo lógico de concepção da sociedade, fundada em valores tais que, para fazer valer sua universalidade, qualquer erro ou desvio deve ser extirpado<sup>7</sup>.

Este tipo de Justiça existe desde a antiguidade, conforme se verifica no código de Hamurabi e na legislação mosaica, que aplicavam a retribuição do mal na mesma medida do dano causado, e a partir de tal conduta advém a frase “olho por olho e dente por dente”.

Com o passar dos tempos, a ideia de retribuição continuou a ser desenvolvida, mas de forma diferente, pois gradativamente se desvinculou das noções de justiça divina, e desde então vem persistindo como noção de caráter retributivo da pena no Direito Penal, sendo considerado como uma justa retribuição ao mal causado pelo crime.

No modelo de Justiça Retributiva, a justiça consolida-se na imposição de sofrimento. Neste ínterim, o sofrimento ora dirigido à vítima será direcionado em retribuição ao

---

<sup>7</sup> MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios históricos e culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). **Justiça Restaurativa**. Coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 53-78.

acusado, como explica Eduardo Rezende Melo, “a ordem moral fundada na culpa e no castigo”<sup>8</sup>. Nesse sentido, para Guilherme de Souza Nucci,

[...] a Justiça Retributiva sempre foi o horizonte do Direito Penal e do Processo Penal. Antes, desprezava-se quase por completo, a avaliação da vítima do delito, e obrigava-se, quase sempre, a promoção da ação penal por órgãos estatais, buscando a punição do infrator. Na órbita penal, eliminava-se a conciliação, a transação e a mediação, e voltava-se a meta do Direito Penal a uma formal punição do criminoso como se outros valores não existissem<sup>9</sup>.

Como bem esclarece Eugênio Raúl Zaffaroni<sup>10</sup>, o intuito da penalidade fixava-se em propor a neutralização do agente violador, essas utilizadas pelo autor, a chamada “embate de las etiquetas”, tais medidas utilizadas na aplicação da penalidade, firmam-se na falta de humanidade,

La prudencia se pierde cuando falta humanitas y, especialmente, en los momentos de crisis económica o bélica. ¿Para qué mantener estas cosas peligrosas que cuestan dinero? ¿Por qué repararlas cuando es más fácil cambiarlas, como un electrodoméstico? Si se necesita dinero para escuelas, hospitales y caminos ¿Para qué destinarlo a los molestos y dañinos? Si hay hambre para la gente decente ¿Por qué darle su comida a los dañinos? Si una juventud sana se mata por la patria en la guerra ¿Para qué pagar para mantener a los parásitos?<sup>11</sup>

Nos dias de hoje, as correntes mais modernas repudiam o caráter retributivo da pena, isto porque a aplicação da Justiça Retributiva isoladamente não possui um lado voltado para a humanização, um lado que não viole a dignidade da pessoa humana. Mas ocorre que a Justiça Retributiva não pode ser desvinculada do conceito da pena, pois somente com ela é que se consegue construir um juízo de proporcionalidade capaz de atender a individualização da pena, como por exemplo, aplicar uma pena justa, na medida proporcional ao ato praticado pelo agente criminoso, na medida de sua culpabilidade.

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 59.

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral / Parte Especial. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2013. p. 407.

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2012. p. 8.

<sup>11</sup> Tradução nossa das palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni: “A prudência se perde quando falta “humanitas” e, principalmente, nos momentos de crise econômica ou de guerra. Por que manter essas coisas perigosas que eles custam dinheiro? Por que repará-los quando é mais fácil trocá-los, como um aparelho? Se é necessário dinheiro para escolas, hospitais e estradas, por que alocá-lo para o irritante e prejudicial? Se há fome de pessoas decentes, por que dar sua comida para os prejudiciais? Se um jovem saudável é morto pela pátria na guerra, por que. O que pagar para manter os parasitas?”.

Nesta contextualização, Renato Sócrates Gomes Pinto aduz que a Justiça Retributiva se apresenta em um aspecto indiferente diante das necessidades apresentadas pelo indivíduo infrator, conceitua “a tutela Penal de bens e interesse, com a punição do infrator e proteção social”, neste *modus operandi*, à escassa diligenciação de assistência “psicológica e social” direcionada ao indivíduo<sup>12</sup>.

Em observância aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se que a aplicação da sanção penal fixa seus pilares no caráter retributivo;

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO PRIVILEGIADO NA MODALIDADE TENTADA (ART. 155, § 2º, C/C ART. 14, INCISO II, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CONSIDERADO O ITER CRIMINIS. FUNDAMENTO IDÔNEO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO PELA DE MULTA. DESCABIMENTO. 1. O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, observando-se a presença de "certos vetores, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC n. 98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009). Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o montante do valor da res furtiva superar o percentual de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos. Ademais, o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo, excepcionalmente, quando demonstrado ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas. 2. No presente caso, além de o Tribunal a quo ter destacado que o réu possui três condenações penais por crimes contra o patrimônio, a caracterizar sua reiteração no cometimento de crimes, o valor dos bens envolvidos no delito (2 camisetas e 1 polo no valor de R\$ 109, 97) ultrapassou os 10% do salário mínimo vigente à época da prática delitiva (2016 - R\$ 880,00), não podendo ser considerado irrisório, razões pelas quais não se pode aplicar o princípio da insignificância ou da bagatela. 3. O Tribunal de origem, ao reconhecer a prática tentada do crime de furto, reduzindo a pena em 1/2, já beneficiou o agravante considerando que esta Corte considera consumado o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo

---

<sup>12</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa no é possível no Brasil? *In*: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). **Justiça Restaurativa**. Coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 26.

e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. Dessa forma, infere-se que a Corte local aplicou a tentativa no cômputo da pena, não obstante tenha sido o crime praticado em sua forma consumada, devendo ser mantida tal fração em razão da impossibilidade da *reformatio in pejus*. 4. Não merece reparo o acórdão recorrido que, aplicando o privilégio estabelecido no § 2º do art. 155 do CP, e visando o caráter retributivo da pena, que não seria alcançado caso fosse aplicada a pena de multa, reduziu a sanção reclusiva imposta, justificando que a pena pecuniária, na hipótese, não poderia ser arcada pelo réu, diante de sua falta de condições financeiras. 5. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp: 1781675 SC 2018/0311939-7, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 19/02/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2019)<sup>13</sup>.

Vê-se que em determinados julgados, a fixação da pena não possibilita ainda a substituição de uma aplicação de sanção mais branda, pois no entendimento do Excelso Pretório, tal possibilidade imposta acarretaria na perda da essência retributiva da sanção.

#### 4. JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa consiste em um paradigma não punitivo, que tem como principal objetivo a reparação dos danos que são causados pelo infrator através do delito e, quando possível, busca-se a reconstrução das relações que foram rompidas entre as partes envolvidas, como a vítima, o infrator e a comunidade.

Esta Justiça é apresentada como um novo modelo da Justiça Criminal, que é capaz de suprir as deficiências e falhas do sistema punitivo brasileiro, e que ao contrário da Justiça Retributiva busca meios alternativos à privação de liberdade e demais sofrimentos para fazer valer a punição.

Nesta feita, este modelo de Justiça que busca por meio restaurativo a aplicação da sanção, já se apresentava como uma forma mais humana ao sistema punitivo, nas palavras de Louk Houlsmann, em sua obra intitulada “Penas Perdidas”, enfatiza que:

Falei algumas vezes em abolir a pena. Quero me referir à pena tal qual é conhecida e aplicada pelo sistema penal, ou seja, por uma organização estatal investida do poder de punir um mal sem que seja ouvida as pessoas interessadas. Questionar o direito de punir dado ao Estado, não significa

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no REsp: 1781675 SC 2018/0311939-7**. Santa Catarina, 2018. Min. Relator: REYNALDO SOARES DA FONSECA, publicação em: 01.03.2019.

rejeitar qualquer medida coercitiva, nem tão pouco suprimir totalmente a noção de responsabilidade pessoal<sup>14</sup>.

Howard Zehr, sociólogo americano que muito pesquisa sobre a Justiça Restaurativa, salienta que é preciso “trocar as lentes”<sup>15</sup> pelas quais enxergamos o crime e a justiça. É esta troca de lentes que a Justiça Restaurativa propõe, pois altera o foco do modelo retributivo do processo penal de estabelecer apenas a culpa e punição para o ato danoso, mostrando um modelo mais humano, no qual aproxima o objetivo de restaurar o condenado e reconstruir a relação anteriormente rompida por conta de seu ato criminoso.

Nas palavras de Renato Campos Pinto De Vitto, a justiça restaurativa reúne o contato entre a vítima e o ofensor, objetivando assim a construção de um projeto de restauração acerca dos fatos ocorridos:

A prática restaurativa em si, que deve reunir essencialmente vítima e ofensor e os técnicos responsáveis pela condução dos trabalhos (normalmente denominados facilitadores), e pode incluir familiares ou pessoas próximas a estes, além de representantes da comunidade, e os advogados dos interessados, se o caso. Deve ocorrer preferencialmente em local neutro para as partes, e se desenrola, basicamente, em duas etapas: uma na qual são ouvidas as partes acerca dos fatos ocorridos, suas causas e conseqüências, e outra na qual as partes devem apresentar, discutir e acordar um plano de restauração<sup>16</sup>.

Antonio García-Plabos de Molina<sup>17</sup> aduz que o modelo restaurador é aquele no qual a preocupação do sistema penal estaria, em princípio, voltada para a melhora da pessoa do delincente, um modelo que facilite o seu retorno digno à comunidade, isto é, sua plena reintegração social.

Sendo assim, o modelo da Justiça Restaurativa é o que mais se aproxima da não violação da dignidade da pessoa humana, já que não tem a sofrida punição do infrator como único objetivo do Estado, e sim a corporação de ideias de prevenção a orientar a execução do castigo de uma forma mais humanizada.

---

<sup>14</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**. O Sistema Penal em questão. Tradução de Maria Lucia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 87.

<sup>15</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 62.

<sup>16</sup> DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. *In*: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). **Justiça Restaurativa**. Coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 45.

<sup>17</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 369.

## 5. JUSTIÇA RETRIBUTIVA X JUSTIÇA RESTAURATIVA

Existem dois modos de o Estado exercer o *jus puniendi*, conforme concepções teóricas apresentadas anteriormente, sendo elas as nominadas justiças de forma retributiva e restaurativa.

Assim, de acordo com o quadro comparativo elaborado por Renato Sócrates Gomes Pinto, são elementos da Justiça Retributiva: a) o crime é ato contra a sociedade, representada pelo Estado; b) o interesse na punição é público; c) a responsabilidade do agente é individual; d) há o uso estritamente dogmático do Direito Penal; e) utiliza-se de procedimentos formais e rígidos; f) predomina a indisponibilidade da ação penal; g) a concentração do foco punitivo volta-se ao infrator; h) há o predomínio de penas privativas de liberdade; i) existem penas cruéis e humilhantes; j) consagra-se a pouca assistência à vítima; l) a comunicação do infrator é feita somente pelo advogado<sup>18</sup>.

Outrossim, constituem elementos da Justiça Restaurativa: a) o crime é ato contra a comunidade, contra a vítima e contra o próprio infrator; b) o interesse de punir e reparar é das pessoas envolvidas no caso; c) há responsabilidade social pelo ocorrido; d) predomina o uso alternativo e crítico do Direito Penal; e) existem procedimentos informais e flexíveis; f) predomina a disponibilidade da ação penal; g) há uma concentração de foco conciliador; h) existe o predomínio da reparação do dano causado ou da prestação de serviços comunitários; i) as penas são proporcionais e humanizadas; j) o foco de assistência é voltado à vítima; l) a comunicação do infrator pode ser feita diretamente ao Estado ou à vítima<sup>19</sup>.

De acordo com as palavras de Nelson Hungria<sup>20</sup>, antigamente, o Direito Penal sempre se pautava apenas pelo critério do modelo retributivo, ao mal concreto do crime com o mal concreto da pena. Mas, com o passar do tempo, as ideias foram evoluindo e a ciência penal ficou mais ligada aos direitos e garantias fundamentais, não se preocupando somente com a punição, mas sim com a proteção do indivíduo em face de eventuais abusos por parte do Estado.

Embora ambos os modelos possuam finalidades aparentemente distintas entre si, pode-se dizer que são enquadrados como uma punição em resposta ao delito, sendo ao mesmo tempo uma forma de prevenção ao crime e de ressocialização. Com o mesmo raciocínio, Guilherme de Souza Nucci leciona: “Se por um lado, o crime jamais deixará de existir no atual estágio da Humanidade, por outro lado, há formas humanizadas de garantir a eficiência do Estado para punir o infrator, corrigindo-o, sem humilhação, com perspectiva de pacificação social”<sup>21</sup>.

Posto isto, verifica-se que o sistema penal brasileiro, na teoria, contém elementos dos dois sistemas, pois busca sim retribuir a ofensa praticada pelo sujeito, por meio da imposição da punição, mas de uma forma mais humanizada, voltada à ressocialização, uma punição que vise um retorno digno do infrator à comunidade e que não deixe sequelas.

<sup>18</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa. **Carta Forense**, n. 51, 07 ago. 2007, p. 450. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/justica-restaurativa/833>. Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 450.

<sup>20</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1936. p. 74.

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral / Parte Especial**. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2013. p. 407.

Sendo assim, para ser proporcionado a tão almejada situação de equilíbrio, é de extrema importância que a Justiça Criminal una os modelos de justiça retributiva e justiça restaurativa, sem optar isoladamente em favor desta ou daquela no momento de aplicar a punição, ainda que existam crimes que mereçam punição com foco mais voltado à retribuição do que à restauração (Ex.: latrocínio; homicídio; tráfico ilícito de drogas) e vice-versa (crimes sem violência e grave ameaça).

## 6. ANÁLISE DA EXECUÇÃO DA PENA

Nos dias de hoje, a execução penal é considerada um ramo autônomo do Direito, isto porque possui lei específica sobre a matéria (Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal) e é prevista constitucionalmente no artigo 24, I da CF:

Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.  
[...]<sup>22</sup>.

O legislador, ao usar a denominação direito penitenciário no artigo 24, inciso I, da Constituição Federal, refere-se ao direito de execução penal, uma vez que não se trata apenas de um direito voltado às penas privativas de liberdade, mas sim das medidas alternativas e medidas de segurança, com o intuito da restauração do condenado e tratamento do internado.

A Lei de Execução Penal (LEP), em seu artigo 1º, apresenta o objetivo pela qual foi criada:

Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado<sup>23</sup>.

Nesse sentido, Alexis Couto de Brito define sucintamente o sentido do artigo 1º:

---

<sup>22</sup> BRASIL. [Constituição (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: 18 ago. 2019, grifo nosso.

<sup>23</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

Efetivar no sentido de tornar concreta a submissão do condenado à sanção imposta. E integração social harmônica porquanto, ao restringir sua liberdade, não poderá execrá-lo do convívio social ao qual deverá retornar<sup>24</sup>.

Em outras palavras, o objetivo ou finalidade da execução penal consiste na efetivação ao cumprimento da ordem de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, da qual deverá proporcionar ao condenado através da ajuda estatal a sua ressocialização.

Jason Albergaria, um dos participantes da comissão idealizadora do projeto que deu origem à Lei de Execução Penal, ao ser citado por Alexis Couto de Brito<sup>25</sup> em seu livro, aduz que o objetivo da aplicação da pena faz-se primar pela demonstração de uma “reeducação”, para que assim proceda-se com a reinserção do convívio social:

O objetivo da execução da pena consiste na reeducação do preso e sua reinserção social. A prevenção especial da pena compreende a ressocialização do preso para evitar a reincidência. A moderna concepção da pena dá especial relevo aos fins da pena, sem desconsiderar a sua essência, a retribuição. A aparente antinomia entre prevenção e retribuição se resolve com as teorias-margem ou teorias conciliatórias. A pena adequada à culpabilidade deve deixar margem aos fins da pena.

Ademais, para o autor Júlio Fabbrini Mirabete:

O sentido imanente da reinserção social, conforme o estabelecido na lei de execução, compreende a assistência e a ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para sua integração, não se confundindo com qualquer sistema de tratamento que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em contraste com os direitos da personalidade do condenado<sup>26</sup>.

Diante disto, importante salientar que além de executar as penas, a Lei de Execução Penal contempla a possibilidade da execução da medida de segurança, pois sabe-se que executar a pena é diferente de executar a medida de segurança, uma vez que a pena só é possível ser fixada para o imputável (maior de idade que tenha pleno conhecimento do delito cometido), mas caso uma pessoa doente mental venha cometer crime, ela não poderá ser punida, e sim deverá ser tratada.

---

<sup>24</sup> BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 34.

<sup>25</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>26</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 26.

A finalidade da execução da pena é diferente da medida de segurança, pois a finalidade da pena consiste em concretizar o disposto na sentença condenatória e integrar o sentenciado socialmente; já a execução da medida de segurança, pelo fato de não estar lidando com o criminoso e sim com uma pessoa doente mental que não sabia o que estava fazendo ao cometer um delito, sua finalidade primeira é cumprir o conteúdo da sentença absolutória imprópria (quando embora constatada a presença do crime, a certeza absoluta do doente mental no crime, mas é absolvido por ser inimputável ao tempo da ação), que muitas das vezes consiste em tratamento psiquiátrico, seja ele ambulatorial ou de internação.

Conforme assevera Júlio Frabbrini Mirabete, “Notou-se a relevância do estudo da execução da pena privativa de liberdade à medida que não tem ela somente a finalidade retributiva e preventiva, mas também, e principalmente, a de reintegração do condenado na comunidade”<sup>27</sup>.

De acordo com o citado logo acima, a LEP adotou os postulados da Nova Defesa Social, que consiste em promover a proteção da sociedade, punir não somente para castigar, mas para reeducar o delinquente e conservar a noção de pessoa humana em relação ao próprio delinquente, nota-se a partir disto a integração com o modelo de Justiça Criminal híbrida (Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa).

Portanto, é importante destacar o que reza o artigo 10 da LEP:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.  
Parágrafo único: A assistência estende-se ao egresso<sup>28</sup>.

Sendo assim, em que pese existam inúmeras críticas ao paradigma ressocializador, a reinserção do condenado constitui objetivo fundamental da execução penal no Brasil, de forma que o Estado deve providenciar todos os aparatos para sua efetivação, fazendo com que a sociedade participe e atue de forma positiva neste propósito, considerando ainda que o crime é um problema social<sup>29</sup>.

Apesar de a Lei de Execução Penal discorrer através de seu conteúdo programas que levem a efetivação da sentença condenatória transitada em julgado, bem como uma futura ressocialização do condenado, ou até mesmo cumprimento de uma medida de segurança, sabe-se que infelizmente não é isso que se encontra nos dias atuais, pois, na prática, a Lei não tem produzido os resultados concretos almejados por seus autores e esperados pela sociedade, e com isso, a ressocialização vem perdendo força diante da falta de esforços para atingi-la.

Atualmente, como se pode observar nos noticiários da mídia, a questão da superlotação carcerária só tende a piorar e, como método preventivo estatal, as leis que foram criadas para punir com mais severidade os crimes graves (Lei dos crimes hediondos e Lei de drogas) estão

---

<sup>27</sup> Ibid., p. 19.

<sup>28</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

<sup>29</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1. p. 36.

ficando cada vez mais brandas, considerando que é mais fácil e mais barato aliviar o problema da falta de estrutura do sistema soltando rapidamente os presos, do que propriamente investir na ressocialização.

## 7. OBJETIVO RESSOCIALIZADOR

A palavra ressocialização significa tornar apto o condenado a conviver em sociedade, uma vez que até então este não era capaz de tal feito, tendo em vista o não respeitar os bens jurídicos importantes para a sociedade, ou melhor, não respeitar o próximo.

A ressocialização é algo transformador, ainda mais tratando-se de um Estado que se define como Democrático “Social” de Direito que é o Brasil, no qual se valoriza muito os direitos fundamentais de cada indivíduo.

Com isto, nota-se que em um país moderno/contemporâneo como o Brasil a pena não deve possuir o objetivo de castigar simplesmente, pois, quando se fala em ressocialização, o castigo deve ser útil, principalmente para o próprio criminoso.

Há várias formas de se colocar em prática a ressocialização, sendo utilizada para tal as políticas públicas da LEP, tais como a progressão de regime, remição da pena, comutação e indulto, assim como políticas públicas das quais o Estado, juntamente com a sociedade, atua de forma benéfica, realizando programas ressocializadores.

Para complementar, o doutrinador Cezar Roberto Bittencourt<sup>30</sup> defende que não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade exclusiva de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social de que o Estado e a sociedade devem dispor com objetivo ressocializador, como é a família, a escola, a igreja e etc. A readaptação social abrange uma problemática que transcende o aspecto puramente penal e penitenciário.

O autor Luiz Regis Prado em sua obra relata:

Proclama a Lei de Execução penal que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno a convivência em sociedade. [...] Também ao egresso será prestada assistência, que consistirá na orientação e apoio para reintegrá-lo a vida em liberdade, além da concessão, se necessário de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequando, pelo prazo de dois meses (art. 25 LEP)<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Volume 1: parte geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 143.

<sup>31</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 590.

Sendo assim, o modelo ressocializador necessita de uma intervenção positiva do Estado, da qual o condenado possa ser ensinado sobre os limites éticos e morais de uma sociedade; possam ser dadas oportunidades de trabalho e estudo, oportunidades de repensar a respeito do que fez, tudo com o intuito de torná-lo melhor, tanto como pessoa quanto como cidadão. É necessário que o retorno à sociedade seja digno para que não haja a reincidência.

Nas palavras de Zigmunt Balman:

[...] qual é a base moral para punir alguém, talvez severamente, para impedir que pessoas inteiramente diferentes cometam atos semelhantes? A questão é tanto mais preocupante do ponto de vista ético pelo fato de que “aqueles que punimos são em larga medida pessoas pobres e extremamente estigmatizadas que precisam mais de assistência do que punição”<sup>32</sup>.

Em outras palavras, não se ressocializa nenhum ser humano com castigos, deixando-o esquecido, excluído da sociedade, pois isso só o torna uma pessoa pior, com mais possibilidade de retornar ao mundo criminoso.

Nessa esteira, Alexis Couto de Brito expõe o início do problema:

Ao se falar da execução da pena, surgem os problemas quanto ao seu fundamento e à sua finalidade. Esta – a finalidade – deve progredir de um fim abstrato e geral ligado ao Direito Penal para uma individualização concreta e material, centrada no condenado<sup>33</sup>.

De outro modo, ao invés de ficar se preocupando com a finalidade teórica e abstrata que se encontra em todas as doutrinas, é necessário, de fato, mudar esse panorama e colocar em prática de forma efetiva o modelo ressocializador.

Pelo que é amparado pela Constituição Federal<sup>34</sup> brasileira acerca da dignidade da pessoa humana, tutelada no art. 1º, inciso III, e pelo princípio do respeito aos direitos humanos, no art. 34, inciso VII, alínea “b” da Carta Magna de 1988, é imprescindível a ligação da dignidade da pessoa humana com a ressocialização, bem como meios que a efetive.

Existem vários programas de políticas públicas para ajudar a ressocializar o apenado, bem como a existência de um órgão a ser constituído, que represente a comunidade no processo que vai desde o início do cumprimento da pena até a reinserção ao convívio social, isto em

---

<sup>32</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 109.

<sup>33</sup> BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 24.

<sup>34</sup> BRASIL. [Constituição (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: 18 ago. 2019.

cada comarca onde houver pessoas aprisionadas. O referido órgão é chamado de Conselho da Comunidade, conforme artigo 80 e 81 da Lei de Execução Penal<sup>35</sup>.

Neste sentido, tendo em vista que as pessoas que se encontram detidas constituem a mesma sociedade na qual vivemos, é necessário por meio do Conselho da Comunidade que se promova a aproximação da prisão com a comunidade e vice-versa, para que os indivíduos desde então possam retornar ao convívio social a partir de uma perspectiva mais reintegradora.

Exemplo de política pública que integra o corpo ressocializador, que felizmente muito se pratica em nossa sociedade brasileira, é o “Projeto Recomeçar de Novo” criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que visa incentivar a ressocialização do apenado, seja ele preso, egresso do sistema carcerário ou cumpridor de medidas alternativas. Este projeto tem o intuito de proporcionar oportunidades de trabalho, capacitação profissional e reinserção no mercado de trabalho, tudo a fim de conceder a reeducação social e profissional, para reduzir as taxas de reincidência criminal. Tal projeto pretende ainda chamar atenção de gestores públicos, inclusive magistrados, e da sociedade civil organizada, para a promoção de ações de cidadania em prol da melhoria do sistema penal brasileiro.

No Estado do Paraná, uma grande evolução foi proporcionada pelo juiz de Direito da Vara de Execuções Penais e Corregedoria dos Presídios da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, Katsujo Nakadomari, que possibilitou, por meio de convênio estabelecido entre a Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos (SEJU) e a Universidade Estadual de Londrina (UEL), que presos realizassem a inscrição para o vestibular desta instituição, sendo dois detentos aprovados. Um deles encontra-se em regime fechado e foi aprovado em Matemática, e o outro, em regime semiaberto, aprovado em Enfermagem. O projeto visa oportunizar a realização de curso de ensino superior para os presos que têm interesse em estudar, para que estejam preparados para o mercado de trabalho e sua própria ressocialização.

Sobre este ponto, conclui Raul Cervini que “a autêntica ressocialização só será possível quando o indivíduo a ser ressocializado e o encarregado da ressocialização tenham, aceitem ou compartilhem o mesmo fundamento moral que a norma social de referência”<sup>36</sup>.

Portanto, para que os programas ressocializadores tenham eficácia, sabe-se que a ressocialização poderá ser atingida por meio destes quando o indivíduo apenado possuir vontade de ser ressocializado, e a sociedade juntamente com a autoridade competente estiverem interessados em ressocializar, ajudar e não excluir; ou seja, todos devem possuir os mesmos interesses em prol da mesma causa.

A ressocialização deve ser feita independentemente do tipo de crime cometido, de pena ou lugar que o infrator encontra-se cumprindo a pena.

## CONCLUSÃO

---

<sup>35</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

<sup>36</sup> CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

Conclui-se com as considerações supra expostas, que a presente obra tem por enfoque o sistema de Justiça Criminal no Brasil, este que demonstra ser mista a sua forma de aplicação, pois ao mesmo tempo em que se adota o modelo de Justiça Retributiva, adota-se também o modelo de Justiça Restaurativa, ou seja, de um lado é imprescindível que o infrator seja punido pelo delito que cometeu, mas, ao mesmo tempo, também se faz necessário que a punição seja de uma forma humanizada, primando em seu objetivo pela ressocialização.

A forma mais humanizada da aplicação da pena, não obstante, enraíza-se no cumprimento de sua função social, na eficácia da ressocialização, pois não basta que o apenado seja punido com a prisão e esquecido pelo Estado e pela sociedade, durante a execução da pena o Estado tem que proporcionar e fornecer os direitos básicos para o cidadão infrator, como educação, saúde, alimentação, entre outros, para que não volte a reincidir, e adquirir meios para proporcionar uma vida digna aos seus familiares, modificando assim por completo sua visão perante a sociedade.

Dessa forma, percorrendo o fichamento de análises bibliográficas de doutrinas firmadas no estabelecimento de métodos alternativos à forma de punição, estas realizadas de forma indutiva, pode-se observar que o Estado, primeiramente na administração empregada pelo poder Executivo, é falho em vários momentos, principalmente no que tange ao atendimento e estrutura do próprio sistema, considerando tanto as situações do cárcere, como os programas de políticas públicas para atendimento aos egressos.

A LEP está repleta de ferramentas que induzem à perfeita ressocialização, mas o problema não se resolve apenas com a previsão legal, é preciso ainda que haja toda uma estrutura para acomodar dignamente as pessoas condenadas, estejam elas cumprindo a pena em regime fechado, semiaberto, aberto, livramento condicional, medidas alternativas ou medidas de segurança. É preciso que além das políticas públicas os executados tenham vontade de querer mudar, a sociedade esteja disposta a querer ajudar e que o Estado contrate profissionais que tenham vontade e saibam trabalhar em prol da ressocialização, do contrário, pode-se dizer que os presos se tornarão vítimas do sistema penal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Volume 1: parte geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (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: 18 ago. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210compilado.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no REsp: 1781675 SC 2018/0311939-7. Santa Catarina, 2018. Min. Relator: REYNALDO SOARES DA FONSECA, publicação em: 01.03.2019.

BRITO, Alexis Couto de. Execução Penal. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). Justiça Restaurativa-. Coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 41-52.

GOMES, Luiz Flavio. Presídios e a Teoria da Dupla Moral. JusBrasil, 19 mar. 2014. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/114232727/presidios-e-a-teoria-da-dupla-moral>. Acesso em: 19 nov. 2019.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lucia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1936.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios históricos e culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). Justiça Restaurativa-. Coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 53-78.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jurídica, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral / Parte Especial. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2013.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa no é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). Justiça Restaurativa-. Coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 19-40.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 1: parte geral. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTANA, Nathália Macêdo de. O princípio da dignidade humana e sua relação com o Direito Penal. Revista Direito UNIFACS - Debate Virtual, n. 127, jan. 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1387/1074>. Acesso em: 26 de nov. de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crímenes de Masa. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2012.

ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.



## DA REVOGAÇÃO TÁCITA DO ARTIGO 17, § 1º DA LEI 8.429/92

**André Fustaino Costa**

*Graduado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Processo Civil e Direito Administrativo pela Universidade Estadual de Londrina. Palestrante sobre matérias de Direito Público. Procurador do Município de Londrina, atualmente lotado na Gerência de Licitações e Contratos. Advogado. Já foi professor universitário ministrando aulas de Direito Financeiro e Direito Econômico.*

**Vitor Anotti**

*Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.*

**RESUMO:** A presente pesquisa busca investigar algumas questões teóricas, organizadas de modo cronológico, acerca da relação entre direito e moral, tendo em vista que a ciência jurídica tutela uma série de valores humanos orientados sob a perspectiva de uma determinada teoria jurídica, nesse sentido, é possível chegar na concepção de defesa da moralidade como concretização da própria legalidade. A breve exposição realizada abaixo tem como objetivo discorrer sobre alguns indícios teóricos e práticos favoráveis à ideia da relativização da indisponibilidade do interesse público, consubstanciada na evidência de que o parágrafo primeiro do artigo 17 da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) é incompatível com a sistemática jurídica brasileira, tal conclusão é fundamentada na análise obras renomadas no cenário nacional e internacional, em legislações posteriores a LIA como a Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil), Lei 12.846/13 (Anticorrupção), Lei 13.140/15 (Mediação), bem como a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), além disso, o referido posicionamento é reforçado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em recente julgado (autos 0001829-78.2010.8.16.0152) e pelo Superior Tribunal de justiça (AgRg no AResp 780.833/MT).

**PALAVRAS-CHAVE:** Revogação tácita. Disponibilidade. Interesse público. Improbidade Administrativa.

**ABSTRACT:** The following study searches to investigate some theoretical questions, organized in a chronological order, about the relationship between law and moral, while perceiving that the jurisprudence tutelates a series of human values oriented under the perspective of a certain juridic theory, in that sense, it is possible to reach the conception of morality's defense as a way of concretizing legality itself. The brief exposition made below has the goal as it's to discuss the practical and theoretical indications favorable to the idea of the relativization of the indisponibility of public interest, embodied in the evidence that paragraph first from article 17 of Law 8.429/92 (Law of Administrative Improbity) is compatible with Brazil's judiciary system, such conclusion being founded by the analysis of renomated works in national and international scenery, by subsequent legislations, as Law 13.105/15 (Code of Civil Procedure), Law 13.140/15 (Mediation), aswell as

the Introductory Law to Brazilian Norms (LINDB), beyond that, the position is referred by Paraná's State Court of Justice recent ruling (Process 0001829-78.2010.8.16.0152) and by the Superior Court of Justice (AgRg in the AREsp. 780.833/MT).

**KEY-WORDS:** Tacit Revocation. Disponibility. Public interest. Administrative Improbability.

## 1. METODOLOGIA

A formulação da pesquisa expressa no presente trabalho se deu por meio da investigação bibliográfica de autores renomados no cenário nacional e internacional, valendo-se de suas conceituações e terminologias, atendo-se ao estudo da Lei 8.429 de 1993, bem como se o posicionamento do Poder Judiciário quanto à mitigação ou revogação tácita da norma do artigo 17, § 2º da referida legislação.

Além das considerações feitas acima, parte-se de um método dedutivo para analisar o presente tema, uma vez que se realiza o estudo de definições gerais e conceitos abstratos, a fim de caracterizar e esmiuçar as questões fáticas.

## 2 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a possibilidade de se realizar Composição/Acordo na seara da Improbidade Administrativa, em que pese à vedação expressa no § 1º do art. 17, da Lei nº 8.429/93.

Pretende-se abordar algumas temáticas candentes na seara do Direito Administrativo brasileiro, iniciando-se, como não poderia ser diferente, pelos seus princípios basilares, quais se sejam, a supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público, de forma a apresentar suas principais características e vicissitudes.

Na mesma toada, objetiva-se explanar sobre a correlação entre a Filosofia do Direito e o instituto jurídico da improbidade administrativa, notadamente a partir de noções sobre seu respectivo conceito. Deveras, moral nada tem a ver com o Direito. São ciências estanques. Alguns dos apontamentos realizados por Hans Kelsen deverão ser amplamente apresentados no decorrer do artigo, visto a relação umbilical para o devido distanciamento entre conceitos “legalidade” e “moralidade” e para a devida apreensão conceitual do que seja improbidade.

Conclui-se que, nos últimos anos, ocorreu uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, o qual privilegia o modelo de autocomposição de conflitos, por intermédio de institutos postos à resolução alternativa, visando soluções mais adequadas para os conflitos, dentro do sistema de multiportas, além disso, tal constatação é fruto do próprio sistema jurídico pátrio, conforme pode ser observado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, o qual instituiu o princípio da celeridade e duração razoável do processo, bem como no Código

de Processo Civil de 2015, que estabeleceu marcos conciliatórios norteadores da instrumentalização do processo.

### 3 - DIREITO ADMINISTRATIVO E SEUS PRINCÍPIOS MÁXIMOS

Inicialmente, deve-se identificar a problemática trazida no presente ensaio a partir das ideias de supremacia e indisponibilidade do Interesse Público, segundo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito Administrativo pode ser compreendido como “o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 29), evidenciando-se, essencialmente, a atuação administrativa exercida em defesa do interesse da coletividade (MAZZA, 2014, p. 54).

O Direito Administrativo é reconhecido como um ramo autônomo do direito dotado de regime jurídico próprio, compreendido como conjunto ordenado de princípios e regras próprias, as quais conferem características únicas (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 53), ou seja, o direito administrativo escolheu valores específicos para proteger e tutelar, sobre a temática axiológica do direito, o professor João Luiz Martins Esteves expõe:

[...] sob o entendimento de que a linguagem ideológica é também valorativa Ferraz Junior (1998) explica que os valores são expressões abertas que “[...] em geral constituem critério de avaliação das ações [...]” (ESTEVES, 2016, p. 62, apud FERRAZ JUNIOR, 1998, p. 95)

A passagem trazida acima revela um posicionamento ativo dentro do direito administrativo, o qual elege valores e interesses dignos de proteção jurídica e, conseqüentemente, coerção estatal, evidencia-se, assim, dois princípios basilares: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o privado pode ser entendido como a posição de superioridade das normas de direito público em detrimento das normas de direito privado, ou seja, em regra, a proteção dos direitos e interesses coletivos devem se sobrepor às demandas individuais, assim explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam [...] Significa que o Poder público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 71)

Dessa forma, pode-se entender o aludido princípio como a proeminência do interesse público sobre as demandas individuais, uma vez que a Administração possui a tarefa de defender constantemente o bem estar social.

Posto isso, cumpre expor sobre o princípio da Indisponibilidade do interesse público, o qual pode ser entendido, sumariamente, como a impossibilidade do Estado dispor sobre os interesses coletivos (DI PIETRO, 2017, p. 137), consoante ao entendimento da ilustre doutrinadora, o professor José dos Santos Carvalho Filho complementa:

Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. [...] O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 36)

Além dos ensinamentos colacionados acima, Celso Antônio Bandeira de Mello revela o dever da Administração, realizado por intermédio de seus agentes, em resguardar os interesses públicos, cabendo o Estado salvaguardar tais direitos (BANDEIRA MELLO, 2015, p. 76-77), assim, tal princípio figura de maneira relevante no ordenamento jurídico pátrio.

#### 4 - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FILOSOFIA DO DIREITO E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo<sup>1</sup> 37, § 4º a Improbidade Administrativa como um valor tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio, no entanto, a referida figura não possui contornos tão simples e convergentes em relação ao pensamento jurídico ocidental, em que pese sua defesa seja fomentada e apoiada pela grande maioria dos juristas brasileiros, alguns questionamentos sobre sua existência e forma devem trabalhados e levados em conta.

A Improbidade pode ser compreendida como a ação ou omissão praticada durante a atuação administrativa, a qual abarque pelo menos uma das funções básicas do Estado. Estende-se aos particulares caso tenha agente público em “cumplicidade”, além de depender de elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua caracterização (DI PIETRO, 2017, p.1088).

A referida definição revela uma postura do constituinte brasileiro em defender a moralidade dentro do poder público em geral, o artigo 37 da Constituição informa aos aplicadores do

---

<sup>1</sup> É interessante elucidar uma questão: A diferenciação entre artigo de lei e a norma contida no artigo, não que estes ensaístas sejam formalistas ou exegetas saudosistas, o apontamento que se cuida nesta passagem é somente sobre a diferenciação trazida entre os artigos contidos nas leis, os quais expressam sua parte formal, não abordando qualquer passagem ou mandamento, ou seja, o artigo de lei é o local e a estrutura da mesma, no qual é possível encontrar a norma, compreendida como o conteúdo trazido pelo artigo, no entanto, tal distinção não afetar a compreensão do presente texto, pois trataremos de modo genérico nas explicações a distinção subsequentes.

direito a necessidade de observar atuação administrativa dentro de padrões éticos e de honestidade, zelando por ações dotadas de impessoalidade, amplamente publicizada, eficaz e respeitando os ditames legais.

A norma constitucional trazida acima não seria suficiente para orientar de forma clara e específica atuação humana, no intuito de oferecer contornos e aplicabilidade imediata o legislador ordinário trouxe ao mundo jurídico a lei 8.429 datada de 2 junho de 1992, revelando a importância extrema do tema, assim, a legislação supracitada apresente condutas objetivas as quais seriam passíveis de ferir contra a moralidade administrativa, sendo elas o enriquecimento ilícito do agente público (art. 9), dano ao erário (art. 10), atentado aos princípios da Administração Pública (art. 11), e posteriormente no ano de 2016 a Lei Complementar n° 157 inseriu como ato de improbidade a concessão, aplicação ou manutenção indevida de benefício financeiro ou tributário, nesse sentido, observa-se uma tipificação de condutas as quais podem ensejar alguma das punições especificadas na LIA.

#### 4.1. – Premissas e inconsistências relevantes

A indagação suscitada no início do item anterior pode ser melhor detalhada a partir deste ponto, Hans Kelsen foi um grande pensador das questões jurídicas, nascido em 1881 em Praga foi autor de diversos livros em sua carreira, o qual apresentou uma abordagem metodológica mais rígida e distinta sobre alguns temas delicados como a justiça, hermenêutica e autonomia da ciência jurídica.

O jurista austríaco publicou uma de suas obras mais conhecidas a “Teoria Pura do Direito” publicada em 1934, o referido livro lançou diversas críticas sobre a teoria jurídica antecedente, especialmente o pensamento difundido nos séculos XIX e XX (KELSEN, 2012, p. 68), ou seja, algumas das críticas realizadas pelo autor tinham endereçamento certo, a doutrina no Direito Natural, nesse sentido, Kelsen denunciou a influência exacerbada das diversas áreas do conhecimento dentro do direito, para ele a ética, teologia, psicologia e outras ciências se “mesclaram” com a ciência jurídica e impediam o desenvolvimento de um direito dotado de autonomia e validade própria.

Dentre os vários pilares difundidos pelo jusfilósofo, pode-se apontar a discussão entre justiça e a validade do direito, em que pese o ordenamento jurídico busque e prefira normas justas, seria incoerente afirmar que a injustiça de uma lei afetaria seu âmbito de validade dentro de um sistema de normas. Sucintamente, a solução trazida por Kelsen reside na ideia de que as normas jurídicas encontram seu fundamento de validade em uma norma logicamente pressuposta em uma autorização de fato, mencionada como a “norma hipotética fundamental”, a qual concederia validade às constituições existentes, e estas por sua vez confeririam validade as demais normas infraconstitucionais (KELSEN, 2012, p. 39).

O posicionamento defendido acima revela uma situação de hierarquia constitucional sobre as demais normas de um ordenamento jurídico válido, além disso, o referencial teórico do nascimento do direito desloca-se da descoberta de leis naturais ou a racionalidade idealizada do ser humano e se aloca na vontade humana expressa nas leis (IDEM, IBDEM). Os apontamentos realizados acima podem parecer óbvios para a nossa realidade ocidental, no entanto, tais reflexões são fruto de um esforço contínuo e longo por parte da doutrina de Hans Kelsen e de outros autores.

A autonomia do direito defendida pelo austríaco está intimamente ligada à questão da justiça dentro da construção acadêmica do pensador austríaco, pois em ambos os casos o autor invoca necessidade de separar o direito de aspectos morais, ou seja, a afirmação de que uma norma é justa ou injusta seria algo meramente moral, orientado a partir de valores escolhidos pelo indivíduo, somente um “juízo moral” sobre a norma jurídica, inexistindo qualquer influência sobre a validade da mesma, tal pensamento se sustenta sobre alguns argumentos sendo um dos mais relevantes a independência do direito em relação aos demais ramos do pensamento, e do caráter relativo da justiça, uma vez que as falas sobre o tema estão orientadas pela moral do tempo e espaço social do indivíduo não se apresentando de maneira absoluta (ALMEIDA; BITTAR, 2008, p. 376).

Hans Kelsen entende o direito a partir de uma postura descritiva, compreendendo-o, de certa forma, como uma construção humana orientada aos indivíduos, valendo de penalidades em caso de condutas desviantes, nesse sentido, o professor João Luiz Martins Esteves ressalta a figura da sanção como elemento constitutivo do conceito de direito no pensamento do austríaco retromencionado, conforme se expõe na passagem abaixo:

[...] o Direito é entendido como uma ordem coercitiva onde a sanção é a forma elementar da fenomenologia normativa. Nela a categoria principiológica da imputação, criada e apresentada na teoria pura do direito como condição de sua própria existência, por meio da qual se estabelece uma relação normativa entre uma conduta humana e um ato de coerção que está identificado no dever ser [...] (ESTEVES, 2016, p.122)

Sob a ótica da autonomia do direito em relação aos demais ramos do conhecimento, seria incoerente pregar a defesa da moralidade dentro da administração pública, pois as construções morais deveriam estar separadas totalmente da investigação e do objeto de análise da ciência jurídica, no entanto, o rigor metodológico e a separação absoluta entre o direito e a moral se mostraram insuficientes dentro da atuação dos Estados calcados em Constituições de caráter social, além disso, o surgimento das correntes Pós-Positivistas, aqui cuidaremos de abordar especialmente o Principialismo de Dworkin, o qual corroborou para arrefecer a referida separação.

#### 4.2- O posicionamento principialista sobre o Direito e o retorno da moral

A partir da evolução do pensamento e da práxis jurídica, a doutrina foi capaz de apontar alguns problemas na teoria de Hans Kelsen quando a mesma era posta em face às constituições que buscavam conferir igualdade jurídica entre os direitos individuais e sociais (ESTEVES, 2016, p. 127-128), nesse sentido, João Luiz Martins Esteves ressalta:

Já se demonstrou anteriormente que o juspositivismo normativista não se constitui um problema para a concepção liberal de Estado quando aplicado em um sistema jurídico alicerçado em uma Constituição liberal [...] outros

elementos da teoria kelseniana devem ser analisados a fim de que se possa entender completamente de que forma esta teorização atua quando os direitos sociais passam a ser integrantes da lista de direitos fundamentais. Um indicativo da necessidade de realizar esta análise - que também é uma pista quanto ao seu resultado - é que o próprio fundador do juspositivismo normativista, conforme já demonstrado, nunca concebeu em suas exemplificações teóricas que os direitos sociais integrariam o rol de direitos fundamentais, e muito menos que estariam em regime de igualdade jurídica com os direitos individuais.

Com base no trecho colacionado acima, verifica-se a insuficiência do Positivismo Jurídico em sua vertente kelseniana, a qual desprestigia os direitos de cunho social do rol de direitos fundamentais, focalizando essencialmente nas garantias individuais.

Na intenção de sanar algumas impropriedades inerentes a teoria jurídica do jusfilósofo austríaco, surge o Princípioalismo ou Neoconstitucionalismo<sup>2</sup>, do qual é possível apontar características gerais sobre sua estrutura multifacetada, tais como a certa aproximação entre o Direito e a Moral, bem como a defesa da concepção finalista dentro da ciência jurídica, negando o excesso de rigor metodológico e possibilitando uma “abertura axiológica” dentro de um sistema jurídico (ESTEVES, 2016, p. 134-135).

Dentre os vetores da corrente Pós-Positivista abordada cuidaremos de explicar o posicionamento de Ronald Dworkin, o escritor possuía forte tendência à abordagem indutiva dentro de suas investigações, buscando de alguma forma superar o pensamento até então hegemônico. Em suas obras “Levando os direitos a sério” e “Império do Direito”, o norte americano apresentou uma alternativa para as novas gerações de juristas, em que pese a ideia de moralidade associada ao direito não seja novidade Dworkin tenta trazer a questão da interpretação sob a mentalidade de que é necessário defender uma maior justiça social, além de retomar “valores e expectativas de justiça” os princípios tomam papel essencial nas decisões judiciais (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 459).

De acordo com o autor, os princípios deveriam ser reconhecidos como normas jurídicas, assim como as regras, a partir dessa concepção se faz possível observar nova roupagem na aplicação do direito, dando forte apelo aos valores dentro das decisões judiciais, no entanto, Dworkin não trata regras e princípios de maneira idêntica, ou seja, há algumas distinções fundamentais em relação ao grau de generalidade e regras de aplicação, segundo a reflexão realizada no excerto colacionado:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do

---

<sup>2</sup> Neste escrito há preferência pela primeira terminologia, entende-se que o termo Neoconstitucionalismo pode levar a uma compreensão distorcida da corrente de pensamento principialista, dado que a defesa e promoção de garantias fundamentais não é exclusividade da referida teoria jurídica.

tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39)

A passagem trazida acima vem no sentido de abordar o conflito entre as regras jurídicas e suas implicações no âmbito da validade, ou seja, na hipótese de dissenso entre duas ou mais regras uma delas deve ser aplicada em face ao caso concreto e as demais em situação de dissenso deverão ser retiradas do ordenamento ou pelo menos reelaboradas (Dworkin, 2002, p. 43).

Em sentido oposto, os princípios não se enquadram de maneira tão rigorosa nessa relação, havendo a possibilidade de coexistência, e mútua validade, de princípios com orientações distintas, em que pese o sistema jurídico busque uma convergência entre seus valores, o conjunto principiológico pode apresentar maior liberdade em seu sentido, portanto, dentro de uma perspectiva Princípalista, de orientação dworkiana, é possível atribuir uma espécie de “peso” em caso de divergência entre os mesmos, não necessitando de sua invalidação (ESTEVES, 2016, p. 141).

## 5 – IMPROBIDADE COMO LEGALIDADE OU MORALIDADE ?

Após a relativa reaproximação do direito com a moral a defesa dos princípios se tornou mais visível dentro de alguns ordenamentos jurídicos, estes termos de valor abrangente devem estar positivados em um conjunto sistemático de normas, nesse sentido, defender a Moralidade como princípio é também primar pelo respeito à Legalidade.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 1071) defende a existência de um posicionamento que prima pela defesa de uma legalidade *latu sensu*, “para abranger não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores”, não se olvidando do requisito de positividade para a configuração da referida categoria abstrata. Ainda, complementa que a obediência ao Direito pode e deve ser extensível ao respeito à lei, à moral, à ética e o interesse público.

A defesa do direito positivo associado à defesa do valor moral está intimamente ligada dentro do ordenamento pátrio, um exemplo disso é a própria legislação responsável por disciplinar as sanções decorrentes da improbidade administrativa (Lei 8.429/92), a qual prevê atos concretos e expressos no já mencionado diploma legal, a saber: a) enriquecimento ilícito (art. 9); b) dano ao erário (10); c) concessão ou aplicação indevida de benefício de benefício financeiro ou tributário (10-A); d) violação dos princípios da Administração Pública, portanto, é possível observar a forma como esses dois elementos do direito se interligam dentro da realidade constitucional e infraconstitucional brasileira.

## 6 – EVIDÊNCIAS SOBRE A QUESTÃO DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após a leitura da norma expressa no parágrafo § 1º do artigo 17 da Lei 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa), *prima facie*, verifica-se que a referida legislação é clara ao asseverar pela impossibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações desse jaez.

No entanto, após a edição dessa lei, diversos outros diplomas normativos vieram a lume com o fito de buscar a solução pacífica de conflitos, a solução extrajudicial, reduzindo as demandas trazidas ao Poder Judiciário. É o que se verifica após a análise dos artigos 3º, §§ 2º e 3º, do CPC/15, a saber:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

No mesmo sentido o acordo de leniência foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio, com a Lei nº 10.149/00, acrescentando o artigo 35-B à Lei nº 8.884/94. De igual modo, a Lei nº 12.529/11 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em seu artigo 86, permitiu a celebração de acordo de leniência, com pessoas físicas e jurídicas as quais forem autoras de violações à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

Por fim, no ano de 2013, relevante diploma legal neste sentido, foi editada a Lei nº 12.846, denominada Lei Anticorrupção, no bojo da qual previu-se a possibilidade de celebração de “acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo”.

Sem prejuízo dos referidos diplomas legais, relevante citar também o disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), bem como aspectos jurídicos do artigo 36, parágrafo 4º, da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), que autoriza a conciliação em ações de improbidade envolvendo órgãos e entidades da União.

Imperioso destacar o disposto no artigo 174, do Código de Processo Civil, acerca da solução consensual de conflitos também no âmbito administrativo, conforme segue:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação,

com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu favoravelmente à possibilidade de homologação de Termo de Ajuste de Conduta entre o Ministério Público e réus demandados em ação por ato de improbidade administrativa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. QUESTÃO PREJUDICIAL EMERGENTE. NOTÍCIA DE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) ENTRE O MP/MT E OS RÉUS DEMANDADOS NA ACP, INCLUSIVE COM A PRESENÇA DA SECRETÁRIA DE TAC JÁ FAZENDA/MT. INDEFERIMENTO DO PEDIDO HOMOLOGATÓRIO PELO JUIZ. IMPLEMENTADO COM O VULTOSO PAGAMENTO DE R\$ 99.262.871,44. EXTINÇÃO DO FEITO NA ORIGEM PREVISTA NO TAC (CLÁUSULA 2, ITEM C, FLS. 910). PETIÇÃO DE EXTINÇÃO DA AÇÃO. REQUERIMENTO DE FLS. 902/949 NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DO MP/MT DESPROVIDO.

1. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o feito poderá ser extinto (art. 17, § II da Lei 8.429/92). É desnecessário e atentatório à Lógica do Razoável - a que tanto estudou o filósofo LUIS RECASENS SICHES - que o Poder Judiciário pretenda submeter as partes ao desate de inúmeras e demoradas etapas recursais no feito de origem para que, no futuro, esta Corte Superior venha a apreciar questão que se encontra totalmente sacramentada em sua matéria de fundo com a efetivação de alvissareira solução amigável consubstanciada no TAC. Inteligência dos arts. 60. e 488 do CPC/15, que prestigiam a ideologia efetivista. Cumpridas pelas partes transigentes as obrigações do TAC firmado na ação de origem, não se justifica a protelação da homologação do acordo pelo julgador a quo, sob o fundamento de ser inconstitucional a MP 703/15, que revogou o art. 17, § I, da Lei 8.429/92, o qual vedava a transação, o acordo ou a conciliação neste caso, ademais, deve ser assinalado que o Estado de Mato Grosso apresentou nas ações de improbidade; postulação escrita (fls. 965/982), anuindo expressamente com o pedido de extinção da ACP por improbidade administrativa, ressaltando que a assinatura do TAC satisfez as pretensões dos pedidos formulados. 3. Requerimento de fls. 902/949 não conhecido e Agravo Regimental do MP/MT desprovido, determinando-se, na conformidade da decisão agravada, o imediato desbloqueio de bens constritos dos corréus JBS S/A e VALDIR APARECIDO BONI na ação de origem. (AgRg no AREsp 780.833/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 24/05/2016).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em recente julgado nos autos sob o nº 0001829-78.2010.8.16.0152 publicado em 23.04.2019 procedeu à homologação de

Termo de Ajuste de Conduta (TAC) firmado entre o Ministério Público e réus, em ação de imposição de sanções por ato de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

[...] 1. Considerando a decisão do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, a qual consignou que “Os fatos investigados podem ser considerados de menor potencial lesivo, tendo sido ajustada a imposição das medidas previstas nos incisos I a VIII, do art. 3º da Res. Nº 01/2017 deste CSMP, e tendo em vista que os interessados foram assistidos por advogados, sendo o resultado satisfatório para o interesse público”, homologo os Termos de Compromisso apresentados no mov. 33-TJ, nos termos do art. 932, do Código de Processo Civil, bem como do art. 200, XVI, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Por fim, é relevante destacar que a matéria de direito em apreço é objeto de debate perante o Supremo Tribunal Federal (STF), no qual o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) questiona dispositivo que veda transação, acordo ou conciliação nas ações que discutem supostas práticas de atos de improbidade administrativa, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5980, em que a legenda contesta o parágrafo 1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992 (LIA).

Como alhures afirmado, pode-se compreender que a norma do artigo 26 da LINDB revogou tacitamente a previsão normativa contida no §1º do artigo 17 da Lei de Improbidade em ordem viabilizar uma “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais também no âmbito das ações de improbidade administrativa”, conforme se extrai da passagem do enunciado normativo:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Tanto que o próprio Ministério Público Federal, por meio da sua 5.ª Câmara de Coordenação e Revisão, já emitiu a Nota Técnica 1/2017 e a Orientação 7/2017, ambas a respeito do

acordo de leniência, nas quais deixa claro o entendimento de que o art. 17, § 1.º, da LIA foi tacitamente revogado pelas normas do microsistema de defesa do patrimônio público que admitem a celebração de acordos, em especial, pelo art. 16 da LAE, o qual institui o acordo de leniência, revelando, ainda, a relativização de um dos princípios mais paradigmáticos do Direito Administrativo, a Indisponibilidade do Interesse Público.

## 7 - CONCLUSÃO

A partir das reflexões carreadas no presente trabalho, pode-se compreender que o Direito se reaproximou de alguma forma com a Moral, defendendo e incorporando certos valores em seu bojo, nesse sentido, a Lei de Improbidade Administrativa é um dos exemplos de como a defesa da moralidade pode se tornar objetivamente constatável.

Analisando algumas legislações produzidas após a LIA, verifica-se uma mudança de paradigma dentro do Direito brasileiro, flexibilizando o princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, possibilita-se, assim, a realização de acordos de vontade envolvendo a Administração Pública, Ministério Público e particulares, portanto, compreende-se que a norma contida no parágrafo primeiro do artigo 17 da Lei 8.429/92, a qual veda transação, mediação e conciliação em ações de improbidade, está revogada tacitamente, uma vez que boa parte da construção legislativa, jurisprudencial e doutrinária possui conteúdo diverso à disposição da mesma.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme de Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de Filosofia do Direito. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 29 de novembro de 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVES, João Luiz Martins. O comando político-jurídico da constituição: ideologia e vinculação hermenêutica. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

## O TELETRABALHO NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO

**Barbara Maria Moraes da Luz**

*Técnica em Gestão Pública, Coordenadora do Setor de Ações em Massa da Justiça do Trabalho, graduada pela Universidade Norte do Paraná (2005-2010), especialista em Direito do Trabalho pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Pós Graduada em Governança Pública e Gestão Administrativa pela Faculdade Pólis Civitas.*

**César Augusto Coradini Martins**

*Procurador do Município de Londrina lotado atualmente na Gerência de Assunto de Pessoal. Graduado pela Universidade Estadual de Maringá (2000-2004), especialista em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Ex-Procurador Municipal dos Municípios de São José do Rio Preto (SP) e Maringá (PR).*

**Marcella Magrinelli Kiyonaga**

*Técnica em Gestão Pública, Diretora de Gestão de Bens Públicos Municipais, graduada pela Universidade Estadual de Londrina (2008-2012) especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Conceito de Teletrabalho. 3. Vantagens do Teletrabalho para a Administração pública. 4. Benefícios do Teletrabalho (Home Office) ao Servidor. 5. Controle da Produtividade. 6. Atual Aplicabilidade do teletrabalho nos órgãos Públicos. 7. Considerações Finais.

**RESUMO:** O estudo da nova modalidade de controle de jornada de trabalho o teletrabalho (home office) sua aplicação na Administração Pública. Análise e argumentos favoráveis a aplicação no âmbito do serviço público. As vantagens para a Administração Pública e os benefícios para o Servidor Público. As formas de controle de produtividade e as experiências práticas dos órgãos que já aplicam.

**PALAVRAS CHAVES:** Direito Administrativo do Trabalho. Teletrabalho. Home Office. Administração Pública. Servidor Público. Vantagens e Benefícios. Controle de Produtividade.

### I. INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a temática do teletrabalho ou *home office* e os efeitos da flexibilização das formas de prestação do trabalho no âmbito do serviço público, tendo sido pautado em pesquisas legislativas e bibliográficas, com enfoque na sua aplicação no âmbito da Administração Pública, ou seja, possibilidade de ser estabelecido para os órgãos públicos.

Nos inspiramos para escrever o presente artigo a partir do tema que foi objeto de debate no Curso do PROGRAMA PTI / AMP EM GOVERNANÇA MUNICIPAL referente ao Módulo I, onde os autores iniciaram os estudos sobre o tema e que tiveram a participação dos servidores públicos municipais: José Roberto Reale, Márcia Nakagawa Rampazzo, Maria Cristina Conde Alves

Frasson, Renata Fernandes Silva e Wanessa de Oliveira Lopes que foi objeto de trabalho para a avaliação do referido curso.

No presente artigo ampliamos a discussão, atualizando o debate aos resultados obtidos pela divulgação de estatísticas dos órgãos públicos onde a implantação foi exitosa, se debruçando sobre a aplicação do home office como alternativa para minimizar o gasto de verbas públicas no serviço público cuja fama perante a população é que ocorre desperdício de recursos materiais e patrimoniais.

Neste passo, o presente artigo teve como objetivo principal levantar dados para possibilitar o exercício do teletrabalho no âmbito da administração pública, com vistas a aumentar o compromisso dos servidores, sua produtividade, motivação e demonstrar os benefícios e os motivos pelos quais o home office tem sido incentivado na Administração Pública.

## 2. CONCEITO DE TELETRABALHO

Com o avanço das tecnologias de informação e a modificação das relações de trabalho mediante atividades descentralizadas, sem a concentração de trabalho em unidade, surgiu também a necessidade de a legislação trabalhista se enquadrar nessas transformações, no intuito de regularizar os meios de prestação de serviço.

Assim, de acordo com a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 - Reforma Trabalhista, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, o teletrabalho passou a ter definição legal como forma de:

“prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (artigo 75-b).

Neste contexto, o teletrabalho nasceu como uma forma de flexibilizar a prestação de serviços, provocando mudanças nas relações de trabalho, mediante o uso de tecnologias da informação.

Consoante Sidnei Machado, o teletrabalho pode ser definido do seguinte modo:

O teletrabalho é uma atividade executada em forma de uma espécie de telesubordinação, ou seja, uma subordinação jurídica à distância, que se

diferencia do trabalho prestado na empresa por tratar-se de um modo particular de organizar o trabalho<sup>1</sup>. [ ]

Portanto, o empregado pode realizar suas tarefas de sua residência, de uma biblioteca, ou de outro local que lhe convenha, utilizando tecnologias da informação e telecomunicação para recebimento e envio das suas atribuições. Em consequência, desnecessário que os empregadores tenham controle da localização e das atividades que estão sendo desempenhadas, de seus horários de início e fim.

Em suma, a legislação trabalhista trouxe um grande avanço ao disciplinar o teletrabalho, o que representará, de um lado, economia e, de outro, mais tempo para lazer e menos desgaste com deslocamentos por parte dos empregados, temas esses que serão melhor abarcados adiante.

Por fim, cite-se o exemplo de algumas legislações que tratam do teletrabalho que já avançaram no tema como a Lei Estadual Paranaense nº 19.776/2018 e a aprovação recente do Projeto de Lei nº 196/2017 – Substitutivo nº 01 que altera o Plano de Cargos e Salários do Município de Londrina prevendo a possibilidade da jornada ser por teletrabalho no âmbito do serviço público municipal, projeto este pendente, apenas, de sanção do Chefe do Poder Executivo.

### 3. VANTAGENS DO TELETRABALHO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os benefícios da implantação do teletrabalho ou *home office* na Administração Pública não se limitam ao servidor, também, corrobora o princípio da eficiência.

O trabalho remoto gera economia advinda da redução considerável de gastos com energia elétrica, papel, segurança da informação, água e esgoto, gastos com transporte de servidor, entre outros.

Ademais, é uma proposta sustentável, considerando que o deslocamento do servidor gera emissão de gases, evita abertura de CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho, reduzindo, por conseguinte, gastos com substituição de servidores.

Cita-se, também, a desnecessidade de reserva de espaço de trabalho para os servidores, gerando diminuição do mobiliário, redução dos custos com aquisição de locais, aluguéis e consequentemente de manutenção.

Outro benefício é que o trabalho em domicílio funciona também como modo de reinserção no mercado de trabalho de portadores de necessidades especiais, trabalhadores idosos, pessoas com doenças crônicas e outros, ampliando, assim, as oportunidades no aspecto social.

Vale ressaltar, ainda, que as estatísticas demonstram que o teletrabalho propicia um aumento da produtividade, com a melhora na qualidade, produção e alcance de metas de desempenho.

---

<sup>1</sup> MACHADO, Sidnei. A noção de subordinação jurídica. São Paulo: LTr, 2009, p. 135

Com a modernização do trabalho no serviço público, por intermédio da criação do processo eletrônico, que dispensa o uso do papel e a necessidade da presença do servidor no órgão público, os procedimentos podem ser realizados à distância, trazendo resultados positivos para a Administração Pública, tais como: redução de faltas e atrasos, possibilidade de operação em âmbito global e em 24 horas, facilitando protocolos, despachos e recrutamento de pessoal, redução de pagamento de horas extraordinárias, afastamentos por problemas psicológicos, além do que evita eventual transmissão de doenças contagiosas entre os servidores.

Neste contexto, cite-se o exemplo do Município de Londrina que no âmbito dos processos administrativos, desde 2016, trabalha com o Sistema Eletrônico de Informação – SEI, sistema cuja licença foi franqueada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o que propicia com que o *home office* seja possível.

Mais recentemente, o Município de Londrina adquiriu um software denominado eGPJ - cuja função é a gestão dos processos judiciais no âmbito administrativo para o órgão da Procuradoria Geral do Município, possibilitando o acesso remoto de informações internas do Município de Londrina, fazendo um intercâmbio de informações com os processos judiciais, sendo que atividades que se utilize de recursos exclusivamente telemáticos possam ser normalmente desenvolvidos sem a necessidade do servidor estar presencialmente no prédio físico da repartição pública, bastando o acesso à internet.

Uma experiência muito bem-sucedida a qual cumpre registrar foi a do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que recentemente divulgou no seu sítio os resultados da implantação do projeto piloto de 6 (seis) meses do Teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário Paranaense:

#### “Aumento da produtividade

Em 58% dos casos, a produtividade dos colaboradores na modalidade de teletrabalho foi maior que a meta prevista em conjunto com os gestores de cada unidade. As metas estabelecidas como pré-condição para a autorização da modalidade de teletrabalho são 15% a 20% maiores que a carga de trabalho realizada presencialmente. Em aproximadamente 95% dos casos, os gestores atestaram que houve aumento na produtividade de seus colaboradores. Além disso, 99% dos gestores não encontraram dificuldades para cumprir os critérios exigidos pela normativa vigente.

#### Qualidade do trabalho realizado remotamente

Além do aumento no número de atividades executadas pelos colaboradores, os gestores verificaram reflexos na qualidade dos serviços desempenhados pelos funcionários:

- 75% deles perceberam um alto padrão de qualidade nas atividades feitas de maneira remota e

- 25% avaliaram que a qualidade dos serviços esteve dentro do padrão esperado.”<sup>2</sup>

Deve-se ressaltar que os órgãos internos da Administração Municipal que demandem atendimento ao público não serão prejudicados, pois o teletrabalho deve ser aplicado a uma parcela de servidores que assinem um termo de adesão onde se comprometam a cumprirem as metas estabelecidas pela Administração Pública que poderão ser superiores aos servidores que realizem o serviço público nos prédios físicos.

Aos demais servidores que estejam escalados para atendimento presencial ficarão à disposição do público e, conseqüentemente, a máquina pública continuará operando normalmente e com mais eficiência, celeridade, melhor atendimento e alcance de resultados positivos.

Salienta-se, que a opção pelo teletrabalho poderá ser franqueada, também, ao servidor em readaptação ou reabilitação funcional, trazendo benefícios a própria Administração Pública que poderá aproveitar a mão de obra daquele servidor afastado de suas funções habituais para a realização das atividades que o possibilitem de reinserir na prestação do serviço público diminuindo-se, assim, os prejuízos à Administração Pública.

Diminuí, por fim, o número de licenças para afastamento de estudos, quando este estudo possa ser compatibilizado com o deslocamento do servidor para outras cidades, ou até mesmo afastamento para acompanhamento de cônjuge ou demais licenças que possam ser compatibilizadas mesmo que haja a necessidade de deslocamento do servidor para outras cidades sem prejuízo da realização de atividades à distância.

#### 4. BENEFÍCIOS DO TELETRABALHO (*HOME OFFICE*) AO SERVIDOR

As jornadas de trabalho e estudo estão ficando cada vez mais fragmentadas, com inúmeras interrupções e estímulos por intermédio das tecnologias de informação, o que contribui para a perda de concentração e menor produtividade das pessoas.

A busca pela qualidade de vida tem se tornado um desafio para os indivíduos, especialmente nas grandes cidades, onde as pessoas têm se queixado da falta de tempo para o lazer, estudo, prática de exercícios físicos, acarretando o aumento de doenças físicas e emocionais.

Conforme exposto acima, o aspecto positivo do *home office* é o aumento de qualidade e produtividade do trabalho, isto porque o servidor, trabalhando no ambiente adequadamente isolado das externalidades, trabalha mais focado nas tarefas a serem desenvolvidas.

---

<sup>2</sup>[https://www.tjpr.jus.br/home?p\\_p\\_id=101&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&\\_101\\_struts\\_action=%2Fasset\\_publisher%2Fview\\_content&\\_101\\_returnToFullPageURL=%2F&\\_101\\_assetEntryId=25333929&\\_101\\_type=content&\\_101\\_groupId=18319&\\_101\\_urlTitle=numeros-do-teletrabalho-no-tj-1&\\_101\\_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fhome%3Fp\\_p\\_id%3D3%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dmaximized%26p\\_p\\_mode%3Dview%26\\_3\\_groupId%3D0%26\\_3\\_keywords%3Dteletrabalho%26\\_3\\_struts\\_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26\\_3\\_redirect%3D%252F&inheritRedirect=true](https://www.tjpr.jus.br/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=25333929&_101_type=content&_101_groupId=18319&_101_urlTitle=numeros-do-teletrabalho-no-tj-1&_101_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fhome%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Dteletrabalho%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F&inheritRedirect=true)

Com efeito, as interrupções aumentam o tempo necessário para completar a tarefa, o que gera ansiedade, sensação de incapacidade laboral e pouca produtividade, elevando os níveis de estresse e ansiedade dos servidores em geral.

Com a interrupção do trabalho, a retomada do foco e da concentração demanda um novo esforço, podendo ocasionar esgotamento funcional devido a repetição dessas interrupções. Algumas patologias podem surgir como por exemplo: dor crônica, estresse, ansiedade, depressão, Síndrome de Burnout, entre outras.

Destarte, o *Home Office* proporciona que existam menos interrupções e que o servidor fique mais atento, cometendo menos erros, valorizando sua individualidade, desenvolvendo maior capacidade criativa e produtiva gerando melhores resultados.

Com o teletrabalho o servidor trabalha mais motivado ao estabelecer metas podendo controlar melhor o tempo dividindo suas atividades ao longo do dia ou até mesmo, trabalhar no período noturno a depender o seu pico de produtividade, respeitando as suas próprias aptidões. Tornando-se as pessoas mais satisfeitas consigo mesmas, a quantidade e a qualidade do trabalho desenvolvidas serão maiores e melhores, com isso a qualidade de vida melhora.

A desnecessidade de deslocamento até o prédio físico é outro benefício, considerando a questão de economia de combustível, estacionamento, alimentação, roupas e calçados para o servidor, como também a concessão de vale transporte, vale alimentação pela Administração Pública, com isso, sobra-se tempo para o desenvolvimento de outras atividades pelo servidor tais como a prática de atividades físicas, por exemplo.

A flexibilidade de horários é outra vantagem do teletrabalho, já que possibilita a realização de outras atividades de cunho cultural, artístico, social, trabalho voluntário, etc. podendo o servidor organizar os seus horários para que possa encaixar todas as suas atividades durante o dia formulando a sua própria rotina.

Outro benefício do teletrabalho é o desenvolvimento de suas atividades em localidades diversas da sua sede onde o servidor esteja lotado funcionalmente, como por exemplo trabalhar até em outros países.

O *Home office* também contribui para o fortalecimento dos vínculos familiares proporcionando ao servidor trabalhar no próprio lar, ou até mesmo nas situações onde o cônjuge seja transferido para outra localidade com a possibilidade do acompanhamento, entre outros motivos transitórios que o levam a se afastar temporariamente da cidade onde esteja lotado, evitando licenças de afastamento.

## 5. CONTROLE DA PRODUTIVIDADE

A modalidade de teletrabalho como já ressaltado, prima pelo atendimento do Princípio da Eficiência Administrativa (art. 37, caput, da CF), pois, a cada dia, o serviço público segue idêntico caminho de outros ramos de trabalho na iniciativa privada, admitindo a realização total ou parcial das atividades online.

Quanto aos métodos de controle de produtividade, estes devem ser propostos de acordo com a natureza do serviço público a ser realizado. Por exemplo, em demandas em que sejam apresentadas metas de produtividade, razoável adotar um quantitativo de processos ou atos administrativos a serem praticados por um determinado período de tempo a serem fixados, por meta diária, semanal ou mensal a serem atingidas conforme o Plano Estratégico de cada unidade.

Em outras situações, seria possível definir limites temporais diários de acesso ao sistema – login com um quantitativo de horas diárias, semanais ou mensais a serem realizadas pelo servidor público, baseando-se nas tarefas que lhe foram atribuídas com a obrigatoriedade de serem totalmente cumpridas neste limite temporal, sendo facultada a compensação de horários, pela resolução das tarefas em tempo menor do que o atribuído como jornada semanal/mensal, pela necessidade de serem cumpridas em maior tempo de jornada.

E, ainda, propor um procedimento que se baseia no misto dos 2 (dois) métodos acima propostos. A título de ilustração, pela apresentação de metas a serem cumpridas num determinado período de tempo limitadas ao número de horas a serem trabalhadas, com a formação de um banco de horas caso ultrapasse o tempo necessário para a realização das tarefas atribuídas.

Assinala-se, a necessidade de serem apresentados relatórios de produtividade para que seja mensurada a equação produtividade x tempo despendido nas atividades desenvolvidas pelo servidor, devendo ser justificado o não atingimento das metas, sob pena de a Administração solicitar o retorno do(s) servidor(es) às atividades a serem desenvolvidas presencialmente, e, nos casos mais graves, até a apuração de penalidade.

Da experiência vivenciada pelo Poder Judiciário, pode-se conferir as vantagens do "teletrabalho", "trabalho remoto" ou "home office" no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em suas diversas normativas e artigos pertinentes ao tema, v.g., "Tribunais: o teletrabalho aumenta a produtividade do judiciário" (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86511-tribunais-o-teletrabalho-aumenta-produtividade-do-judiciario>).

Por fim, o controle de produtividade deverá ser feito diante do caso concreto e da natureza da tarefa a ser repassada ao servidor, devendo o Administrador ser prudente e vislumbrar as nuances e peculiaridades das exigências serem compatíveis entre a possibilidade real de serem executadas e a cobrança dos resultados para o bem do serviço público.

## 6. ATUAL APLICABILIDADE DO TELETRABALHO NOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Podemos citar diversas instituições públicas e privadas que vêm utilizando essa modalidade de trabalho. Ao menos no plano público, e em rápida pesquisa, é possível citar os seguintes exemplos:

- a) Poder Judiciário, em geral: Resolução CNJ 227/2016;
- b) Ministério do Planejamento: Instrução Normativa nº 1/2018, art. 2º, VII;
- c) Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento: Portaria nº 1354/2018;

d) *Ministério da Justiça: Portaria nº 469/2016;*

e) *Ministério da Cultura: Portaria nº 109/2018;*

f) *Estado do Paraná - Poder Executivo: Lei nº 19.776/2018*

Da experiência do Tribunal Regional do Trabalho do 9ª Região, podemos citar a função de assistente de juiz no cargo de Analista Judiciário, à qual é atribuída a tarefa de minutar 7 (sete) sentenças semanalmente – 1 por dia de trabalho, com a obrigação de encaminhar as minutas no prazo limite de domingo à noite, e receber uma nova relação de processos na segunda-feira de manhã, sendo que essa meta de produtividade deve ser cumprida semanalmente.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública moderna não pode ficar desatualizada no que tange aos avanços tecnológicos, tampouco pode negligenciar a evolução na prestação dos serviços públicos.

Tendo em vista os aspectos expostos, o *home office* ou teletrabalho traz inúmeros benefícios tanto para o servidor quanto para a Administração Pública: aumento de produtividade, mais conforto ao executar as tarefas, redução de custos como por exemplo: energia, materiais de trabalho, dentre outros. Adicionalmente, a flexibilidade e a comodidade trazem mais qualidade de vida e possibilita crescimento pessoal e profissional.

Por fim, não haverá prejuízo à Administração Pública, já que a demanda necessária ao atendimento ao público continuará sendo realizada *in loco*.

Métodos de controle de produtividade deverão ser desenvolvidos diante do caso concreto e a peculiaridade de cada órgão, sendo que, as tarefas a serem atribuídas ao servidor em contrapartida as cobranças de resultado, primarão na ponderação entre a real possibilidade delas serem cumpridas em determinado tempo assinalado e o real comprometimento do servidor público ao realizá-las, sob pena do mesmo ter que retornar ao desenvolvimento das atividades de forma presencial ou de eventual apuração de penalidades.

As experiências dos Tribunais têm demonstrado os benefícios tanto para a Administração Pública como para o servidor e tem refletido na realização de um serviço de melhor qualidade e em quantidade, sendo que a cada dia as exigências do contribuinte aumentam, sendo um desafio que sejam atendidas com mais agilidade e em maior quantidade as necessidades públicas. Quebrar paradigmas diante dessa realidade faz-se imprescindível. Livrar-se dos preconceitos em face dos servidores públicos é uma medida imperativa e que certamente trará a economia de recursos públicos com a satisfação do interesse público.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara Dos Deputados. Teletrabalho no Brasil. Seminário realizado pela Comissão de Legislação Participativa. Brasília, DF: 2013. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/17279/teletrabalho\\_brasil\\_clp.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/17279/teletrabalho_brasil_clp.pdf?sequence=1)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Tribunais: O Teletrabalho Aumenta Produtividade do Judiciário. Escrito por Paula Andrade. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/26dk>

MACHADO, Sidnei. A noção de subordinação jurídica. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, Aimée Mastella Sampaio da. A Aplicação do Teletrabalho no Serviço Público Brasileiro, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/1-2.pdf>

Notícia Números do Teletrabalho no TJPR:  
[https://www.tjpr.jus.br/home?p\\_p\\_id=101&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&\\_101\\_struts\\_action=%2Fasset\\_publisher%2Fview\\_content&\\_101\\_returnToFullPageURL=%2F&\\_101\\_assetEntryId=25333929&\\_101\\_type=content&\\_101\\_groupId=18319&\\_101\\_urlTitle=numeros-do-teletrabalho-no-tj-1&\\_101\\_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fhome%3Fp\\_p\\_id%3D3%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dmaximized%26p\\_p\\_mode%3Dview%26\\_3\\_groupId%3D0%26\\_3\\_keywords%3Dteletrabalho%26\\_3\\_struts\\_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26\\_3\\_redirect%3D%252F&inheritRedirect=true](https://www.tjpr.jus.br/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=25333929&_101_type=content&_101_groupId=18319&_101_urlTitle=numeros-do-teletrabalho-no-tj-1&_101_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fhome%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Dteletrabalho%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F&inheritRedirect=true)



## OBSERVAÇÕES ACERCA DA SUSPENSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL NO CONTEXTO DO MUNICÍPIO DE LONDRINA E DO ESTADO DO PARANÁ

**Daniane Matias Gouveia Alves De Lima**

*Aluna Especial do Programa de Mestrado em Direito Negocial Pela Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR); Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR), Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio – SP, Advogada, Pesquisadora vinculada ao Núcleo Maria da Penha (NUMAPE) UEL – PR, Membro da Comissão de Promoção da Igualdade Racial e Minorias da OAB-Londrina. E-mail: matiasgouveia@outlook.com.br.*

**Deyvison Gouveia Da Silva Alves De Lima**

*Aluno Especial do Programa de Mestrado em Direito Negocial Pela Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR); Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR), Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR), Advogado, Vice-Presidente da Comissão de Promoção da Igualdade Racial e Minorias da OAB-Londrina, 1º Secretário da Comissão da Advocacia Dativa de Londrina - PR. E-mail: matiasgouveia@outlook.com.br*

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo tratar da disciplina da suspensão dos serviços públicos essenciais de água e luz no contexto do Estado do Paraná e do município de Londrina – PR, observando os princípios jurídicos atrelados ao procedimento e as normas especialíssimas aplicáveis. Terá como objeto principal de análise as modulações das relações de consumo havidas entre fornecedor de serviço público e usuário de serviço público, compreendidas pelas óticas do Código de Defesa do Consumidor, legislações locais e princípios administrativos e constitucionais aplicáveis. Ao final, propõe uma releitura de princípios da administração pública sob uma ótica contemporânea, encaixando a suspensão de serviço público como direito social fundamental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Serviço Público Essencial. Suspensão. Função Social.

**ABSTRACT:** This article aims to address the discipline of the suspension of essential public services of water and light in the context of the State of Paraná and the municipality of Londrina - PR, observing the legal principles linked to the procedure and the applicable special rules. It will have as its main object of analysis the modulations of consumer relations between the public service provider and the public service user, comprised by the views of the Consumer Protection Code, local laws and applicable administrative and constitutional principles. In the end, it proposes a rereading of public administration principles from a contemporary perspective, fitting the suspension of public service as a fundamental social right.

**KEY-WORDS:** Essential Public Service. Suspension. Social Function.

## I. INTRODUÇÃO

É indubitável que o acesso aos serviços públicos essenciais de água e luz são hoje indispensáveis a dignidade humana, imprescindíveis a saúde, higiene, segurança, conforto e lazer. A água é um recurso básico a sobrevivência e em um ambiente onde ela não é acessível ou não é potável, há inegável insalubridade e condição indigna de existência. A água é o mínimo existencial ao ser humano. Já o acesso a energia elétrica, nos tempos atuais, reveste-se de igual caráter de vitalidade. Precede a inclusão elétrica ao próprio discurso de inclusão digital, hoje tão difundido. O acesso à eletricidade é um instrumento de liberdade e não só de conforto. É um mecanismo de democratização, também de salubridade, de economia, de conhecimento. Por meio da energia elétrica são concretizados muitos direitos fundamentais preconizados na constituição sob o fundo de direitos sociais.

Direitos sociais que orientam a própria atuação da Administração Pública, uma vez que a própria Constituição Federal atribuiu aos entes públicos a responsabilidade sobre a gestão de tais recursos.

E tais incumbências sociais constitucionais foram, ao longo dos anos, mitigadas pela crescente pujança do poder econômico, sobretudo na medida em que foi alterada a matriz diretiva da exploração de tais serviços públicos com a ocorrência de privatizações, modernizações tanto dos parques de serviço quanto do próprio relacionamento entre fornecedores e consumidores de serviços públicos e, em especial, um contemporâneo entendimento acerca do alcance da vedação à descontinuidade de tais serviços que tem gerado, ainda, volumosas controvérsias.

Se por um lado a jurisprudência tem se perfilado ao entendimento de que há um fim mercadológico conjuntamente ao fim social de tais serviços públicos essenciais, que não só legitima a exigência inarredável de uma contrapartida pecuniária mas também autoriza a percepção de lucro com forma de possibilitar a própria continuidade do serviço à coletividade, por outro lado não se pode negar vigência ao relevante papel e função social que tais serviços públicos desempenham. Em especial atenção a aqueles que alcançam a camada mais vulnerável da população e que, considerando as disposições constitucionais sobre o tema e, ainda, o fato de que a consecução de tais serviços amolda-se as relações de consumo, é certo que a interpretação destes serviços como uma manifestação da concretização de direitos sociais fundamentais implica em uma pontual releitura de alguns aspectos destes serviços, ponderando os valores envolvidos.

E, neste sentido, novamente a disciplina da dinâmica da suspensão e interrupção da execução destes essenciais serviços públicos merece e requer recapitulações, seguindo a linha dos contemporâneos e regionais diplomas legais, renovando-se a ótica segundo a ordem de moralidade, compliance e responsabilidade social hodiernamente exigidas.

## 2. DA NATUREZA PÚBLICA E DA ESSENCIALIDADE DOS SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E DE LUZ

Incumbe ao Estado prestar serviços públicos essenciais e de qualidade aos contribuintes, e, sendo imposta a Administração Pública a observância do princípio da eficiência administrativa, isto é, alcançar o melhor com os meios e recursos humanos disponíveis, Pode o Estado delegar esta prestação dos serviços públicos essenciais facultativos à terceiros, atrelados ou não a Administração Pública, os chamados concessionários de serviço público, descentralizando assim suas atividades. Para melhor compreensão do alcance do tema, ALEXANDRE MAZZA conceitua o serviço público como:

[...] toda atividade material ampliativa, definida pela lei ou pela Constituição como dever estatal, consistente no oferecimento de utilidades e comodidades ensejadoras de benefícios particularizados a cada usuário, sendo prestada pelo Estado ou por seus delegados, e submetida predominantemente aos princípios e normas de direito público.<sup>1</sup>

Os serviços públicos essenciais de fornecimento de água e luz são *uti singuli* por excelência, eis que, emprestando a definição dada do HELY LOPES MEIRELLES<sup>2</sup>, tem usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário. Não são serviços amplos, que beneficiam a uma camada indeterminada da população, do contrário, são individualizáveis. E, por assim o serem, a cobrança de valores sobre a execução de tais serviços incide sobre aqueles que os tomam, especificamente na medida em que os usufruem.

A remuneração dos serviços públicos essenciais às concessionárias de serviço público se dá na forma do chamado preço público, também denominado de tarifa e que tem inegavelmente a função de manutenção do equilíbrio financeiro do contrato administrativo devendo, contudo, observar o fim social inerente ao serviço público, conforme apontam Pontes e Faria<sup>3</sup>:

Para a execução dos serviços públicos propriamente ditos, os beneficiários deverão pagar as respectivas tarifas que devem ser diferenciadas em razão do interesse social, conforme determina o Estatuto da Cidade.

A distinção e diferenciação mencionada pelos doutrinadores Pontes e Farias tem a ver com o fim social almejado na prestação do serviço essencial e, neste sentido, lei, doutrina e jurisprudência caminham em sentido único reconhecendo a legitimidade da cobrança de tarifa orientada por categoria de usuários e por faixas de consumo, entendendo por admissível esta distinção social progressiva na tarifa conforme estes dois parâmetros, perfectibilizando a chamada discriminação positiva.

---

<sup>1</sup> MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2018. p. 1121.

<sup>2</sup> MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 324.

<sup>3</sup> PONTES, Daniele Regina. FARIA, José Ricardo Vargas. Direito municipal e urbanístico. Curitiba: IESDE, 2012. p. 72.

Reconhecendo esta função social das tarifas dos serviços públicos essenciais e franqueando tal entendimento distintivo de faixas, públicos e patamares escalonados estão a Súmula 407 do STJ<sup>4</sup>, a Lei da Tarifa Social<sup>5</sup> e, v.g. a lição doutrinária de CARVALHO FILHO:

Quando o serviço é essencial, deve o Estado prestá-lo na maior dimensão possível, porque estará atendendo diretamente às demandas principais da coletividade<sup>6</sup>.

A ressalva que é feita sobre o dimensionamento da tarifa/preço público sobre a execução do serviço público é que, diante da essencialidade do serviço, isto é, da sua imprescindibilidade para uma vida digna, as tarifas devem ser fixadas em patamar acessível, pois, a tais serviços, aplica-se o princípio da modicidade, conforme leciona Matheus Carvalho:

A política tarifária deve observar o princípio da modicidade, não se admitindo a cobrança de valores muito altos, inclusive, como forma de se garantir que a atividade será acessível à maior quantidade de pessoas possível.<sup>7</sup>

[...] Ressalte-se que este princípio visa a garantir a prestação do serviço à maior parte das pessoas possível, uma vez que a cobrança de valores exorbitantes limitaria a fruição a determinadas camadas da população, excluindo as demais de atividade essencial a seu bem-estar<sup>8</sup>.

Entretanto, as características do preço público não se restringem a modicidade e a função social que lhe é inerente, havendo outros aspectos a serem observados e que são determinantes quanto ao enquadramento e aos reflexos jurídicos atribuídos às tarifas, no que enuncia CALIENDO<sup>9</sup>:

[...] os preços públicos têm natureza contratual (*ex contractus*), autônoma, *jus gestionis* [...] e estão submetidos aos princípios de direito privado, da ordem econômica (defesa do consumidor, defesa da concorrência, entre outros) e de direito administrativo aplicável às concessões e permissões de

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 407 do STJ: É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei 12.212, de 20 de janeiro de 2010. Dispõe sobre a Tarifa Social de Energia Elétrica; altera as Leis nos 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.925, de 23 de julho de 2004, e 10.438, de 26 de abril de 2002; e dá outras providências.

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 235.

<sup>7</sup> CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 4ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 639.

<sup>8</sup> *Ibidem*. p. 664.

<sup>9</sup> CALIENDO, Paulo. Curso de Direito Tributário. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 262.

serviços públicos delegáveis, [...] o direito do consumidor se aplica diretamente aos preços públicos e subsidiariamente às taxas, por força do art. 22 do CDC.

E estes múltiplos aspectos dos preços públicos, aliados a este desempenho dos serviços públicos por terceiros à Administração Pública direta abrem lacunas que necessitam ser resolvidas para a melhor prestação dos serviços e, no caso, da modulação da suspensão na prestação destes serviços, em conformidades com todas as peculiaridades evidenciadas.

### 3. DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Observando-se a dinâmica da relação entre o usuário de serviço público essencial e o prestador deste serviço público, tais figuras amoldam-se perfeitamente às constantes do Art. 2º e Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), respectivamente, o que atrai a incidência do diploma consumerista às relações entre usuários e fornecedores de serviço público, indiferentemente da pessoa jurídica que os execute, pouco importando assim a execução direta ou indireta dos serviços pela Administração Pública. Por esta razão, o Art. 6º do CDC<sup>10</sup>, em seu inciso X, estabelece que a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral é um direito básico do consumidor, não abrindo margem de dúvidas ao enquadramento dos serviços públicos como relações de consumo.

Determinando o alcance e abrangência do diploma consumerista às relações de consumo de serviços públicos está o Art. 22 do CDC, que é taxativo ao incluir os órgãos públicos, empresas, concessionárias e permissionárias ao bojo das relações de consumo pelos produtos ou serviços que disponibilizem no mercado.

#### 3.1 DA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

Consoante o princípio da continuidade do serviço público, observando-se a essencialidade como peculiaridade de alguns destes serviços, estes não podem ser objeto de interrupção, impondo a Administração Pública o dever de manutenção dos mesmos. E, ao passo que é reconhecida a aplicação do CDC nas relações de consumo de serviços públicos, inclusive os essenciais, despontou questionamento sobre a possibilidade de interrupção destes serviços em caso de inadimplemento.

Uma primeira corrente argumentava sustentando a taxatividade do Art. 22 do CDC:

---

<sup>10</sup> BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

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.<sup>11</sup>

Entendia-se que o destaque feito na parte final do caput do Art. 22, ressaltando a continuidade dos serviços públicos essenciais era nítido impeditivo à interrupção de forma absoluta, incluindo aí a hipótese de inadimplemento do consumidor/usuário. Impedimento absoluto, dizia-se, devendo a cobrança de dívidas operar-se de outra forma.

Contudo, hoje tem prevalecido a corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que é legítima a interrupção do fornecimento de serviços públicos essenciais, em especial da energia elétrica, em casos de inadimplemento ou de segurança / ordem técnica, tendo por base o disposto na Lei 8.987/95, posterior ao Código de Defesa do Consumidor, à luz de seu artigo 6º, parágrafo terceiro<sup>12</sup>:

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.

[...]

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,  
II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Fato é que se reconheceu não haver impedimento à figura do lucro da concessionária do serviço público e que, na realidade, tal elemento é salutar ao bom andamento dos serviços públicos essenciais em favor de toda a coletividade, observando-se até que, muito embora essenciais, a contratação destes se dá por adesão, isto é, ato voluntário e facultativo, vide CARVALHO FILHO:

Se o serviço for facultativo, o Poder Público pode suspender-lhe a prestação no caso de não pagamento, o que guarda coerência com a facultatividade em sua obtenção. É o que sucede, por exemplo, com os serviços prestados por concessionários, cuja suspensão é expressamente autorizada pela Lei no 8.987/1995, que dispõe sobre concessões de serviços públicos (art. 6º, § 3º, II)<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 241.

E, ressalta ainda o autor CARVALHO FILHO a distinção entre serviços públicos essenciais sociais, prestados sem pretensão de lucro pela administração, almejando tão somente a tutela de um bem jurídico e/ou fim social específico, dos serviços públicos essenciais econômicos, onde, ao desenvolver uma função econômica, surge ao estado a pretensão de superávit, ou seja, lucro:

Serviços econômicos são aqueles que, embora classificados como serviços públicos, rendem ensejo a que o prestador aufera lucros oriundos de sua execução, tendo esse tipo de atividade fisionomia similar à daquelas de caráter tipicamente empresarial (industrial e comercial). Não são deficitários, portanto, como os serviços sociais<sup>14</sup>.

Assim, a linha interpretativa majoritária do princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais, no caso de inadimplemento do usuário, tem sido no enfoque social amplo dos serviços, na medida de prestigiar-se o equilíbrio-econômico do contrato prestado pela concessionária em favor da coletividade e não de um único indivíduo, conforme pontua Matheus Carvalho<sup>15</sup>:

[...] a princípio a possibilidade de paralisação do serviço deve ser considerada constitucional, bastando que o usuário seja previamente avisado, nos moldes exigidos pela legislação [...] uma vez que a manutenção de serviços públicos àqueles que estão inadimplentes pode ensejar a impossibilidade futura de que a atividade seja mantida a todos os que estão adimplentes com suas prestações, em virtude da inviabilidade econômica que será causada ao prestador.

Numa última linha interpretativa, tem assentado a jurisprudência que a imposição da continuidade do serviço público mesmo diante de situação de inadimplemento poderia configurar enriquecimento sem causa daquele que recebe o serviço sem a devida contraprestação.

#### 4. DA PROBLEMATIZAÇÃO NO CONTEXTO ATUAL

Portanto, hoje no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a imprescindibilidade dos serviços essenciais de água e luz como manifestação dos direitos fundamentais sociais, há duas apertadas hipóteses para a excepcional interrupção ou suspensão de serviço essencial de energia e água, sendo a primeira por razões de ordem técnica e de segurança e a segunda em razão do inadimplemento do consumidor.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>15</sup> MATHEUS CARVALHO, *op. cit.*, p. 640.

A primeira hipótese dispensa maiores explicações, uma vez que nela se prestigia a saúde e integridade física não só do consumidor, mas também de toda a coletividade, sendo inclusive um poder-dever do fornecedor dos serviços essenciais, à luz do parágrafo primeiro do Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, fazendo prevalecer a segurança em detrimento ao princípio da continuidade. Também neste contexto, considerando-se a natureza de serviço público prestado a envolver recursos hídricos e elétricos e o eventual dano que a inobservância das normas de segurança na execução do serviço pode acarretar, tem especial contorno o princípio da eficiência, previsto no Art. 37, e a proteção do meio ambiente, prevista no Art. 225, ambos do texto da Constituição Federal de 1988, sendo assim até imperativa a interrupção dos serviços nesta hipótese em específico.

Contudo, quanto à segunda hipótese, da interrupção dos serviços de água e luz em razão de inadimplemento do consumidor, verifica-se que esta não é absoluta, existindo diversas ressalvas a tal procedimento, que deve submeter-se ao fim social inerente a esta natureza pública do serviço prestado.

#### 4.1. DA EXPERIÊNCIA NORMATIVA DA SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA E LUZ NOS CONTEXTOS DO ESTADO DO PARANÁ E, ESPECIFICAMENTE, NO MUNICÍPIO DE LONDRINA – PR

No âmbito legislativo do Estado do Paraná, a Lei Estadual 14.040/2003<sup>16</sup> fixou vedação à interrupção do fornecimento residencial de água e luz em determinados dias da semana e, em seu Art. 2º, enunciou um importante reflexo econômico da interrupção dos serviços:

Art. 1º. Ficam, as empresas de concessão de serviços públicos de água e luz, proibidas de cortar o fornecimento residencial de seus serviços, por falta de pagamento de suas respectivas contas, às sextas-feiras, sábados, domingos, feriados e no último dia útil anterior a feriado.

Art. 2º. Ao consumidor que tiver suspenso o fornecimento nos dias específicos no artigo anterior, fica assegurado o direito de acionar juridicamente a empresa concessionária por perdas e danos, além de ficar desobrigado do pagamento do débito que originou o referido corte.

A primeira hipótese prevista na Lei Estadual decorre da lógica bancária, uma vez que em tais datas, não há expediente bancário e nem conveniente para efetuar o recebimento destas tarifas em razão de não serem tais datas consideradas dias úteis, o que obsta a interrupção nestas datas, mesmo em caso de inadimplemento do consumidor, pois há óbice prático ao pagamento, dado por motivos alheios.

---

<sup>16</sup> PARANÁ. Lei Estadual 14.040, de 28 de abril de 2003. Proíbe que as empresas de concessão de serviços públicos de água, luz e telefonia façam o corte do fornecimento residencial de seus serviços por falta de pagamento de contas em dias específicos e dá outras providências.

A segunda disposição importa em inexigibilidade da tarifa cobrada pelo serviço público em razão da falha na prestação do serviço que é a ocorrência do corte – interrupção – do fornecimento de luz ou água nas datas vedadas pela lei.

Sem dúvidas, tal hipótese legal de inexigibilidade positivada na Lei 14.040/2003 corresponde a sanção administrativa estabelecida pelo legislador estadual em favor do consumidor, conforme aponta a conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>17</sup>:

Sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração

No que refere-se a operacionalidade da determinação legal imposta acerca da inexigibilidade do débito, tem-se que ante a taxatividade e objetividade do disposto na lei, é absoluta a sua determinação, não cabendo modulações e, em caso de inobservância, dá ensejo a repetição de indébito de que trata o Art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, cabendo a restituição em dobro da quantia.

Ainda no âmbito paranaense, a Lei Estadual 14.471/2004 igualmente impõe vedação à interrupção da continuidade do serviço de fornecimento de água aos consumidores residenciais inadimplentes – leia-se corte – nos mesmos moldes da Lei 14.040/2003, acrescentando à vedação o “corte de véspera”, isto é, a interrupção dos serviços no dia imediatamente antecedente ao legalmente vedado:

Art. 1º. Fica proibida a Companhia de Saneamento do Estado do Paraná – SANEPAR, de interromper a continuidade dos serviços aos consumidores residenciais, inadimplentes, as sextas-feiras, sábados, domingos e nas datas que por determinação civil ou religiosa forem suspensos os serviços bancários e em suas vésperas.

Art. 2º. Fica proibido a Companhia de Saneamento do Estado do Paraná – SANEPAR, quando da suspensão do fornecimento de água a consumidores inadimplentes, de retirar o Cavalete e Hidrômetros na respectiva suspensão de serviço.<sup>18</sup>

Já a segunda hipótese prevista na Lei Estadual 14.471/04 decorre essencialmente do disposto no Art. 42 do CDC, que veda qualquer cobrança de débito constrangedora ou vexatória, o que naturalmente ocorre quando há a retirada do cavalete e hidrômetros, comumente localizados ou na parte externa da residência ou imediatamente em sua frente, o que torna o procedimento de remoção claramente constrangedor uma vez que é realizado à olhos vistos de vizinhos, transeuntes e familiares, sendo tal procedimento indisfarçável porquanto usualmente envolve intervenções de

---

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2006.p. 806.

<sup>18</sup> PARANÁ. Lei Ordinária 14.471, de 26 de julho de 2004. Proíbe a Sanepar de interromper a continuidade dos serviços aos consumidores residenciais inadimplentes, conforme especifica.

construção civil, rompendo calçadas, paredes, etc. e, além disto, é a toda evidência um procedimento que deixa resíduos, marcas aparentes que denotam .

Em Londrina, Paraná, através da Lei 12.611/2017<sup>19</sup>, que determinou:

Art. 1º Fica proibido o corte do fornecimento de água e energia elétrica aos consumidores residenciais, por motivo de atraso no pagamento das respectivas contas, às sextas-feiras, sábados, domingos e nas datas que por determinação civil ou religiosa forem suspensos os serviços bancários e em suas vésperas.

Verifica-se o dispositivo da lei londrinense reproduz o teor da Lei Estadual 14.404/2013, acrescentando a disposição uma vedação ao corte – suspensão – de energia além da água, consignando também a vedação da suspensão dos serviços na véspera das datas enunciadas.

Além de tal disposição, a lei municipal londrinense foi prudente ao determinar a inclusão destas vedações aos contratos das respectivas concessionárias, celebrados pela administração pública local.

Em brevíssimo estudo comparado realizado por amostragem no ordenamento jurídico pátrio, é possível observar que tal preocupação com a função social na cobrança da tarifa de serviços públicos essenciais não é exclusividade do legislador paranaense e/ou londrinense, uma vez que há diplomas legais semelhantes no estado do Amazonas<sup>20</sup>, no estado do Tocantins<sup>21</sup> e, v.g., nos municípios de Ubatuba-SP<sup>22</sup>, pioneiro na disciplina da matéria, de Amambaí-MS<sup>23</sup>, de Cornélio Procópio-PR<sup>24</sup> e de Maringá-PR<sup>25</sup> todos dispendo no mesmo sentido, da vedação a interrupção nestas datas, sem alterações ou com mínimos acréscimos.

---

<sup>19</sup> LONDRINA. Lei 12.611, de 12 de dezembro de 2017. Proíbe o corte do fornecimento de água e energia elétrica aos consumidores residenciais, por motivo de atraso no pagamento das respectivas contas, às sextas-feiras, sábados, domingos e nas datas que por determinação civil ou religiosa forem suspensos os serviços bancários e em suas vésperas.

<sup>20</sup> AMAZONAS. Lei Estadual 329, de 20 de abril de 2016. Dispõe sobre a interrupção ou restrição de prestação de serviços públicos em razão da inadimplência, no âmbito do Estado do Amazonas.

<sup>21</sup> TOCANTINS. Lei Estadual 3.244, de 24 de julho de 2017. Dispõe sobre a proibição de corte no fornecimento de energia elétrica e água, nos horários e dias determinados, no âmbito do Estado do Tocantins.

<sup>22</sup> UBATURA. Lei Municipal 2155, de 03 de janeiro de 2002. Proíbe as empresas prestadoras de serviços públicos de fornecimento de água, energia elétrica e telefonia, no município de Ubatuba, proceder ao corte no fornecimento, nos finais de semana, feriados e pontos facultativos, e nas suas vésperas.

<sup>23</sup> AMAMBAÍ. Lei Municipal 2.561, de 13 de setembro de 2017. Proíbe que as empresas de concessão de serviços públicos de água e luz, façam o corte do fornecimento de seus serviços por falta de pagamento de contas em dias específicos e dá outras providências

<sup>24</sup> CORNÉLIO PROCÓPIO. Lei Municipal Lei 64, de 04 de agosto de 2017. Dispõe sobre a proibição do corte de serviços de fornecimento de energia elétrica, água e telefonia e dá outras providências.

<sup>25</sup> MARINGÁ. Lei Municipal 8.997, de 02 de agosto de 2011. Dispõe sobre o corte do fornecimento residencial de água por falta de pagamento da tarifa correspondente.

Ainda no plano legislativo, cumpre observar que é, efetivamente, competência constitucional do município legislar sobre o serviço local de abastecimento de água, estando assim estabelecido no Art. 30, inciso I da Constituição Federal de 1988.

Contudo, no particular caso londrinense, há de se observar que há uma competência normativa concorrente e suplementar entre o Estado e o município, uma vez que neste singular caso os serviços de fornecimento de água são prestados no município de Londrina – PR pela empresa estatal SANEPAR, a qual especificamente criada por Lei Estadual e destinada à servir a população paranaense no fornecimento de água precipuamente para todos municípios do Estado do Paraná. E, em razão desta peculiaridade, há competência legislativa estadual residual para regular o assunto que afete a atuação da empresa.

Neste sentido está CARVALHO FILHO<sup>26</sup>:

A regulamentação do serviço público cabe à entidade que tem competência para prestá-lo. O poder de regulamentar encerra um conjunto de faculdades legais para a pessoa titular do serviço. Pode ela, de início, estabelecer as regras básicas dentro das quais será executado o serviço. Depois, poderá optar por executá-lo direta ou indiretamente, e, nesse caso, celebrar contratos de concessão ou firmar termos de permissão com particulares, instituindo e alterando os meios de execução [...].

Não há reparos e nem vícios de iniciativa as normas legais que versam sobre o tema, sendo estas exigíveis por si só, sendo injustificável o seu descumprimento.

Já em âmbito jurisprudencial das cortes paranaenses, uma primeira fonte a ser observada são os Enunciados das Turmas Recusais, sintetizando o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado Paraná acerca destas questões controversas imbricadas e afetas ao tema da suspensão do fornecimento de energia aos consumidores, começando pelo mais direto destes enunciados a tratar do tema:

Enunciado N.º 6.6 – Suspensão do fornecimento de energia elétrica – falta de pagamento – ausência de aviso prévio: A suspensão do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento, sem prévia comunicação, acarreta dano moral.

Segundo o entendimento veiculado no Enunciado n.º 6.6 das Turmas Recursais do TJ-PR, ainda que se tenha uma situação de inadimplemento consolidada na unidade consumidora, não está autorizada a suspensão do fornecimento de energia elétrica sem prévia comunicação ao consumidor. Neste caso, se efetivada a interrupção dos serviços, haverá conduta ilícita e abusiva da concessionária a importar a retomada imediata do fornecimento e, indubitavelmente, a reparação do dano extrapatrimonial ao consumidor.

---

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 241.

Tal hipótese do enunciado importa também na manifestação prática do Art. 6º, §3º, inciso II da Lei 8.987/95<sup>27</sup>, no sentido de que a situação de inadimplemento do usuário, embora autorize a descontinuidade do serviço, exige um aviso prévio e formal à interrupção, oportunizando ao usuário a derradeira ciência inequívoca à iminente suspensão, de modo cumprir sua contrapartida no serviço público e assim ilidir a sua suspensão.

Entretanto, nesta hipótese de suspensão arbitrária do fornecimento de energia disciplinada no Enunciado n.º 6.6, considerando-se a essencialidade do serviço e a relação de consumo inegavelmente caracterizada, à luz do Art. 6º, inciso VIII do CDC e do Art. 373, parágrafo primeiro do Novo Código de Processo Civil, é insofismável que recaia sobre a concessionária de serviço público a obrigatoriedade de comprovar o envio da notificação antecedente a suspensão do serviço público essencial ante a maior facilidade de produção de prova de envio em razão de esta afigurar-se como detentora dos meios de envio, segundo regras de experiência.

Neste sentido, há parâmetros e formalidades a serem observadas no procedimento de envio de notificação disposta na Resolução 414/2010 da ANEEL:

Art. 173. Para a notificação de suspensão do fornecimento à unidade consumidora, prevista na seção III deste Capítulo, a distribuidora deve observar as seguintes condições:

I – a notificação seja escrita, específica e com entrega comprovada ou, alternativamente, impressa em destaque na fatura, com antecedência mínima de:

b) 15 (quinze) dias, nos casos de inadimplemento.

II – a informação do prazo para encerramento das relações contratuais, conforme disposto no art. 70; e

III – a informação da cobrança do custo de disponibilidade, conforme disposto no art. 99.<sup>28</sup>

Seguindo a literalidade do dispositivo presente na Resolução, para que se configure a regularidade na notificação é necessária a comprovação da entrega diretamente ao usuário, ônus que recai sobre a concessionária. Também, considerando a segunda parte do inciso I do dispositivo, somente haverá regularidade no aviso prévio introduzido na fatura quando, cumulativamente, for a informação destacada das demais informações comuns à fatura, enunciado inclusive a data em que haverá a suspensão, caso desatendido o aviso e a informação de custos atrelados. Todas estas informações disponíveis no prazo de 15 (quinze) dias e, mesmo integralizada na fatura, não dispensa a concessionária de comprovar a entrega ao domicílio do consumidor, nos moldes preconizados.

Outra circunstância que envolve a abrupta interrupção dos serviços de água e luz e que atrai a incidência da distribuição dinâmica do ônus probatório é a ocorrência de supostas violações aos elementos que medem o consumo *uti singuli* do serviço público. Na experiência jurisprudencial paranaense, há referencial normativo sobre este tema no teor do Enunciado n.º 6.2 das turmas recursais:

<sup>27</sup> BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

<sup>28</sup> BRASIL, ANEEL. Resolução 414/2010. Brasília, DF, Set 2010.

Enunciado N.º 6.2 – Violação de medidor de energia – inobservância do contraditório: Não há como imputar ao consumidor a responsabilidade pela violação no medidor de energia elétrica com base em vistoria realizada pelos prepostos da concessionária de serviço sem a observância, quando da efetivação da medida, do devido contraditório.

Neste cenário, a imputação de procedimento irregular por parte do usuário tem redundado na interrupção dos serviços de energia sem as devidas cautelas próprias do caso de inadimplemento, inclusive aos limites de dias e quanto à obrigatoriedade do envio de comunicado prévio do usuário. Ou seja, a identificação de suposta violação assume-se como um atalho a cobrança abusiva de débitos, porquanto pode surpreender o usuário sem qualquer providência antecedente e, ainda, pode eventualmente figurar-se como uma maquiagem a qualquer falha na obediência dos procedimentos legais de corte por inadimplemento, uma verdadeira transmutação da ilegalidade em legalidade aparente porquanto tal expediente, da verificação de infração por parte do usuário, usualmente não observa o contraditório ao consumidor e é produzido unilateralmente pela concessionária.

O entendimento sedimentado no Enunciado n.º 6.2 da Turma Recursal do TJ-PR impede que uma ilegítima suspensão do fornecimento de energia seja transfigurado ao patamar de legitimidade pela via administrativa, em abuso no procedimento de cobrança. Não poderá a concessionária valer-se de provas produzidas unilateralmente para transferir ao consumidor um ônus de prova que não lhe pertence e assim dar legitimidade aparente a um procedimento diverso do regulado pelas Lei 14.404/2003, Lei 12.611/2017 e Resolução Normativa 414/2010 da ANEEL.

E, por fim, para as duas circunstâncias enunciadas, quer o desligamento procedido sem o prévio aviso, quer o desligamento cuja natureza tenha sido ilegítimamente transmutada, de suspensão por inadimplemento à suspensão por infração administrativa, além da inversão da carga probatória verifica-se também o entendimento sumular pela existência da responsabilidade objetiva, conforme o Enunciado n.º 8.4 da Turma Recursal da corte paranaense:

Enunciado N.º 8.4 – Concessionárias de serviço público – responsabilidade objetiva: Nas relações de consumo, a responsabilidade dos concessionários de serviço público é objetiva, mesmo quando fundada em ato omissivo.

Neste mesmo sentido do Enunciado 8.4 está o no parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição Federal a estabelecer a responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público por falha no serviço, independente de culpa e mesmo em caso de omissão, o que, em caso de suspensão indevida dos serviços essenciais em violação das datas cujas leis estaduais e municipais impuseram vedação, configurará inequívoco dano extrapatrimonial *in re ipsa*, a dispensar a comprovação do abalo e prescindindo de demonstração de culpa do agente que assim proceder.

## 5. DA CONFORMAÇÃO DA CULTURA SOCIAL DAS CONCESSIONÁRIAS NA SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS SEGUNDO O SEU FIM SOCIAL

Observando-se, na prática, que há regramento legal apontando impeditivo à prática da suspensão do fornecimento de serviços essenciais, mas que paulatinamente ocorre a inobservância da lei levantam-se duas questões importantíssimas: primeiro, a repercussão administrativa e jurídica desta inobservância legal e, segundo, o papel da Administração Pública na confrontação deste tema perante as suas concessionárias, órgãos ou empresas públicas.

A primeira questão, dos reflexos administrativos e jurídicos, entende-se que as consequências podem ser desastrosas e traumáticas à administração, eis que, além de fato do serviço sob a ótica consumerista, a corriqueira inaptidão dos serviços públicos pode requerer do poder público um enfrentamento mais efusivo, conforme aponta MEIRELLES<sup>29</sup>:

Qualquer deficiência do serviço que revele inaptidão de quem o presta ou descumprimento de obrigações impostas pela Administração ensejará a intervenção imediata do Poder Público delegante para regular seu funcionamento ou retirar-lhe a prestação.

Obviamente, em um primeiro olhar, as medidas drásticas enunciadas por Meirelles talvez pudessem se demonstrar desproporcionais às situações pontuais, tendo lugar quando a situação se torna insustentável, contudo, das lições de WALDO FAZZIO JÚNIOR<sup>30</sup>, colhe-se que a prestação inadequada ou deficiente do serviço, o descumprimento de cláusulas contratuais ou exposições legais, e a paralisação injustificada dos serviços, hipóteses onde a interrupção dos serviços em descumprimento à Lei Estadual e Municipal pode se enquadrar, são fatos autorizadores destes remédios drásticos enunciados. A persistente desobediência da lei não é e nem pode ser fato irrelevante à Administração Pública.

Quanto à segunda questão, do papel da Administração Pública no enfrentamento do tema, tem-se que passa, primordialmente, pela modificação da cultura organizacional e contratual na execução destes serviços. Toda organização tem influência sobre a sociedade<sup>31</sup>, sobretudo organizações que tenha um alcance tão direto à população prestando serviços públicos essenciais. Uma nova leitura de responsabilidade e sustentabilidade social sob as óticas do compliance impõe à estas organizações o incentivo de atitudes conscientes de seus colaboradores, o que só pode ser obtido através da educação corporativa acerca das circunstâncias diariamente enfrentadas, com observa CHIAVENATO<sup>32</sup> que:

---

<sup>29</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 325.

<sup>30</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Fundamentos de Direito Administrativo. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>31</sup> CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração. 9ª ed. Barueri: Manole. 2014. p. 592.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 581.

Para garantir condições de acompanhar as mudanças no ambiente e viabilizar a inovação, as organizações precisam atualizar rápida e permanentemente o conhecimento corporativo, isto é, o conhecimento absorvido pelas pessoas que delas participam [...] A aprendizagem individual conduz à aprendizagem organizacional: a maneira como a organização como um todo aprende, adapta-se às circunstâncias externas, melhora seu comportamento e garante seu desempenho e sucesso. Isso requer uma abordagem dinâmica e integrada de educação corporativa.

Há inerente ao serviço público essencial uma característica de atendimento à universalidade, de cumprimento da função social e observância da responsabilidade social, as quais não são conceitos sinônimos, mas se complementam como bem explana BANNWART JÚNIOR<sup>33</sup>:

Os termos função social e responsabilidade social são essencialmente distintos. A função social está implicada no quadrante jurídico, ao passo que a responsabilidade social está perspectivada sob a ótica da ética e da moral. [...] A norma legal não faz outra coisa senão impor um fim (telos) que dever ser alcançado pelo agente da ação. [...] o fim está determinado juridicamente, bastando àquele que cumpre à essa função manejar os meios mais adequados que permitam alcançar e realizar o fim proposto. Não se trata, nesse caso, de compromisso ético e moral, mas tão somente de habilidade no emprego de meios.

Neste sentido, observando-se a função social como elemento necessário e intrínseco da responsabilidade social da empresa e, interpretando neste sentido o princípio da moralidade administrativa no âmbito da empresa pública, deve-se observar a lição de HANSEN<sup>34</sup>, na perspectiva de que:

A atitude de alguém que se move moralmente implica na vigilância crítica e permanente às normas e leis, de sorte que uma lei ou norma somente adquirem validade e legitimidade à medida que puderem receber a autorização racional daqueles para as quais se voltam. Esse prisma torna cada um dos cidadãos não apenas cumpridores das leis, mas também legisladores. A moralidade é o elemento que baliza ou deve balizar a nossa conduta em sociedade [...] A partir de um horizonte de moralidade é que podemos pensar soluções coletivas [...] (HANSEN, p. 72 e 73)

<sup>33</sup> BANNWART JÚNIOR, Clodomiro. Responsabilidade integral, metodologia estratégica para o desenvolvimento pessoal, corporativo e educacional. Londrina: Midiograf. 2017. p. 38.

<sup>34</sup> HANSEN, Gilvan Luiz. Conhecimento, verdade e sustentabilidade: perspectivas ético-morais em cenários contemporâneos. In: REBEL GOMES, Sandra Lúcia ; NOVAIS CORDEIRO, Rosa Inês; MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. (Orgs.). Incursões interdisciplinares: Direito e Ciência da Informação. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012, v. 1. p. 72-73.

Tal fonte de normatividade interna está explícita nas regras de compliance instituídas no teor da Lei nº 13.303/16 a determinar que, além do controle externo, quer por parte da Administração Pública concedente, quer por parte do Poder Judiciário, deve a própria empresa pública concessionária fiscalizar mediante controle interno a atuação de seus empregados, prepostos e representantes cessionários e/ou terceirizados, inclusive quanto ao cumprimento da lei, que no caso observado, refere-se às hipóteses de vedação à suspensão do fornecimento dos serviços públicos de água e luz, criando assim uma cultura de adequação e moralidade propícios a cumprir o fim social almejado pela norma e também ao propósito de responsabilidade social imaginado quando da concepção da empresa pública ou na delegação de serviços à concessionária de serviço público essencial.

Considerando a própria adequação dos serviços públicos disposta no CDC, e vislumbrando a necessidade de uma mudança de mentalidade no fornecimento de serviços, WATANABE<sup>35</sup> enumera práticas de compliance que entende cabíveis na consecução destes serviços:

Controle de qualidade e de segurança dos produtos e serviços pelos próprios fornecedores, maior educação e informação dos fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres, coibição e repressão mais eficazes, em nível administrativo e criminal, de todas as formas de abuso [...] De nada adiantará tudo isso, porém, sem que uma nova mentalidade se forme e por meio dela se construa uma sociedade menos individualista e egoísta, mais participativa e solidária.

A prestação de serviços com cortesia, que atendam as necessidades das camadas mais vulneráveis da população, e que observem as restrições legais que prestigiam a função social e que efetivem a responsabilidade social das concessionárias de serviços públicos deve ser compreendida como elemento da própria qualidade do serviço, como observa FILOMENO<sup>36</sup>:

[...] com muito mais razão porque se trata de serviço público, a assertiva de que qualidade não é apenas a adequação do produto ou serviço às normas que regem sua fabricação ou prestação, mas também e principalmente a satisfação de seus destinatários, que têm sem sombra de dúvida o direito subjetivo público de exigir o seu efetivo cumprimento com qualidade, presteza, segurança, adequação, pontualidade etc..

---

<sup>35</sup> WATANABE, Kazuo. In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al. 9ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 791.

<sup>36</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al. 9ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 105.

Assim, a fiscalização promovida pela Administração Pública, em seu poder de polícia, sobre a qualidade dos serviços públicos essenciais prestados pelas concessionárias deve observar o atendimento à estas funções sociais e relevâncias, de modo a impedir toda e qualquer relativização dos direitos sociais postos em causa, que vão muito além do que preceitua a lei a positivar a observância da função social destes serviços, mas passa por uma mudança de cultura organizacional.

## CONCLUSÃO

Embora não se ignore a imprescindibilidade de seus recursos, a continuidade dos serviços públicos essenciais de água e luz não é absoluta, encontrando ressalvas práticas e econômicas. Prestigia-se a continuidade dos serviços à coletividade, modulando o princípio administrativo para melhor atender ao bem comum. De outro lado, também não é absoluta a possibilidade de interrupção dos serviços públicos essenciais em razão de fatores econômicos, encontrando óbice na própria função social destes serviços, amoldando e atrelando a percepção do benefício econômico em face dos princípios de solidariedade e responsabilidade social.

Também a continuidade destes serviços públicos essenciais deve observar a hipossuficiência dos usuários, vedando práticas abusivas ou incompatíveis com os fins sociais pretendidos na consecução dos serviços. Outrossim, uma visão contemporânea de moralidade administrativa implica em uma necessária mudança cultural organizacional para melhoria dos fluxos de suspensões destes serviços públicos essenciais de acordo com parâmetros mais amplos, interpretando o princípio de cortesia como indicativo de qualidade e impondo uma maior fiscalização do Poder Público às normas legais que protegem esta função social difusa.

## REFERÊNCIAS

AMAMBAI. Lei Municipal 2.561, de 13 de setembro de 2017. Proíbe que as empresas de concessão de serviços públicos de água e luz, façam o corte do fornecimento de seus serviços por falta de pagamento de contas em dias específicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.amambai.ms.gov.br/atos-oficiais/leis/lei-municipal-n-2561-2017>. Acesso em 17 nov. 2019.

AMAZONAS. Lei Estadual 329, de 20 de abril de 2016. Dispõe sobre a interrupção ou restrição de prestação de serviços públicos em razão da inadimplência, no âmbito do Estado do Amazonas. Disponível em: [https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2016/9492/9492\\_texto\\_integral.pdf](https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2016/9492/9492_texto_integral.pdf). Acesso em 17 nov. 2019.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro. Responsabilidade integral, metodologia estratégica para o desenvolvimento pessoal, corporativo e educacional. Londrina: Midiograf. 2017.

BRASIL, Lei 8.078/1990 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em 17 nov. 2019.

BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm). Acesso em 17 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 407 do STJ: É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo. DJe 25.11.2009, ed. 487. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014\\_38\\_capSumula407.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula407.pdf). Acesso em 17 nov. 2019.

BRASIL. Lei 12.212, de 20 de janeiro de 2010. Dispõe sobre a Tarifa Social de Energia Elétrica; altera as Leis nos 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.925, de 23 de julho de 2004, e 10.438, de 26 de abril de 2002; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12212.htm). Acesso em 17 nov. 2019.

CALIENDO, Paulo. Curso de Direito Tributário. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 4ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm. 2017

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração. 9ª ed. Barueri: Manole. 2014.

CORNÉLIO PROCÓPIO. Lei Municipal Lei 64, de 04 de agosto de 2017. Dispõe sobre a proibição do corte de serviços de fornecimento de energia elétrica, água e telefonia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cmcp.pr.gov.br/anexos/145/pagina-9>. Acesso em 17 nov. 2019.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Fundamentos de Direito Administrativo. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pelegrini Grinover et al. 9ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007

HANSEN, Gilvan Luiz. Conhecimento, verdade e sustentabilidade: perspectivas ético-morais em cenários contemporâneos. In: REBEL GOMES, Sandra Lúcia ; NOVAIS CORDEIRO, Rosa Inês; MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. (Orgs.). Incursões interdisciplinares: Direito e Ciência da Informação. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012, v. 1, p. 55-76.

LONDRINA. Lei 12.611, de 12 de dezembro de 2017. Proíbe o corte do fornecimento de água e energia elétrica aos consumidores residenciais, por motivo de atraso no pagamento das respectivas contas, às sextas-feiras, sábados, domingos e nas datas que por determinação civil ou religiosa forem suspensos os serviços bancários e em suas vésperas. Disponível em: <https://www.lcm.l.gov.br/leis/2017/web/LE126112017consol.html>. Acesso em 17 nov. 2019.

MARINGÁ. Lei Municipal 8.997, de 02 de agosto de 2011. Dispõe sobre o corte do fornecimento residencial de água por falta de pagamento da tarifa correspondente. Disponível em: <http://leismunicipa.is/tsbia>. Acesso em 17 nov. 2019.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2006.

PARANÁ. Lei Estadual 14040, de 28 de abril de 2003. Proíbe que as empresas de concessão de serviços públicos de água, luz e telefonia façam o corte do fornecimento residencial de seus serviços por falta de pagamento de contas em dias específicos e dá outras providências. Paraná, 2003. Disponível em: <http://leisestaduais.com.br/pr>. Acesso em 17 nov. 2019.

PARANÁ. Lei Ordinária 14.471, de 26 de julho de 2004. Proíbe a Sanepar de interromper a continuidade dos serviços aos consumidores residenciais inadimplentes, conforme especifica. Paraná, 2004. Disponível em: <http://leisestaduais.com.br/pr>. Acesso em 17 nov. 2019.

TOCANTINS. Lei Estadual 3.244, de 24 de julho de 2017. Dispõe sobre a proibição de corte no fornecimento de energia elétrica e água, nos horários e dias determinados, no âmbito do Estado do Tocantins. Disponível em: [https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei\\_3244-2017\\_42069.PDF](https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3244-2017_42069.PDF). Acesso em 17 nov. 2019.

UBATUBA. Lei 2155, de 03 de janeiro de 2002. Proíbe as empresas prestadoras de serviços públicos de fornecimento de água, energia elétrica e telefonia, no município de Ubatuba, proceder ao corte no fornecimento, nos finais de semana, feriados e pontos facultativos, e nas suas vésperas. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/u/ubatuba/lei-ordinaria/2002/216/2155/lei-ordinaria-n-2155-2002-proibe-as-empresas-prestadoras-de-servicos-publicos-de-fornecimento-de-agua-energia-eletrica-e-telefonia-no-municipio-de-ubatuba-proceder-ao-corte-no-fornecimento-nos-finais-de-semana-feriados-e-pontos-facultativos-e-nas-suas-vesperas?q=2155>. Acesso em 17 nov. 2019.

WATANABE, Kazuo. In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et al. 9ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



## HONORÁRIOS PARA A ADVOCACIA PÚBLICA – UM DEVER A SER ASSEGURADO

**José Roberto Reale**

*Procurador do Município de Londrina atualmente lotado no Setor de Ações em Massa da Justiça do Trabalho.*

Em 2019, completaram-se 25 (vinte e cinco) anos da Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994, o ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB.

Em seu artigo segundo resta claro que advogado é indispensável à administração da justiça, aliás um comando constitucional, haja vista a previsão no artigo 133 da Magna Carta:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Em nossa ótica, a lei a que se refere a Carta Política de 1988 é o ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB.

É evidente e previsto no diploma legal mencionado, que os servidores públicos de qualquer dos entes federativos, os chamados advogados públicos, são tão advogados como os demais que exerçam o múnus na esfera privada.

O estatuto da Advocacia dispõe claramente que exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

A Advocacia Pública é espécie do gênero advocacia, sendo que a suas funções institucionais estão relacionadas à defesa e promoção dos interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

O advogado público não é menos advogado do que o advogado privado, uma vez que lhe é exigida a inscrição na Ordem e tem os mesmos direitos e obrigações do que qualquer outro inscrito.

Desse modo, como é advogado, terá direito inviolável à percepção dos honorários de sucumbência, devendo ser rechaçada qualquer tentativa que impeça de exercer esse direito.

O artigo 85 do vigente Código de Processo Civil, diz claramente que:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

Interessa aqui discorrer sobre o parágrafo 19 do referido artigo que diz:

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

A que lei o legislador ao elaborar o novo CPC estaria se referindo?

Em nosso entender e de renomados juristas essa lei a que se refere o artigo 85, § 19, nada mais é que o ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB e não a leis esparsas a serem aplicadas pela União no caso dos advogados públicos a ela ligados, nem aos estados da federação e muito menos aos mais de 5.000 (cinco mil) municípios existentes no Brasil.

Existe uma tentativa não mais velada e sim explícita de culpar todo o funcionalismo público de todos os entes, por todas as mazelas que no Brasil.

E com relação aos honorários não poderia ser diferente. Existe uma campanha orquestrada dos próprios governos, a maioria incapazes de fazer uma boa gestão, de querer tirar direitos já consagrados dos servidores, sempre o vilão da história.

No caso dos advogados públicos não é diferente, existindo ações no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que julgarão num futuro próximo a questão dos honorários e até mesmo se o advogado público é advogado ou deverá ser submetido apenas aos regimes jurídicos próprios do ente a que estiver ligado.

No caso de não ser considerado advogado, não teria direito aos honorários e esse valor da sucumbência seria carregado aos cofres públicos, tudo que maus gestores querem.

Os honorários são direito do advogado, seja público ou privado e constitui verba alimentar de acordo com o artigo 85 do CPC.

A própria Ordem dos Advogados do Brasil, tem a obrigação legal de sair em defesa de seus filiados, em especial os advogados públicos, que mais uma vez podem ter seus direitos tolhidos.

O renomado professor José Afonso da Silva, in Comentários à Constituição, página a 346, citado no trabalho “O subsídio e os honorários dos advogados públicos”, de lavra de Rogério Filomeno Machado, Ricardo Marques de Almeida e Marcelino Rodrigues Mendes Filho, advogados públicos ligados à ANAFE (Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais), publicado em [https://www.conjur.com.br/2018-dez-20/opiniao-subsidio-honorarios\\_advogados-publicos](https://www.conjur.com.br/2018-dez-20/opiniao-subsidio-honorarios_advogados-publicos), diz claramente a situação vivida por todos os servidores públicos e aqui em especial aos servidores denominados de advogados públicos:

“Há muito tempo, alerta sobre essa oscilação legislativa, criticando que “a má política de recursos humanos de todos os níveis de governo possibilitou enormes distorções no sistema remuneratório do serviço público, de tal sorte que alguns servidores, por diversos meios, legais até, ou mesmo na via judicial, obtiveram vencimentos muito acima da média do funcionalismo, enquanto a massa dos servidores públicos sempre esteve mal remunerada. Em consequência dessas distorções, os governantes, em vez de implementar uma política de pessoal condizente com o interesse público, passaram a buscar mecanismos para tolher esses abusos de uns poucos. Com isso se vão enxertando na Constituição minúcias regulatórias despropositadas, e nem sempre eficazes enquanto perdurar essa desastrosa política de recursos humanos no serviço público”

Os mesmos autores continuam com brilhantismo a expor:

Nesse contexto, a remuneração dos advogados públicos por honorários é uma das raras formas de remunerar o servidor público de acordo com sua produtividade e eficiência, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal. A remuneração do advogado público foi, inclusive, reconhecida pelo Presidente da República, como “principal fator de crescimento da arrecadação, apesar do decrescente número de procuradores da Fazenda Nacional em todo país”.

“É preciso que fique claro que os honorários advocatícios não são despesa pública e não oneram os cofres do Estado. Assim como os jetons (artigo 1º da Lei 9.292/96), eles têm natureza privada, segundo a Controladoria-Geral da União.

Se não vencerem, não irão recebe-los. Essa é a lógica dos honorários: o crescimento se dá conforme o aumento de produtividade. A lei, além de premiar a meritocracia, criou carreiras — a Advocacia-Geral da União e as procuradorias gerais dos estados e dos municípios — que se autossustentam, que vão deixando de onerar os cofres públicos. Isso é formidável.

Os honorários são singulares se comparados a adicionais ou bonificações pagas a servidores públicos. Honorários de sucumbência são um traço peculiar da profissão de advogado, quando atua perante o Poder Judiciário, sem paralelo em outros ofícios. Honorários de sucumbência são um fato processual”.

Pela brilhante exposição de lavra dos advogados públicos federais, torna-se evidente que os honorários não são verba pública e não podem jamais pertencer ao ente público, seja ele qual for, porque não se trata de tributo e sim uma verba paga pelo sucumbente nos processos.

Essa discussão levada a cabo por governantes que querem causar confusão na sociedade, não leva a lugar nenhum, desse modo será de fundamental importância, o Supremo Tribunal Federal dirimir de vez essa questão, como já o fez também ao incluir no rol do artigo 132 da Carta Política, os procuradores municipais (RE 663696).

Instada a se manifestar a ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL assim o fez

A diretoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil divulga nota aprovada, por unanimidade, pela Comissão Nacional de Advocacia Pública do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CNAP/CFOAB).

Refutamos os frágeis questionamentos sobre a constitucionalidade dos honorários de sucumbência dos advogados públicos, previstos no artigo 85, § 19, do Código de Processo Civil (CPC - Lei nº 13.105/2015) e na legislação federal, estadual, distrital e municipal. Não procedem, portanto, os argumentos apresentados pela Procuradoria-Geral da República, nas ADIs nº 6053, 6135, 6158, 6159, 6160, 6161, 6162, 6163, 6164, 6165 e 6166.

Na linha das manifestações anteriores, a diretoria hipoteca irrestrito apoio e solidariedade à advocacia pública, com o compromisso de empenho na defesa da constitucionalidade dos dispositivos legais que disciplinam os honorários de sucumbência devidos aos seus quadros. Confiamos que o Supremo Tribunal Federal ratificará a sua jurisprudência e pacificará definitivamente a questão em respeito à titularidade, à natureza e às características próprias dessa verba”.

Uma decisão definitiva do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL acabará de vez com as referidas polêmicas, que somente visam desestabilizar a advocacia e os servidores públicos, os jogando contra a população, querendo um nivelamento por baixo, ao invés de melhoria e aprimoramento da gestão pública.

Aliás, já existe no âmbito do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL uma súmula vinculante a respeito do tema, que foi proposta pelo Conselho Federal da OAB:

Súmula Vinculante 47:

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

EXTRATO DE ATA PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 85  
PROCED. : DISTRITO FEDERAL PROPTE.(S) : CONSELHO FEDERAL  
DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB ADV.(A/S) : OPHIR  
CAVALCANTE JUNIOR E OUTRO(A/S) ADV.(A/S) : MARCUS  
VINICIUS FURTADO COELHO  
Decisão: O Tribunal, por unanimidade, aprovou a edição da Súmula vinculante nº 47, com o seguinte teor: “Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza”. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falou, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Marcus Vinícius Furtado Coelho, OAB/PI 2525. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 27.05.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso. Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte Assessora-Chefe do Plenário.

O Excelso Pretório reconheceu que OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS SÃO ALIMENTOS DO ADVOGADO, seja ela público ou privado e isso é de suma importância, pois em caso de precatórios, onde a outra parte também for um ente público, existirá a preferência do pagamento em relação ao precatório comum.

O advogado tem autonomia ao recebimento dos honorários sucumbenciais, bem como à possibilidade de o patrono da parte vencedora promover por si próprio a execução da sentença na parte referente ao pagamento destas verbas. Isso é um direito e não um favor.

Hoje em dia, as diversas Procuradorias de todos os entes públicos seguem diferentes procedimentos para fazer o repasse. Algumas unidades recebem o valor integral e fazem o rateio aos procuradores. Outras enviam à associação local destes servidores.

Desse modo a intromissão da administração pública ao querer criar regulamentos internos para a destinação dos honorários devidos aos advogados públicos, deve ser repelida, cabendo aos próprios advogados regularem entre si, através de suas associações, o modo como será dividido o bolo dos honorários, não devendo a administração pública interferir no tocante a esse particular.

Isso é um direito autônomo do advogado, seja público ou privado.

Esse direito está consagrado no Estatuto da OAB e da Advocacia (Lei federal nº 8.906/1994):

Art. 22 A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

É um direito dos causídicos a titularidade das verbas honorárias devidas pela sucumbência.

O art. 85, § 14 do Novo Código de Processo Civil, por sua vez, reforça a ideia de que os honorários pertencem ao advogado, dando a eles os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, “sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

Desse modo, fica claro que a relação jurídica entre o autor e réu não se confunde com o direito aos honorários de sucumbência recíproca, que existe entre uma parte e o advogado da parte adversa.

O advogado público ao fim e ao cabo, não defenderá apenas os interesses do ente público a que estiver ligado e sim à própria sociedade ao Estado Democrático de Direito.

Ainda assim muitos tribunais de justiça e tribunais regionais federais insistem em misturar subsídio, que é obrigação do ente público em remunerar os servidores, com os honorários advocatícios, que é uma verba alimentar autônoma não pertencente ao órgão público.

Como bem dissemos anteriormente, será de fundamental importância, uma decisão final do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, para dirimir de vez essa situação.

Outra situação é que o recebimento dos honorários advocatícios não é sujeitas ao teto constitucional da remuneração dos servidores.

Ao ingressar como Amicus curiae na ADI 6.053, o Conselho Federal da OAB defendeu que o recebimento de honorários pelo advogado público não viola a determinação de remuneração exclusivamente por subsídio, uma vez que os honorários não se caracterizam como remuneração e não são pagos pelo ente público, mas pela parte vencida no processo.

Continua a OAB:

"Os honorários possuem natureza privada e são de propriedade do advogado, privado ou público. Não integram o patrimônio da parte defendida pelo causídico, seja um particular, seja um ente público. Não são incorporadas ao Erário, tal como as espécies tributárias ou as condenações em favor da Fazenda Pública. São verbas alimentares, autônomas à condenação, de titularidade exclusiva do patrono. Quando muito, o ente público é mero intermediário na administração de tais verbas, devendo sempre repassá-las aos causídicos públicos"

É evidente que nesses tempos sombrios na América Latina, a culpa sempre será jogada nas costas do servidor público e por isso todas as categorias que defendem o interesse dos advogados públicos de todos os entes da federação, devem estar com o alerta ligado.

Já é de há muito sabido desde a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil em 2015, que o pagamento de honorários de sucumbência para advogados públicos foi incluído no texto legal, no parágrafo 19 do artigo 85.

O direito aos honorários de sucumbência é prerrogativa inerente a todos os advogados, públicos e privados. Esse direito dos advogados públicos resultou de luta histórica pelo reconhecimento e a valorização de suas relevantes atribuições, especialmente como atividade integrante das denominadas funções essenciais à Justiça, e foram reafirmados pelo novo Código de Processo Civil e pela Lei 13.327/2016, que deixou claro como a luz solar que os honorários não integram o subsídio e não servirão como base de cálculo para adicional, gratificação ou qualquer outra vantagem pecuniária, ou seja, pertencem exclusivamente ao advogado.

Assim fica devidamente reforçado que os honorários de sucumbência não podem ser considerados verba pública e nem devem ser submetidos ao teto do funcionalismo público.

Falando especificamente no caso dos procuradores municipais, que recentemente deixaram de ser submetidos ao teto dos prefeitos municipais, passando a ter o teto salarial dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça, as leis municipais reguladoras não podem suprimir o direito ao recebimento dos honorários.

Por isso que fica claro que o artigo 85 no parágrafo 19 ao se referir que os honorários serão regulados na forma da lei, está se referindo ao Estatuto da OAB e da Advocacia (Lei Federal 8.906/94) e não a leis municipais elaboradas pelas Câmaras de Vereadores.

Urge perder a mentalidade tacanha do nivelamento por baixo e que todas as carreiras são iguais.

Um estudo publicado no CONJUR informa que total arrecadado com a sucumbência foi de R\$ 238,2 milhões, sendo que por isso, tanto a União Federal, como todos os Estados membros e Municípios, tem uma gana enorme de retirar dos advogados públicos, o direito à percepção dos honorários, tornando-se outra fonte de receitas ao insaciável estado brasileiro.

## CONCLUSÃO

Com o presente trabalho ficou claro que os advogados públicos de todos os entes federativos tem o direito à percepção dos honorários de sucumbência, porém, é uma luta contínua, nesses duros tempos onde toda a culpa de ineficiência do serviço público, recaem nos ombros dos servidores, advogados incluídos, devendo permanecer vigilantes para a implementação definitiva do direito, UM DEVER A SER ASSEGURADO.

**BIBLIOGRAFIA**

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994. Institui o Estatuto da OAB e da Advocacia. Publicada no D.O.U em 4 de julho de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

BRASIL. LEI 13.327/2016 - DISPÕE SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA DAS CAUSAS EM QUE FOREM PARTE A UNIÃO, SUAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Publicada no D.O.U. DE 29/07/2016, P. III EDIÇÃO EXTRA.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 85 DISTRITO FEDERAL,

<https://www.conjur.com.br/2018-dez-20/opinioao-subsidio-honorarios-advogados-publicos>

<https://www.conjur.com.br/2017-out-02/honorarios-renderam-575-mi-advogados-publicos-setembro>

<https://www.oab.org.br/noticia/57306/nota-publica-sobre-honorarios-de-sucumbencia>.

## CRISE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

### Patrícia Leão Chaves

*Procuradora do Município de Camaçari atuante na área Administrativa, Pós em Direito Público pela Universidade Anhanguera, Pós em Direito e Magistratura pela Escola de Magistrados da Bahia- EMAB, Especializanda em Direito, Governança e Políticas Públicas.*

### Rafael Couto Ribeiro

*Procurador do Município de Camaçari atuante na área Cível, Pós em Direito Público pela Universidade Anhanguera, Especializando em Direito, Governança e Políticas Públicas.*

### Renan Machado

*Procurador do Município de Camaçari atuante na área Administrativa, Pós Graduado em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera, Especializando em Direito, Governança e Políticas Públicas .  
rafaelcr.adv@gmail.com.*

**RESUMO:** Este texto traz a atual conjuntura das Agências reguladoras, ao longo de sua criação, aspectos de sua pseudo autonomia passando por uma possível crise no setor de transporte por meio de sua agência ANTT, buscando estabelecer uma linha temporal entre o conceito de Estado e o surgimento de sua função regulatória. Oferece ainda uma rápida conceituação referente a Lei 13.848/19 que é o marco regulatório das agências regulatórias no Brasil. A pesquisa realizada foi de caráter descritivo, o método, que forneceu as bases lógicas, foi o método histórico. A coleta de dados e informações foi realizada por meio de pesquisas bibliográficas, documentais e observação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado, Função regulatória, Crise das Agências reguladoras, ANTT.

**ABSTRACT:** This text has as its motto the current conjuncture of the Regulatory Agencies, throughout its creation, aspects of its pseudo-motor going through a possible crisis in the transport sector through its ANTT agency, seeking to establish a timeline between the concept of State and the emergence of its regulatory function. It also offers a quick conceptualization regarding Law 13,848 / 19 which is the regulatory framework of regulatory agencies in Brazil.

**KEYWORDS:** State, Regulatory Function, Crisis of Regulatory Agencies. ANTT

## 1. INTRODUÇÃO

Recentemente começaram a surgir suspeita de corrupção ocorridos em agências reguladoras Federais e passou-se a questionar se ainda permanece eficiente a sua utilização, e/ou se há uma possível crise instituída em todo seu campo de atuação por toda cadeia de atores responsáveis.

Perpassando por aspectos jurídicos do Estado, o surgimento e a utilização das Agências Reguladoras nos Estados Unidos, no Brasil, a possível crise do Instituto na contemporaneidade (o que vem a ser entendido por “crise”) e por fim trazer soluções que podem ser aplicadas para causar um aspecto positivo na imagem do sistema regulatório como um todo.

## 2. ESTADO E A FUNÇÃO REGULATÓRIA

O conceito de Estado, lá pelo seu início, se baseou em ser uma centralização de poder a ser exercido por meio de um conjunto de relações políticas sociais e territoriais onde pessoas se entrelaçam com a intenção de obter um bem estar coletivo e uma convivência pacífica para todos seus pares.

De maneira precisa (BUCCI, 2013)<sup>1</sup> conceitua “Estado é a ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”

Para a autora o Estado como conceito foi se definindo após um percurso temporal e sua correlação entre Estado e direito após um longo percurso histórico - que passa pela consolidação das noções de soberania, com a agregação dos elementos povo e território, pela sua personificação jurídica e, finalmente, pelo reconhecimento da correlação necessária entre Estado e direito

Diante disso, o Estado nada mais é do que uma estrutura de atos coletivos de natureza pública que se unem de maneira concatenada, para por meio do poder decisório e imperativo atuar de forma a centralizar atividade dos particulares, que sem uma força vinculativa obrigatória (Estado), estariam desorganizados e sem finalidades coletivas.

Dentro desses poderes/funções imperativas encontra-se a função regulatória a ser realizada pelo Estado que nada mais é do que um meio de disciplinar espaços que ele não alcança porque em algum momento já restou comprovado que seria mais viável setores privados da economia. Para Marçal Justen Filho<sup>2</sup>:

A função administrativa regulatória envolve uma manifestação diferenciada e peculiar da função conformadora antes referida. É composta pelos poderes para disciplinar setores empresariais, dispondo sobre a conduta individual e coletiva. Vale-se de medidas jurídicas de permissão e proibição, mas também

<sup>1</sup> BUSSI, Maria Paula Dallari. **Fundamento para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva 2013.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2015

se utiliza de mecanismos de incentivo e desincentivo, o que compreende inclusive o fomento a atividades privadas. O vocábulo “regulatória” vem sendo aplicado, de modo especial, para referir a atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada. A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado busca disciplinar o desempenho pela iniciativa privada de atividades de interesse coletivo. A função administrativa regulatória costuma ser atribuída a entidades administrativas dotadas de autonomia reforçada, tal como as agências reguladoras independentes.(JUSTEN FILHO, pp 114 115)

O Estado portanto passou a se moldar de forma progressiva e deixar de ser um órgão centralizador e abarcar todo o interesse coletivo, e foi se descentralizando por meio da função regulatória a fim de criar uma áurea mais leve e eficiente e com efetiva prestação dos serviços.

## 2.1. DESCENTRALIZAÇÃO ESTATAL

O Estado até muito recentemente sofreu por passar uma imagem de seu caráter burocrático, paralisante, prolixo, pesado.

Existe uma dicotomia em que: “ A atividade comercial é aceita como força inovadora, enquanto o Estado é projetado como uma força paralisante- necessária para o básico porém muito grande e pesada para ser o mecanismo dinâmico (MAZZUCATO)<sup>3</sup>.

Em que pese a autora tentar modificar a forma com que se entende o Estado tratando o como empreendedor por meio de seu livro homônimo que traz como tema principal a desconstrução da forma de falar do Estado “a fim de ampliar nossa visão do que ele pode fazer”, passando a ser novo catalisador de investimentos empresariais; de ajustador a formador e criador de mercados, deixando de ser “eliminador de riscos” para o setor privado para acolher e assumir o risco devido às oportunidades que oferece para o crescimento futuro” .

Tal afirmação não deve ser analisada como de toda correta, a cautela aqui se insurge no sentido de em algumas situações o Estado não só pode , como deve buscar o protagonismo, em outras, deve se buscar um papel mais secundário, aí onde deve entrar a descentralização estatal.

Carvalho Filho (São Paulo: Atlas 2015 p.473)<sup>4</sup> traz a centralização e descentralização como organização administrativa resultando de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas a situação jurídica de controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa.

---

<sup>3</sup> MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor. Desmascarando o mito do setor público vs. Setor privado.** São Paulo: Companhia das Letras 2014.

<sup>4</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas 2015

Em importante artigo do festejado Marcos André Melo, a descentralização expressa , por um lado , tendências democratizantes, participativas, e de responsabilização e, por outro, processos de modernização gerencial da gestão pública – nos quais apenas a questão eficiência é considerada. (MELO ,1996 p.75).<sup>5</sup>

E continua, no sentido econômico a descentralização tem relação direta com ganhos em termos de eficiência alocativa; a intraorganizacional em agências ou setores permite ganhos tais como: maior heterogeneidade e variabilidade na prestação de serviços, maiores possibilidades de geração de inovação e aprendizado organizacional devido a competição intraorganizacional entre unidades administrativas.

Trouxe diversos aspectos tidos como efeitos “antecipados e perversos da descentralização “ produzidos em virtude da ausência de certos pré-requisitos para a centralização.

Nota-se, porém, que o texto é de 1996 e muitos dos receios se tornaram inexistentes e/ou se dissiparam com o tempo.

Um dos, se não o principal, critério da descentralização é o modelo regulatório das agências regulatórias que nada mais são do que entidades imbuídas de autonomia e gestão para equilibrar a relação entre Estado vs. Particular, onde sua mão não alcança ou não quer alcançar.

### 3. CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A criação das Agências reguladoras se deu nos Estados Unidos com atuação no mercado de capitais , ambiente e alimentos, sistema financeiro, defesa da concorrência e regulação de monopólios naturais nas áreas de serviços públicos, transportes e telecomunicações. (MELO, pp 57).<sup>6</sup>

Em seu artigo A Política da Ação Regulatória, a criação das Agências foram divididas em momentos de suma importância.

Primeiramente surgiram as agências de defesa da concorrência e controle de monopólios naturais.

Em um segundo momento, com o advento do New Deal, assiste-se a um momento intenso de criação de agências independentes, que foi naquele momento uma ampla barganha através do qual o congresso delegava funções sem implicação excessiva do poder Executivo.

Em um terceiro momento segundo afirmou Sustain (1990, p.23):

ocorreu a transferência de poder dos Estados para o governo federal, ocasionando um crescimento massivo de burocracia nacional e porventura um enfraquecimento do judiciário e dos controles legais sobre a política e a administração e a concessão ao Presidente dos poderes anteriormente exercidos pelo Congresso, os Estados e os tribunais Na década de 60 a

---

<sup>5</sup> MELO, Marcus André. **Revista do Serviço Público**. Ano 47 Volume 120 Numero 1. **Governance e Reforma do Estado: o paradigma Agente x Principal**

<sup>6</sup> MELO, Marcus André. **Revista Brasileira de Ciências Sociais vol. 16 nº46**, junho/2001.

criação das agências se voltaram para o que estava em voga, em alguns lugares á época, que foi a área da regulação social.

A criação dessas agências, na realidade, representou um jogo diferente. Enquanto, na primeira e segunda ondas, a questão crucial era a expansão das capacidades do Executivo, nesse caso tratava-se da ampliação do papel do Judiciário e do Congresso na área regulatória. Nas palavras de Sunstein (1990, pp. 29-30), a partir da década de 60 ocorreu uma dramática “reafirmação da preponderância do Legislativo no processo regulatório”. A terceira onda de criação de agências regulatórias, concentrada na área de regulação social, na realidade se estende até a década de 90.( MELO, 2001. p.58)<sup>7</sup>.

### 3.1. CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS NO BRASIL

Após a boa experiência e consolidação do instituto nos Estados Unidos foi seguida de maneira muito rapidamente pela Europa e se espalhou pelo Brasil na década de 90, tendo por base as desestatizações.

De certo consignar, que em que pese seu surgimento ter ocorrido no sistema americano, as agências brasileiras não são consideradas puramente cópias das primeiras, apresentam do contrário características próprias do ordenamento pátrio, é o que se observa:

A adoção de um modelo estrangeiro exige sua adaptação aos princípios e regras que estruturam o direito nacional .Essa advertência é relevante porque o modelo de agências reguladoras surgiu e se desenvolveu no direito estadunidense. Muitas das características das agencias reguladoras surgidas em outros países, inclusive no Brasil, retratam a influência desse modelo estadunidense(...). No entanto, isso não significa que as agencias brasileiras seriam uma simples cópia das instituições existentes nos EUA, ou que a experiência estadunidense poderia ser aplicada diretamente no Brasil. Alias, há uma diferença fundamental entre o modelo estadunidense e o brasileiro. Nos EUA, a competência estatal é exercitada de modo exclusivo pela agência. No Brasil, reconhece-se que uma parcela de competência é mantida com a Administração central. Portanto, a análise jurídica do tema das agências reguladoras no Brasil envolve, de modo necessário a coexistência de entidades estatais dotadas de competência similar para regular um mesmo setor. (FILHO, 2015 pp. 692-693)<sup>8</sup>

Em capítulo relacionado as agências regulatórias, Marcus André Melo correlaciona dois fatores principais para a implementação das Agências, qual seja as privatizações e a reforma Estatal para abarcar o novo instituto recém surgido :

---

<sup>7</sup> idem

<sup>8</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas 2015

(...) uma dupla transformação: por um lado, esteve ancorado em uma reforma patrimonial de largas proporções, representada pela transferência de ativos públicos para agentes privados, as chamadas privatizações. Por outro, esteve associado a uma reforma administrativa que definia um núcleo de atividades exclusivas de Estado, no qual estão concentradas as funções de regulamentação, fiscalização, fomento, segurança e seguridade social.(MELO, 2003, p.247)<sup>9</sup>

A década de 90 foi o período de uma grande inovação em relação a reorganização estatal onde se implementou um padrão de caráter facilitador no que se diz respeito a regulação. Um dos marcos dessa década foi a formulação e implementação de Programa Nacional de Desburocratização lançado no final de 1979 e regulamentado na década de 1980. Esse é o programa que lança as bases para os processos de privatizações de bens e serviços públicos concretizados na década de 1990.

Segundo Marçal, Agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure autonomia em face da Administração Direta e que é investida de competência para a regulação setorial (JUSTEN FILHO, 2015 p.694).

Em interessante oportunidade de manifestação, o Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup> esclareceu por meio do excerto:

“4. As agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal, Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produtor como principalmente para o consumidor/usuário” (REsp 757.91/RS,1ªT.,rel. Min.Luiz Fux, j 25.11.2008, Dje 19.12.2008).

Pois bem, diante do até então apresentado, mostra-se a importância que as agências reguladoras tiveram e tem na organização do Estado Brasileiro como consolidação democrática e também como auxílio, órgão de controle de todos os setores que sofrem sua incidência.

### 3.2. AUTONOMIA PERANTE O EXECUTIVO, LEGISLATIVO E ORGÃOS JURISDICIONAIS

<sup>9</sup> MELO, Marcus André. **Revista do Serviço Público**. Ano 47 Volume 120 Numero 1. **Governance e Reforma do Estado: o paradigma Agente x Principal**

<sup>10</sup> (REsp 757.91/RS,1ªT.,rel. Min.Luiz Fux, j 25.11.2008, Dje 19.12.2008)

A CF/88 trouxe em seu bojo o resultado da flexibilização do intervencionismo estatal, deixando no passado o modelo como o poder público e as entidades por eles controladas exerciam o protagonismo do processo econômico e ganha novos contornos, tendo como indicativos a uma nova posição de índole orientadora, fiscalizadora e fomentadora do desenvolvimento econômico, conforme se observa em seu art. 174 “in verbis”:

**Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.**

Segundo a CF/88 a direção superior da administração pública federal compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo, e integra essa administração as agências reguladoras, que, estão sujeitas à superintendência atribuída, em matriz constitucional ao Presidente da República.

Importante lembrar que uma concepção administrativista por demais hierarquizada e verticalizada vem perdendo espaço no atual estágio do Direito Administrativo. Para Silvio do Nascimento Lima: “A idéia de uma administração centralizada e imparcial sofre incisivos efeitos da dinâmica da multiplicidade dos interessados a serem curados e atendidos pela ação estatal, bem como do inexorável processo de democratização da administração pública, o qual visa conferir maior transparência, legitimidade ao atuar administrativo”

Deve se ter cuidado porém, que, em que pese as agências reguladoras serem órgão descentralizados e detidos de certa “autonomia” sua estrutura não pode concorrer para a ruptura da estrutura finalística do ente a que esteja vinculado, seja ele federal, estadual, municipal ou distrital.

Bandeira de Mello<sup>11</sup> finaliza: “Se a Constituição regula de uma determinada maneira o papel respectivo dos agentes das funções estatais, o órgão de interpretação deve manter-se na marca das funções a ele encaminhadas; dito órgão não deverá modificar a distribuição das funções através do modo e do resultado da dita interpretação”.

No âmbito legislativo e jurisdicional não tem as agências exercício de atividades principais e funções típicas dos órgãos integrantes dos poderes expostos alhures.

Em relação a função legislativa (LIMA, 2004)<sup>12</sup>:

A atuação normativa ampliada das agências reguladoras não lhes confere independência em relação ao Poder legislativo, eis que os atos gerais e abstratos por estas expedidas não poderão conflitar, com o regramento constitucional ou legal. É que a garantia constitucional inserta no princípio da legalidade (art. 5º, II da CRFB), por mais mitigada sua aplicação no caso concreto, nunca poderá concorrer para assegurar uma capacidade

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo 10ª ed. São Paulo: Malheiros 2016

<sup>12</sup> LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento A autonomia das Agências Reguladoras em relação aos órgãos do poder executivo. Vol. 390. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

normogenética às agências reguladoras que não seja previamente delimitada pelos órgãos legiferantes.

O livre acesso ao Poder Judiciário, direito fundamental presente no art. 5º, XXXV da CF, obsta a possibilidade da função judiciária de que as decisões das agências reguladoras sejam dotadas de estabilidade típica da coisa julgada material, podendo tais decisões, precipuamente sob o aspecto da legalidade, virem a ser revistas pelos órgãos jurisdicionais, ou seja, não pode implicar que órgãos deliberativos das agências reguladoras deixem de se constituir em instâncias administrativas de curso forçado.

Se destaca segundo LIMA que “as agências reguladoras não contam com dicção própria no direito constitucional positivo brasileiro. A Carta Magna atribui ao estado a função de agente regulador geral da atividade econômica.”

#### 4. LEI DAS AGENCIAS REGULADORAS NO BRASIL

No Brasil, assim como no mundo, o surgimento das agências reguladoras está intimamente ligado a episódios políticos e crises econômicas. As privatizações /descentralizações (processo de venda de uma empresa ou instituição do setor público para o setor privado) e a liberação econômica (menos regulamentações e menos restrições governamentais na economia, com maior participação de entidade privadas na mesma) vivenciadas na década de 90), trazem como consequência a necessidade de regulamentação social.

Ocorre que, conforme bem preceitua Élvia M. Cavalcanto Fadul<sup>13</sup>:

As agências de regulação no contexto brasileiro foram criadas antes que o modelo de regulação estivesse inteiramente construído, ficando o seu processo de configuração ao sabor dos problemas que foram surgindo e das decisões concretas que foram sendo tomadas e implementadas.

Assim, por falta de regulamentação própria, sem uma lei para estabelecer a forma e os requisitos para criação de uma agência reguladora, várias foram criadas sem uma unidade material, sem o preenchimento de suas características mínimas.

As Agências Reguladoras são autarquias em regime especial (criadas por lei), pessoas jurídicas de direito público, dotadas de autonomia. Logo, são integrantes da Administração Pública Indireta. Tem como características a independência e autonomia financeira, o poder

---

<sup>13</sup> COUTINHO, Ana. AGÊNCIAS REGULADORAS MULTISSETORIAIS COMO CONTROLE DAS FALHAS DE MERCADO, 2009. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2484.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2484.pdf). Acesso em : 30/07/2019.

normativo, a finalidade de regular/ fiscalizar a atividade de determinando setor da economia. Sem essa estrutura, não pode uma agência reguladora assumir sua função de regular serviços públicos e assegurar uma prestação adequada, satisfazendo os anseios dos consumidores (população) com regularidade, continuidade, eficiência e tarifas justas, promovendo a harmonia entre os interesses dos usuários e concessionárias.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a AGERS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul). A Agência foi criada em 1997 e começou a ser implementada no mesmo ano. Porém, em 1999 a oposição assumiu o governo, tentou alterar o estilo de gestão e houve o direcionamento político de condução da agência.

“Inserida em um contexto institucional e político que não lhe é favorável por ser ideologicamente contrário à existência de agências reguladoras, além de depender de recursos do governo do Estado, o que lhe é repassado é inferior às suas necessidade. Faltando-lhe autonomia financeira, no que lhe tange à outras fontes de recursos que não os cofres do estado, a AGERGS elaborou projeto que lhe possibilitava a arrecadação em outras fontes, mas um deles, um anteprojeto de lei para criar a Taxa de Regulação foi considerado inconstitucional pelo governo estadual. O jogo de força, nesse cenário cria sérios embaraços ao funcionamento da agência”.<sup>14</sup>

Resta claro, então, que a criação de uma agência de regulação antes do estabelecimento de uma lei, ou seja, antes da formalização de regras e conceitos para o seu próprio funcionamento é algo temerário e, certamente, impossibilita a equalização/equilíbrio das relações entre o setor privado, o público e a sociedade, no que diz respeito a prestação dos serviços públicos privatizados.

Infelizmente, foi assim que aconteceu no Brasil que, até os dias atuais, não tinha em vigor uma Lei Geral das Agência reguladoras. Apenas em 28/11/2018 a Câmara enviou ao Senado Proposta de Lei. O Projeto de Lei 52/2013 foi aprovado primeiramente no Senado, e, em 2016, foi modificado pela Câmara dos Deputados. Por isso teve que voltar para nova análise e votação no Senado. Seguiu para sanção presidencial que culminou com a publicação da Lei nº 13.848, de 25 de Junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

Esse importante marco regulatório, que veio com anos de atrasos, tem agora missão de trazer segurança jurídica, além de servir como ferramenta de anticorrupção. Seu texto está elencado de idéias que visam assegurar a probidade, eficiência e segurança. Resta saber qual será a sua real eficácia, bem com a adequação, à norma, das Agências Reguladoras já existentes, tendo em vista que, até então, as mesmas eram criadas em conformidade, apenas, com a lei Lei nº 9.986/00, que trata dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras.

---

<sup>14</sup> COUTINHO, Ana. AGÊNCIAS REGULADORAS MULTISSETORIAIS COMO CONTROLE DAS FALHAS DE MERCADO, 2009. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2484.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2484.pdf). Acesso em : 30/07/2019.

## 5. CRISE DAS AGENCIAS REGULADORAS

A acepção do termo crise não vem a ser uma forma negativa de se abordar o tema. Em interessante passagem referente ao positivismo jurídico PEIXOTO, 2013<sup>15</sup> traz:

O advento de uma crise significa que algo, ou até mesmo um modelo que tenha sido adotado, não está mais funcionando, ou seja, não atinge mais o fim para o qual foi colimado. A existência de uma crise, porém, dentro das ciências, não deve ser visto de maneira demeritória, pois significa que naquele campo científico continua existindo reflexividade acerca dos dogmas e princípios que o compõe. Somente com a contínua reflexão, principalmente acerca das bases epistemológicas de um saber, é que se poderá identificar a existência de uma crise, e a conclusão que há demanda por um novo modelo.

Não é de hoje que se observa que a corrupção está nas entranhas do Estado Brasileiro, seja no âmbito político por meio do Executivo e Legislativo ou por meio da ineficiência fiscalizatória do Judiciário, o que se observa é um bombardeio quase que diário de informações relacionadas ao tema interligando órgãos e setores que foram afetados do Estado Brasileiro.

Diante disso, muito recentemente, um setor que parecia incólume (agências reguladoras) foi afetado por meio da ANTT por suspeita de envolvimento em esquema de superfaturamento nos valores de pedágio.

Joaquim Barbasa<sup>16</sup> afirma que “ muitas delas são detentoras de poderes imensos, podendo interferir de forma decisiva em setores vitais para a coletividade de sua ação (ou inação) ficando inteiramente dependentes não apenas as atividades de natureza empresarial, mas muitas vezes também a sobrevivência do indivíduo-cidadão.”

Nesse diapasão, a descoberta de que um órgão que tenha em seu objetivo principal a função de orientar, fiscalizar, regular, trazer uma implementação de excelência aos serviços a serem prestados, estar com suspeitas de envolvimento em esquemas ilícitos, ilegais e porque não dizer imorais trazem questionamentos referentes a sua idoneidade e mancha de forma atemporal o setor regulado.

Tal atitude aliás, deve trazer um retorno de proporções catastróficas, pois indiretamente envolve um número incontável de prejudicados. Basta por exemplo considerar que os valores superfaturados dos pedágios estão intimamente relacionados com licitações, concessões públicas, empresas participantes o que vem a desencadear obviamente um dano à toda a população.

---

<sup>15</sup> PEIXOTO, Geovane De Mori. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013.

<sup>16</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências Reguladoras: A “metamorfose” do Estado e da Democracia. Direito da Regulação**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

## 6. CONCLUSÃO

As agências reguladoras decorreram de formas mais eficientes em que o Estado optou por intervir de uma forma diversa, a qual, era até então, a mais usual à época e com isso surgiu o aspecto regulatório de fiscalização de setores que até então eram realizados em regime de monopólio pelo Ente.

Com a distância do Estado que abarca todas suas funções e com a aproximação do Estado que só intervém quando se tem a real necessidade passou-se a surgir por meio do modelo de desconcentrar órgãos para orientar, fiscalizar e fomentar o desenvolvimento econômico.

Passou-se então a surgir marcos regulatórios ao tratarem do tema de forma significativa em todo o mundo.

No Brasil após seu surgimento as agências reguladoras tiveram um importante papel no sentido fiscalizatório e regulador de setores de extrema importância para o desenvolvimento social e econômico.

Ocorre que, após anos de estima positiva, ou pelo menos não negativa, uma das principais agências do país (ANTT) vem sofrendo por suspeita de envolvimento em esquema de superfaturamento nos valores de pedágio.

Claro que não devemos imputar ao órgão como um todo que não tem personalidade, mas a seu diretor que praticou tal conduta.

Diante disso conclui-se que o mínimo a ser feito é ser repensado a forma de ingresso de tais diretores de tais agências e deve se buscar um caráter mais técnico de ingresso, porque nesse caso não é só o órgão exposto a tal suspeita de superfaturamento que deve ser penalizado, e sim quem direta ou indiretamente escolheu ou manteve o responsável.



## A REFORMA TRABALHISTA E O DESMONTE DO ESTADO

**Tatiana Maria Pinto de Santana Silva**

*Profissional Pós-Graduada em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-Graduada em Direito, Governança e Políticas Públicas pela UNIFACS. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Estácio da Bahia. Atualmente Professora das Disciplinas: Direito Processual do Trabalho e Prática Simulada Trabalhista. Professora convidada da Pós Graduação da Faculdade da Cidade e Faculdade 2 de Julho. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Estácio da Bahia. Membro das Comissões de Estágio e Exame de Ordem da OAB/BA Triênio 2016-2018. Membro da Associação dos Advogados Trabalhistas da Bahia - ABAT. Advogada militante na área Trabalhista e Cível.*

**RESUMO:** O presente trabalho teve como objetivo analisar as principais alterações da reforma trabalhista, as demandas judiciais após reforma trabalhista, e sobretudo, o desmonte do Estado através da nova perspectiva da Lei 13.467/2017. Assim, na primeira parte, mostrará as alterações significativas da reforma trabalhista, expondo o direito dos trabalhadores e suas garantias. Na segunda parte, analisa as demandas judiciais após reforma e o desmonte do Estado.

**PALAVRAS-CHAVES:** Reforma trabalhista; trabalhadores; Estado.

**ABSTRACT:** The present work aimed to analyze the main alterations of the labor reform, the lawsuits after labor reform, and above all, the dismantling of the State through the new perspective of Law 13,467 / 2017. Thus, in the first part, it will show the significant changes of the labor reform, exposing the workers' rights and their guarantees. In the second part, it analyzes the judicial demands after reform and the dismantling of the state.

**KEYWORDS:** reform; workers; State.

### I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratou-se de focar sobre as principais alterações da reforma trabalhista, as demandas judiciais após reforma trabalhista, e sobretudo, o desmonte do Estado através da nova perspectiva da Lei 13.467/2017.

Diante da realidade encontrada nos dias de hoje, o país passou por grande alteração na legislação trabalhista que define as regulações do trabalho, modificando significativamente o direito dos trabalhadores e o funcionamento das relações de emprego no território brasileiro.

Seguindo esta lógica, a presente pesquisa se deu em primeiramente, definir quais são os direitos dos trabalhadores perante a Constituição Federal da República com base na legislação. Em seguida, foi apontado os novos aspectos da reforma trabalhista perante o Estado.

A motivação do presente estudo se deu em virtude de militar na área trabalhista e acompanhar diversos clientes, que no último ano tiveram seu direito violado, mas apresentaram grande resistência em relação ao ajuizamento da ação trabalhista, em virtude das atuais normas que definem condutas de punição dentro do processo do trabalho

Assim, esta pesquisa foi sustentada pela análise do protocolo das novas demandas perante a nova legislação trabalhista no que tange aos aspectos processuais, indicando as principais normas e especificando os sujeitos competentes que são legalmente obrigados a cumprir.

Com as informações sequencialmente trazidas foram analisados o retrocesso do avanço legislativo quanto as normas criadas e vigentes, e em contrapartida as consequências envolvidas quanto a aplicabilidade ou não dos direitos trabalhistas. Por fim, o presente trabalho abordou, como principal objetivo os efeitos jurídicos gerados pela nova legislação.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Direito dos Trabalhadores na Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 expressa no artigo 7º, os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais.

Os direitos dos trabalhadores são chamados direitos sociais, pois são classificados em direitos fundamentais, pois asseguram outros princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, sendo prioridades no cenário de relação laboral.

Conforme a Constituição Federal no artigo 7º, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

- Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
- Seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- Fundo de garantia do tempo de serviço(FGTS);
- Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
- Piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
- Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

- Garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- Décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- Remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- Proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- Participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
- Salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
- Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- Jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- Repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- Remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- Gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- Licença-maternidade, nos termos fixados em lei;
- Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
- Aposentadoria; Assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;
- Reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- Proteção em face da automação, na forma da lei;

- Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
- Ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
- Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
- Proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
- Proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
- Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos e Igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Os direitos dos trabalhadores consagrados desde 1988, são resultados de conquistas políticas e lutas entre sindicatos e empresas durante a evolução das Constituições Brasileiras e estas disposições inseridas no art. 7º da CF/88 objetivam o benefício dos empregados nas relações laborais.

A Carta Magna, como é conhecida, consagrou os direitos dos trabalhadores, entretanto, com a reforma trabalhista alguns direitos foram ampliados e outros excluídos, o que recentemente provocou uma série de ações diretas de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal contra algumas regras novas, referentes a legislação publicada em 11 de novembro de 2017.

## 2.2. Principais alterações da Reforma Trabalhista

Inicialmente o tema mais comentado na Lei 13.467/2017 foi a introdução do art. 611-A da CLT que trouxe a hipótese dos acordos coletivos terem prevalência sobre a lei, alterando os temas sobre a jornada de trabalho, possibilitando a flexibilização da mesma, banco de horas, redução do intervalo ou ampliação da jornada de trabalho de 12 por 36 horas para qualquer empregado, excluindo a necessidade de licença prévia do Ministério do Trabalho para atividades insalubres.

As indenizações dos intervalos entre as jornadas não permitidas pelo empregador foram modificadas para pagamento apenas sobre o período não concedido e não sobre todo período do intervalo como anteriormente, conforme artigo 71, § 4º da CLT.

O tempo despendido entre o deslocamento do empregado para empresa, quando a empresa fornecia transporte, pela nova reforma trabalhista, passa a não ser considerado como jornada de trabalho, excluindo por definitivo a possibilidade de pleitear hora extra, no antigo entendimento da jornada *in itinere* de acordo com o Art. 58, § 2º da CLT.

Sobre a remuneração, a nova lei flexibilizou a remuneração para a ideia do negociado sobre o legislado, possibilitando que salários, cargos, funções, prêmios e PL (participação nos Lucros) fossem negociados livremente pelo empregador, o que acarretará em grandes perdas para os empregados principalmente nas contribuições previdenciárias.

O tema equiparação salarial também sofreu alteração, sendo proibidas remunerações diferenciadas para funções executadas iguais no mesmo estabelecimento e não mais localidade, como era expresso na no art. 461 da CLT.

A homologação das rescisões dos contratos de trabalhos com vínculo de emprego maior que 01(um) ano deixou de ser obrigatória nos sindicatos ou Ministério do Trabalho, sendo extinta a assistência gratuita ao trabalhador durante a homologação, podendo esta ser realizada na própria empresa, sem a presença de Advogado, caso o empregado não possa pagar os honorários advocatícios, provocando com maior flexibilidade o pagamento das verbas rescisórias de forma incorreta, pois a maioria dos empregados são sujeitos leigos.

As dispensas coletivas foram tratadas de forma igual as dispensas individuais, permitindo a nova legislação no art. 477-A da CLT, sendo consideradas normais pela Lei, excluindo o requisito de prévia autorização da entidade sindical ou celebração de acordo coletivo.

Na sequência, com base no art. 477-B da CLT, a lei trouxe o entendimento que o empregado que aderisse ao Plano de Demissão Voluntária (PDV), automaticamente aceitaria a quitação plena e irrevogável dos direitos existentes no contrato de trabalho, o que demonstra claramente a facilidade das empresas descumprirem suas responsabilidades com quitação trabalhista, ofertando rescisões a menores aos trabalhadores que diante da dificuldade financeira, seriam obrigados a aceitarem sem questionamentos futuros.

De acordo com o art. “Art. 134, § 1º da CLT, o tema férias foi alterado pela lei, sendo expresso que, desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

O “Art. 443, § 3º da CLT trouxe um novo contrato de trabalho, definido como intermitente, no qual deve constar o valor da hora de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor do mínimo por hora e o trabalhador poderá ser pago por período trabalhado, recebendo pelas horas ou diária, tendo direito a receber férias, FGTS, previdência e 13º salário proporcionais.

A reforma trabalhista trouxe uma nova possibilidade de rescisão do contrato de trabalho sendo chamada Consensual, que determina o contrato de trabalho poderá ser extinto de comum acordo, e as verbas trabalhistas serão pagas por metade, ou seja, pagamento de metade do aviso prévio e metade da multa de 40% sobre o saldo do FGTS. O empregado poderá ainda movimentar até 80% do valor depositado pela empresa na conta do FGTS, mas não terá direito ao seguro-desemprego

Quanto ao protocolo de ações na justiça do trabalho, o empregado de acordo com a nova reforma trabalhista, terá que comparecer de forma obrigatória as audiências na Justiça do Trabalho e se for sucumbente em algum pedido da petição inicial, será condenado a arcar com as custas processuais, que serão arbitradas de 1% a 10% sobre o valor da causa, bem como honorários advocatícios, que serão pagos por quem perder a ação no importe de 5% a 15% do valor da sentença, ou

seja, o advogado do Reclamante (Autor) terá que informar o valor do pedido exato na petição para evitar as penalidades descritas acima.

### 2.3 Demandas Judiciais após Reforma Trabalhista

A nova legislação trabalhista publicada em 11 de novembro de 2017, modificou vários direitos dos trabalhadores brasileiros, bem como os deveres das empresas, nascendo sob o argumento do alto índice de desemprego e da crise econômica no país, apesar de inúmeros questionamentos e opiniões desfavoráveis à lei sob a justificativa que nascia a medida com fulcro a retirar os direitos dos empregados.

A nova legislação trouxe diversos questionamentos importantes que provocaram grande impacto no ajuizamento de ações trabalhistas.

As principais consequências da Reforma Trabalhista foram a diminuição no volume de novas ações, redução do estoque da Justiça do Trabalho e alterações relativas a aspectos processuais, numa avaliação após um ano de vigência da nova lei. Por outro lado, houve um aumento de produtividade dos Tribunais, conforme afirmação do setor de presidência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Conselho Superior do Trabalho (CSJT), segundo presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ministro Brito Pereira.

Em novembro de 2017, mês de início da vigência das mudanças, houve um pico de casos novos recebidos no primeiro grau (Varas do Trabalho): foram 26.215 processos (9,9%) a mais em relação a março de 2017, segundo mês com maior recebimento no período. No entanto, em dezembro de 2017 e janeiro de 2018, o quadro se inverteu. Desde então, o número de casos novos por mês nas Varas do Trabalho é inferior ao de todos os meses referentes ao mesmo período de janeiro a novembro de 2017.

Segundo a Coordenadoria de Estatística do TST, entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações trabalhistas. No mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 reclamações trabalhistas.

A redução momentânea no número de reclamações trabalhistas ajuizadas deu à Justiça do Trabalho uma oportunidade para reduzir o acervo de processos antigos pendentes de julgamento. Em dezembro de 2017, o resíduo nas Varas e nos Tribunais Regionais do Trabalho era de 2,4 milhões de processos aguardando julgamento. Em agosto de 2018, esse número caiu para 1,9 milhão de processos. “A manutenção do ritmo de prolação de sentenças e de acórdãos tem permitido uma diminuição do estoque bastante significativa”, observa o corregedor-geral da Justiça do Trabalho, ministro Lelio Bentes Corrêa.

A nova lei levou à diminuição na quantidade de processos apresentados à Justiça do Trabalho, principalmente pela inserção dos novos dispositivos que preveem situações como penalidades em litigância de má-fé, condenação da parte sucumbente em custas e honorários se perderem a ação, pagamento de custas processuais em caso de arquivamento por ausência do autor da ação na audiência inicial como motivo de propositura de nova demanda, pagamento de honorários periciais.

A reforma trabalhista na analogia de grandes estudiosos da matéria, foi a deforma dos direitos, pois a nossa CLT sofreu alterações que mudaram de forma significativa a relação laboral, como forma de contratar, formas de extinção do contrato, remuneração, jornada de trabalho, condições de trabalho em atividades insalubres que afetam a saúde do trabalhador, entre outras, além de confirmar a ideologia que o negociado entre as partes poderá ter prevalência sobre os direitos e garantias previstos constitucionalmente, que será visto na maioria das vezes, como retrocesso ou clara desrespeito a legislação.

#### 2.4. A Reforma Trabalhista e o Estado

A reforma trabalhista atingiu de maneira significativa os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais previstos constitucionalmente na Carta Magna de 1988, pois após quase dois anos de sua vigência, o mercado de trabalho informal aumentou, a taxa de desemprego continuou elevadíssima, as funções e cargos nas empresas desobedecem claramente ao princípio da continuidade do emprego, em razão do alto rodízio entre funcionários, onde as empresas dispensam os empregados mais experientes e com tempo de casa e contratam novos empregados com redução de salários, além de exigir que os colaboradores trabalhem numa jornada de trabalho maior, recebendo menores salários.

Assim, é visível que a nova legislação trabalhista representa um cenário de desmonte do Estado Democrático do Direito, pois visualiza o empregado como número, afastando totalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

A reforma trabalhista na verdade passou a ser conhecida como “deforma trabalhista”, pois nasceu com intuito de regularizar situações existentes nas relações de emprego e trabalho, permitindo aos empregadores várias opções de utilizar o trabalho dos empregados conforme com as suas vontades, levando a submissão do empregado a aceitar as condições de contratação e salário ofertadas pelo seu empregador, devido a necessidade do emprego, ocasionando situações extremamente desfavoráveis aos trabalhadores.

Em resumo, as relações laborais após a reforma trabalhista são caracterizadas pela enorme desigualdade, pois termina ocasionando diferenças no tratamento para alcançar a justiça, apesar de ser defendida pelo princípio da isonomia. Nota-se o empregado aceitando condições de trabalho que ferem muitas vezes o texto constitucional por causa da situação de desemprego, sem opção de escolha, uma vez que o negociado sobressai sobre o legislado, e o empregado que optar pelo ajuizamento de ação trabalhista e perder o processo, será obrigado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios pelo próprio direito invocado, o que vem provocando um esvaziamento do número de ações protocoladas na justiça do trabalho.

### 3. CONCLUSÃO

O desenvolvimento da presente pesquisa proporcionou informações sobre o tema tratado, a partir de uma análise sobre a reforma trabalhista, demandas judiciais e o cenário do Estado.

Foi percebido toda a prática atuada sobre o tema, que obviamente, conforme estudos apontados destoam da expectativa apresentada no novo ordenamento jurídico celetista brasileiro.

Conclui-se que os efeitos da reforma trabalhista nas novas demandas judiciais, visam a sérios prejuízos aos trabalhadores no que tange a expectativa de melhoria nas condições de trabalho, pois a reforma da CLT possibilitou um mercado acompanhado por grande heterogeneidade de empregos sem qualidade, pois a nova lei trouxe uma redução dos direitos de forma agressiva, com inúmeras chances de contratos prejudiciais aos empregados, pois são vulneráveis e necessitados de oportunidades.

Assim, o que se vê no mercado de trabalho atualmente são empregos temporários, ferindo a ideia do princípio da continuidade da relação de emprego, elevando a estimativa do trabalho com atividade realizada com prazer e bem estar, e apenas o fim de alcançar uma renda para sua própria sobrevivência na ideologia do retorno da feudalização trabalhista.

Por fim, constata-se que a nova legislação trabalhista representa um cenário de desmonte do Estado Democrático do Direito, pois visualiza o empregado como número, afastando totalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente com a redução do número de ações trabalhistas protocoladas desde a publicação da nova lei diante do receio dos trabalhadores de ingressarem com uma ação buscando um direito e saírem condenados aos critérios das despesas judiciais bem como honorários advocatícios a parte adversa.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto – lei n.º 5451, de 1 de maio de 1943. *Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex – Coletânea de Legislação: edição federal*. São Paulo, 1943.

D'INCAO, C. (2017), “São 120 medidas contra o trabalhador na reforma de Temer”. Disponível em <http://www.viomundo.com.br/denuncias/carlos-dincao-sao-120-medidas-contr-o-trabalhador-na-reforma-de-temer.html>, consultado em 29/06/2019.

DIAP. (2016), “As 55 medidas que retiram direitos dos trabalhadores”. Disponível em [http://www.diap.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25839:55-ameacas-de-direitos-em-tramitacao-no-congresso-nacional&catid=45:agencia-diap&Itemid=204](http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25839:55-ameacas-de-direitos-em-tramitacao-no-congresso-nacional&catid=45:agencia-diap&Itemid=204), consultado em 29/6/2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas: 2009.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

CASSAR, Volia Bonfim. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 2018.

TST. Primeiro ano da Reforma Trabalhista: efeitos. Disponível em [http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/...reforma-trabalhista.../pop\\_up](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/...reforma-trabalhista.../pop_up), consultado em 25/07/2019.



## AS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Vivian Carla da Costa

*Bacharel em Direito. Centro Universitário Unicuritiba/PR*

**RESUMO:** O presente artigo tem como escopo a análise, à luz da doutrina, das excludentes de responsabilidade civil objetiva do Estado a partir da teoria do risco administrativo que, ressalvadas as diversas classificações doutrinárias, subdividem-se em caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. A admissão de tais excludentes representa o único instrumento de defesa dos agentes públicos, resguardando a segurança jurídica, a equidade e a justiça social nas relações estabelecidas entre figuras do Estado e particulares.

**PALAVRAS CHAVES:** Responsabilidade Civil do Estado – Excludentes de Responsabilidade – Caso Fortuito – Força Maior – Culpa Exclusiva da Vítima – Fato de Terceiro.

**SUMÁRIO:** 1. Responsabilidade Civil do Estado; 2. Excludentes de Responsabilidade Civil do Estado; 3. À Guisa de Síntese; 4. Referências Bibliográficas.

## 1. A Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado<sup>1</sup> no ordenamento jurídico brasileiro possui natureza objetiva, de modo que dispensa a análise do elemento volitivo para a sua configuração. Sua previsão é constitucional, conforme narrativa do artigo 37, § 6<sup>o</sup>, e é reiterada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 43<sup>o</sup>.

---

<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 Sylvia 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.

“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 nexo de causalidade”.

Paulo Nader, **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, p. 322-323.

<sup>2</sup> A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

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, haja vista que atribuir ao Estado a responsabilidade pelos atos praticados pelos seus agentes é entendimento ainda muito recente.

A responsabilidade civil do Estado é assunto que ganhou inúmeras roupagens no decorrer do tempo. À época de regimes de governo absolutistas, a teoria mais aceita era a da Irresponsabilidade do Estado, em que não se admitia qualquer possibilidade de erro do soberano – *The king can do no wrong* –, haja vista que usufruía de “[...] prerrogativa de ampla irrestrita imunidade”<sup>4</sup>. Assim, ainda que houvesse violação de direito alheio, não haveria qualquer responsabilização do Estado.

A transição para um efetivo Estado Liberal de Direito implicou intensas mudanças em seus âmbitos político, econômico e, também, jurídico. Já nesse cenário, a teoria da irresponsabilidade se tornou obsoleta e, portanto, passou-se a exigir, ainda que timidamente, uma responsabilização do Estado, o que implicou a conjectura das *Teorias Civilistas*.

Criou-se doutrinariamente, então, 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, com a função pública, não haveria que se falar em responsabilidade do Estado, haja vista que praticada sob a égide da soberania.

Entretanto, tal teoria não surtiu qualquer efeito prático, porquanto o Estado permanecia isento de qualquer responsabilidade. Afinal, nas palavras de MONTEIRO, “[...] realizando um ou outro, o Estado é sempre Estado”<sup>5</sup>. Assim, a ineficácia desse modelo concedeu espaço à ascensão da *Teoria da Responsabilidade Subjetiva*, em que se passou analisar, em todas as situações, o elemento culpa que, uma vez demonstrada, possibilitava o exercício de direito de regresso do Estado em face do agente público. É, inclusive, a teoria que fundamentou o dispositivo acerca do tema disposto no Código Civil de 1916:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito publico 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.

---

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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 203.

<sup>5</sup> Washington de Barros Monteiro, **Curso de direito civil: parte geral**, p. 105.

Como se vê, o ordenamento brasileiro inovou ao promover a responsabilização da pessoa jurídica de direito público pelos atos praticados pelos seus representantes, resguardando o seu direito de regresso. Contudo, essa teoria também não se mostrou eficaz, uma vez que “[...] impunha aos cidadãos lesados um encargo muito penoso, consubstanciado na obrigação de comprovar o dano e o comportamento culposo do agente estatal”<sup>6</sup>.

Portanto, ainda seguindo uma evolução histórico-política, progrediu-se para um Estado Democrático de Direito, período em que se consolidaram as *Teorias Publicistas*, nas quais o risco assumido se tornou o definidor da responsabilização do Estado, dispensando a análise da culpa nas condutas do agente público. São essas as teorias da *Culpa Administrativa* (ou culpa do serviço público) e da *Responsabilidade Civil Objetiva*.

Com isso, atualmente impera no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da Responsabilidade Civil 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>7</sup>. Ou seja, basta que haja a prática da conduta, independentemente de ser ela ilícita ou lícita, e que afete substancialmente direito alheio, evidenciando nexos causal, para que surja, então, o dever de indenizar, conforme expõe CAHALI<sup>8</sup>.

Mas isso não é tudo. Para que eleve-se, efetivamente, o dever de indenizar do Estado, é necessário ainda que a conduta responsável por lesão de direito alheio seja oriunda de exercício de atividade administrativa, ou seja, “[...] não responde [...] o Estado [...] por dano causado por alguém que [...] por ocasião do dano, não estava no desempenho das atribuições do seu cargo, função ou emprego público”<sup>9</sup>, seja em qualquer nível de atuação: Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo<sup>10</sup>.

Essa teoria, por sua vez, também, possui duas vertentes: a do Risco Integral e a do Risco Administrativo, diferenciadas, nos seguintes termos, pelo jurista BACELLAR FILHO:

[...] 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

<sup>6</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 208.

<sup>7</sup> Flávio Tartuce, **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**, p. 296.

<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> Diógenes Gasparini, **Direito administrativo**, p. 1142.

<sup>10</sup> “[...] a estrutura do Estado moderno permite concluir que sua responsabilidade é possível em face de qualquer ato lesivo praticado, pouco importando sua origem, desde que seja de agentes do Estado, no exercício de sua função ou em razão dela. A responsabilidade do Estado decorre, portanto, de qualquer nível de atuação, por emanções do Executivo, bem como do Legislativo e do Judiciário”.

Sílvio de Salvo Venosa, **Direito civil: responsabilidade civil**, p. 125.

segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas admite algumas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito<sup>11</sup>).

Em suma, enquanto a teoria do risco integral assume um posicionamento radical ao atribuir ao Estado a responsabilidade civil de forma absoluta, não admitindo qualquer excepcionalidade, a teoria do risco administrativo admite excludentes da responsabilidade do Estado, desde que expressamente previstas no texto legal.

Porém, justamente em razão da característica extrema da vertente do Risco Integral, sua aplicabilidade é muito restrita<sup>12</sup>, de modo que prevalece a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva na modalidade do Risco Administrativo (também denominado risco mitigado)<sup>13</sup>, haja vista que — ainda que o Estado exerça uma função desparitária na sociedade e, portanto, deixa os demais sujeitos em hipossuficiência — há situações na qual se admite a exclusão de sua responsabilidade, as quais serão o objeto de análise do presente artigo.

## 2. As Excludentes de Responsabilidade Civil do Estado

Superada a síntese histórica desenvolvida no tópico anterior e, portanto, concluindo-se pela predominância da Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva na modalidade do Risco Administrativo (ou Mitigado), busca-se, no presente artigo, analisar as suas excludentes, tais quais são admitidas com o basilar intuito de resguardar a segurança jurídica e a justiça social, pois representam o único mecanismo de defesa dos agentes públicos supostamente responsáveis por prejuízos causados a terceiros.

Nessa seara, como já apontado, para que se configure o dever de indenizar do Estado, basta que haja a comprovação do nexos causal entre a conduta praticada pelo agente público e o dano sofrido pelo sujeito lesado. Entretanto, justamente por se tratar da teoria do risco administrativo, admite-se, nesse cenário do direito administrativo, situações fáticas que rompem o nexos de causalidade, afastando a responsabilidade civil do Estado, pois o que importa na responsabilidade objetiva é a relação de causalidade estabelecida.

---

<sup>11</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 217.

<sup>12</sup> “[...] pode-se identificar a adoção da teoria do risco integral na responsabilidade por danos nucleares (art. 21, XXIII, d, da CF, - alínea renumerada pela EC 49/2006) e por danos causados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público (Lei 10.774, de 09.10.2003) Rui Stoco, **Tratado de responsabilidade civil**, p 1336.

<sup>13</sup> “Desta forma, vigora a teoria do risco administrativo, que gera uma responsabilidade objetiva mitigada, uma vez que pode ser afastada ou diminuída pela culpa exclusiva ou concorrente da vítima, o que não ocorre na responsabilidade objetiva plena ou integral (teoria do risco integral). Mas se o Estado é o responsável pelo dano ambiental, aplica-se essa última teoria. Em situações tais, não há direito de regresso do ente público contra o seu agente”.

Flávio Tartuce, **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**, p. 481.

Segundo essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente público<sup>14</sup>.

Assim, uma vez rompido o nexu causal entre a conduta praticada pelo agente público e o dano, afasta-se a responsabilidade do Estado. Porém, as situações consideradas excludentes de responsabilidade são restritas às previsões legais e não podem ser equiparadas às excludentes admitidas nos âmbitos civil<sup>15</sup> e penal<sup>16</sup>, que aceitam a legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento do dever legal, pois elas não se destinam a romper, efetivamente, o nexu causal, mas sim a afastar a ilicitude da conduta praticada, a qual é outro elemento configurador da responsabilidade civil.

Assim sendo, a doutrina clássica<sup>17</sup> admite como excludentes do nexu de causalidade da responsabilidade civil do Estado o caso fortuito ou força maior, além da culpa exclusiva da vítima. Estudos mais recentes têm acrescentado a esse rol o fato de terceiro, o qual, no entanto, não configura um entendimento pacífico. Inobstante à controvérsia quanto à classificação, todas as excludentes admitidas serão devidamente pormenorizadas adiante.

Com a devida vênua aos autores clássicos que tratam caso fortuito e força maior como sinônimos<sup>18</sup>, adotar-se-á, no presente artigo, uma tênue distinção, mas de grande importância e valia na aplicação do direito. Ambos têm como característica primordial a irresistibilidade, mas a imprevisibilidade é atribuída tão somente ao caso fortuito — não à toa, também denominado *act of God*, conforme exemplificação de VENOSA:

O caso fortuito [...] decorreria de forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de

---

<sup>14</sup> Rui Stoco, **Tratado de responsabilidade civil**, p. 1349.

<sup>15</sup> Código Civil. “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

<sup>16</sup> Código Penal. “Exclusão de ilicitude. Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Excesso punível. Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

<sup>17</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.

<sup>18</sup> Vide nota de rodapé 17.

“José Aguiar Dias (1979, v. 2:361) reforça a ideia de que as expressões são sinônimas, e é inútil distingui-las. [...] Qualquer critério que se adote, a distinção nunca terá consequências práticas: os autores são unânimes em frisar que juridicamente os efeitos são sempre os mesmos (Noronha, 2003: 631)”.

Sílvio de Salvo Venosa, **Direito civil: responsabilidade civil**, p. 65.

atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades [...]¹⁹.

Assim, em um primeiro momento, a partir dessa singela diferenciação, apesar de importante, não haveria efeito prático distintivo, pois ambas as situações resultariam na exclusão da responsabilidade. Contudo, a renovada doutrina acrescentou mais um critério diferenciador²⁰, o da externalidade do caso fortuito, tal qual, sem ele, não há que se falar em excludente:

[...] aos tradicionais requisitos da imprevisibilidade e irresistibilidade do caso fortuito, tem-se acrescentado esta terceira exigência – a externalidade ou externidade do caso fortuito, sem o qual se conserva a responsabilidade²¹.

Portanto, as circunstâncias de força maior são, sem maiores questionamentos, admitidas como excludentes de responsabilidade civil do Estado. Já quanto às situações de casos fortuitos, deve-se, agora, analisar a origem do suposto ato ilícito: se é inerente à atividade prestada pelo Estado ou se se refere ao âmbito do exercício profissional do agente público. É, inclusive, o que justifica a aplicação da Teoria do Risco Integral nos casos de danos ambientais²².

A outra excludente de responsabilidade do Estado já prevista pela doutrina clássica é a culpa exclusiva da vítima. Tal circunstância prescinde de detalhadas explicações, haja vista que sua denominação é autoexplicativa: o dano sofrido é atribuído exclusivamente à atuação, muitas vezes, negligente da própria vítima.

Todavia, cabe elucidar que, nessa modalidade, a culpa deve ser evidentemente exclusiva, pois a culpa concorrente já não é considerada excludente, mas sim, tão somente para alguns autores, atenuante da responsabilidade civil, refletindo na minoração da indenização²³, pois não rompe integralmente o nexo causal²⁴.

¹⁹ Sílvio de Salvo Venosa, **Direito civil: responsabilidade civil**, p. 65.

²⁰ “O critério diferenciador baseia-se, portanto, na atividade ou no círculo afetado do agente, de modo que, se o acontecimento imprevisível ou previsível mas inevitável insere-se como consequência dele, estamos diante de um caso fortuito e a responsabilidade não é excluída; já se tem origem em um fator externo a ele, ante uma força maior, a responsabilidade é excluída”.

Carolina Bellini Arantes de Paula, **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**, p. 97.

²¹ Anderson Schreiber, **Novos paradigmas da responsabilidade civil**, p. 64.

²² “[...] 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.

²³ Código Civil. “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

²⁴ “Se houver concorrência entre o comportamento da vítima ou de terceiro e o defeito do produto não há exclusão da responsabilidade, apenas sua mitigação, uma vez que o nexo causal persiste no que tange à parcela do dano efetivamente causado pelo defeito”.

Gustavo Tepedino, **Temas do direito civil**, p. 271.

Por fim, para além da divisão clássica das excludentes de responsabilidade civil do Estado, alguns doutrinadores<sup>25</sup> e a jurisprudência<sup>26</sup>, quando presente determinada peculiaridade, têm admitido, também, a conduta ilícita praticada por terceiro, que é caracterizada por “[...] pessoa distinta do autor indigitado do dano e da vítima, bem como não seja, direta ou indiretamente, legal ou contratualmente, subordinado àquele”<sup>27</sup>.

Entretanto, essa nova classificação ainda é objeto de muitas controvérsias doutrinárias, haja vista que, em situações fáticas que subsumem nesse cenário, o que ocorre, muitas vezes, é a responsabilização do Estado com o resguardo do direito de regresso<sup>28</sup>, por força do artigo 930 do Código Civil<sup>29</sup>:

### 3. À Guisa de Síntese

Vigora atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, a Responsabilidade Civil Objetiva do Estado, na qual, em regra, é responsável pelos danos causados a terceiros em decorrência de condutas ilícitas praticadas pelos seus agentes públicos, resguardado o seu 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 volitivo, o que significa que não se analisa a culpa na conduta do agente, de modo que o nexo causal entre a conduta e o dano é o seu pilar fundamental.

Contudo, não se pode olvidar que há circunstâncias fáticas que podem romper o referido nexo de causalidade e, assim, afastar a responsabilidade do Estado; são as chamadas Excludentes de Responsabilidade do Estado, tais quais são subdivididas nesse artigo, com as devidas ressalvas às divergências doutrinárias, em (i) caso fortuito e força maior; (ii) culpa exclusiva da vítima e (iii) fato de terceiro.

---

“[...] caso reste comprovado que o fato da vítima apenas concorreu para o surgimento do dano em sua criação ou extensão, o elo de ligação entre o ato ou fato jurídico do agente indigitado e o dano não se secciona, razão pela qual se verifica a aplicação da concorrência de culpa da vítima como atenuante da responsabilidade do agente no âmbito da responsabilidade objetiva”. Carolina Bellini Arantes de Paula, **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**, p. 119.

<sup>25</sup> “Na responsabilidade civil objetiva, a causa do dano deve ser exclusivamente imputada ao fato de terceiro, pois só nesse caso há rompimento do nexo causal e a exclusão da responsabilidade do agente”.

Adalberto de Souza Pasqualotto, **A responsabilidade civil do fabricante e os riscos de desenvolvimento**, p. 155.

<sup>26</sup> Informativo nº 0642, STJ. “A concessionária de transporte ferroviário não responde por ato ilícito cometido por terceiro e estranho ao contrato de transporte”.

<sup>27</sup> Carolina Bellini Arantes de Paula, **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**, p. 109-110.

<sup>28</sup> “[...] o fato de terceiro não excluiria, de pronto, a responsabilidade do eventual causador do dano, por ser o agente mero instrumento físico do terceiro, conferindo-lhe apenas o direito de regresso contra o terceiro, efetivo causador do dano”.

Carolina Bellini Arantes de Paula, **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**, p. 112.

<sup>29</sup> Código Civil. “Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I)”.

Em suma, em que pese o legislador tenha assumido caso fortuito e força maior como sinônimos, a doutrina criou alguns critérios diferenciadores e que refletem na aplicação do Direito: ambos são dotados de irresistibilidade, mas tão somente o caso fortuito é considerado imprevisível. Para além disto, atualmente também se analisa a externalidade do caso fortuito, ou seja, se se tratar de fato estranho à atividade desenvolvida pelo agente público, exclui-se a responsabilidade, mas se for inerente, não há que se falar em exclusão.

A culpa exclusiva da vítima, por sua vez, não enseja maiores delongas doutrinárias, haja vista que se devidamente comprovado que a conduta que ensejou o dano sofrido foi praticada exclusivamente pela vítima, afasta-se a responsabilidade. Mas há a ressalva que a atribuição deve ser evidentemente exclusiva, pois a concorrência de culpas já não é suficiente para romper o liame causal e, portanto, ensejar a exclusão da responsabilidade.

Por fim, o fato de terceiro, ainda que não componha a classificação clássica sugerida pela doutrina, tem sido admitido, em algumas circunstâncias, como fator de exclusão da responsabilidade do Estado, pela obviedade da conduta não ter sido praticada por um sujeito atrelado à função pública. Entretanto, a controvérsia reside na possibilidade do direito de regresso prevista em lei, o que resulta que, na prática, o Estado arca com a responsabilidade e exerce, em seguida, seu direito de regresso.

A despeito de suas definições, tais excludentes só são admitidas, no entanto, a partir de uma leitura maleável do instituto da responsabilidade civil do Estado sob a ótica da modalidade do risco administrativo, pois a vertente da responsabilidade objetiva com risco integral não admite qualquer exceção: o Estado será considerado responsável, seja qual for a circunstância. Ela é aplicável, na prática, quando se trata de danos veemente graves e que exigem a rápida e incontestável reparação, a fim de atender um caráter punitivo da indenização, como, por exemplo, nos danos ambientais. Ou seja, se o agente público presta serviços que podem eventualmente afetar o meio ambiente, não importa o nexo causal, mas tão somente o dano sofrido.

Porém, em demais circunstâncias, a teoria que impera é a do risco administrativo (ou mitigado), que admite as excludentes de responsabilidade se devidamente demonstrado o rompimento do nexo de causalidade, a fim de se garantir a equidade entre os sujeitos de Direito díspares, segurança jurídica e justiça social.

E se restar comprovado que o Estado (ou o agente público) não deu efetiva causa aos danos sofridos por terceiros, é certo que insistir em sua responsabilidade pode implicar flagrante injustiça e desperdício de recursos públicos. Nesse cenário, portanto, a admissão das excludentes representa o único instrumento de defesa dos agentes públicos em um Estado Democrático de Direito.

#### 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.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: RT, 2015.

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.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **A responsabilidade civil do fabricante e os riscos de desenvolvimento**. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. V. 59. P. 147-168, nov. 1993.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007.

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.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2016.



## PARECER: EFEITOS DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA SOBRE A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DE POSTURAS<sup>1</sup>

**Carlos Renato Cunha**

*Procurador do Município de Londrina, exercente da função de Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professor da graduação na PUC-PR campus Londrina. Professor da especialização em Direito Tributário do IBET.*

**Fábio César Teixeira**

*Procurador do Município de Londrina, ocupante da função de Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN. Especialista em Direito Constitucional e em Direito Penal e Processual Penal. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais da Associação dos Procuradores do Município de Londrina - APROLON.*

**João Luiz Martins Esteves**

*Procurador-Geral do Município de Londrina. Doutor pelo programa de Doutorado da Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre em Direito do Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho - UGF. Especialista em Filosofia Política e em Filosofia: História do Pensamento Brasileiro pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Procurador efetivo do Município de Londrina.*

**EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO. EFEITOS DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA (LEI FEDERAL N. 13.874/2019) SOBRE A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DE POSTURAS. ANÁLISE ACERCA DE EVENTUAL DISPENSABILIDADE DE QUALQUER ATO PÚBLICO PARA O DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE ECONÔMICA DE BAIXO RISCO E DA FLEXIBILIZAÇÃO DO HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DO COMÉRCIO. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES DA NORMA GERAL EM MATÉRIA DE DIREITO ECONÔMICO NO ATUAL CONTEXTO NORMATIVO, DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL.**

---

<sup>1</sup> A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 1008/2019-PGM, exarado em 18.12.2019.

## *1. Relatório*

Por meio da Solicitação de Consulta Jurídica 1357 o Ilmo. Sr. Secretário Municipal de Governo consulta-nos sobre os efeitos jurídicos do advento da [Lei Federal n. 13.874, de 20 de setembro de 2019](#), fruto da conversão da Medida Provisória nº 881, de 2019, a chamada "Lei da Liberdade Econômica" sobre a legislação municipal de posturas, nos termos seguintes:

*Vimos, através da presente, solicitar Parecer desta Procuradoria, com intuito de nos esclarecer se com o advento da Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que, dentre outros assuntos, trata da dispensabilidade de qualquer ato público para desenvolvimento de atividade econômica de baixo risco e da flexibilização do horário de funcionamento do comércio, restaria revogada a legislação municipal que trata das mesmas questões.*

Após pedido de informações a Secretaria Municipal de Fazenda manifestou-se colacionando cópia do Decreto Municipal n. 836/2017 que então dispunha sobre a expedição de Alvará de Localização e Funcionamento.

Quando o presente parecer encontrava-se já em elaboração, fomos surpreendidos pelo advento do Decreto Municipal n. 1416 de 12 de novembro de 2019, que dispôs sobre a expedição do Alvará de Licença já no contexto da Lei de Liberdade Econômica, o que pressupõe possível perda do objeto do presente estudo. Contudo, por determinação do Ilmo. Sr. Procurador-Geral do Município, manteve-se a elaboração do parecer.

Ressalte-se que o presente opinativo somente passa a ter validade jurídica após sua ratificação pelo Procurador-Geral do Município, mediante a assinatura eletrônica da Chefia máxima deste órgão jurídico, sem o que cuidar-se-á de mera minuta de parecer, que não produz nenhum efeito.

Em atraso, em face do acúmulo involuntário de serviço nesta Gerência, juntamente com as atividades compartilhadas com a GAFT/PGM.

Eis o relatório. Passemos ao parecer.

## *2. Análise*

Inicialmente, destacamos que o tema é de extrema relevância, novidade e complexidade. A chamada Lei da Liberdade Econômica traz inovações jurídicas consideráveis e sem precedentes na história de nosso ordenamento jurídico no que tange ao tema das posturas municipais, que ainda não foram devidamente analisadas seja na doutrina, seja na jurisprudência. Trata-se de uma lei recente, sem jurisprudência formada e sem artigos acadêmicos em quantidade apropriada. Ao tratar da matéria, caminhamos, portanto, em terreno inóspito.

Diante de qual quadro e das múltiplas interpretações possíveis sobre os limites da atuação da União na expedição de normas gerais em matéria de Direito Econômico, não será

possível no presente parecer apresentar respostas seguras e únicas. Isso só será possível com o sedimentar das discussões, o que levará alguns anos. Considere-se o presente estudo como uma análise contextual prévia para fornecer algumas alternativas de interpretação à autoridade consulente, que demandará aprofundamento sobre temas específicos e amadurecimentos futuros. É um primeiro passo.

Note-se também que não será possível avaliar todas as consequências possíveis de eventual aplicação extremada da Lei da Liberdade Econômica sobre a atividade de polícia administrativa municipal. Apesar do pedido de informações e da resposta da Secretaria Municipal de Fazenda, nota-se que existe um emaranhado de licenciamentos para a atividade econômica no âmbito local, muitas vezes em normas específicas. De antemão esclarecemos que trataremos do tema de forma geral, por considerarmos impossível esgotá-lo sem questionamentos específicos, que poderão ser feitos oportunamente pela autoridade interessada.

Feitas tais ressalvas, nota-se que a [Lei Federal n. 13.874, de 20 de setembro de 2019](#) se autoproclama como uma norma geral de Direito Econômico, como se verifica da literalidade do § 4º do artigo 1º:

*Art. 1º. [...]*

*§ 4º O disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei constitui norma geral de direito econômico, conforme o disposto no [inciso I do caput](#) e nos [§§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 24 da Constituição Federal](#), e será observado para todos os atos públicos de liberação da atividade econômica executados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, nos termos do § 2º deste artigo.*

Vale dizer, ela se arvora na condição de norma geral no seio da chamada competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal - e, sob o aspecto do interesse local, dos Municípios - como previsto no artigo 24 da [Constituição Federal de 1988](#). Afinal, o inciso I do referido dispositivo constitucional arrola o "direito econômico" no rol de matérias afetas à legislação concorrente.

Em tal situação, o papel da União limita-se a estabelecer normas gerais (§ 1º), o que não exclui a competência suplementar dos demais entes federativos (§ 2º e artigo 30, I); inexistindo norma geral, a competência legislativa dos entes federativos é plena (§ 3º); advindo, contudo, a norma geral nacional, há a suspensão da eficácia das normas regionais e locais, no que forem elas contrárias (§ 4º).

Assim ensina a doutrina:

*A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros. O art. 24 da Lei Maior enumera as matérias submetidas a essa competência concorrente, incluindo uma boa variedade de matérias, como o direito tributário e financeiro, previdenciário e urbanístico, conservação da natureza e proteção do meio ambiente, educação, proteção e integração social da pessoa portadora de deficiência, proteção à infância e à juventude, do patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico, assistência jurídica, defensoria pública etc. A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais — i. é, normas não-exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores.*

Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas. Não há falar em preenchimento de lacuna, quando o que os Estados ou o Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existente. Na falta completa da lei com normas gerais, o Estado pode legislar amplamente, suprimindo a inexistência do diploma federal. Se a União vier a editar a norma geral faltante, fica suspensa a eficácia da lei estadual, no que contrariar o alvitre federal. Opera-se, então, um bloqueio de competência, uma vez que o Estado não mais poderá legislar sobre normas gerais, como lhe era dado até ali. Caberá ao Estado, depois disso, minudenciar a legislação expedida pelo Congresso Nacional.

(Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 870-871)

Note-se que a intenção expressa do legislador federal é a de que a Lei da Liberdade Econômica cumpra o papel de norma geral de direito econômico para o fim de vincular os demais membros da Federação, como se vê da literalidade do § 4º do artigo 1º do texto legal. Analisaremos o tema apenas sob dois aspectos mencionados na consulta: *a) dispensabilidade de qualquer ato público para desenvolvimento de atividade econômica de baixo risco e b) flexibilização do horário de funcionamento do comércio.*

De antemão, esclarecemos uma questão técnico-jurídica: a consulta questiona se com o advento da Lei de Liberdade Econômica "restaria revogada a legislação municipal que trata das mesmas questões". A resposta, independentemente da interpretação que se faça, é: não. Como visto, a norma geral expedida pela União não *revoga* a lei dos demais entes federativos, apenas *suspende-lhe a eficácia*. Tecnicamente são coisas diversas. Em primeiro lugar, a norma local é plenamente válida em relação às atividades não abrangidas pela norma nacional, seja qual for a interpretação que se dê a ela em relação à sua amplitude; em segundo lugar, caso a norma nacional seja revogada ou retirada do ordenamento de qualquer modo, volta a ter plenos efeitos a legislação municipal, que não foi retirada no ordenamento jurídico. Feito esse esclarecimento prévio, analisemos se é possível falar-se em perda da eficácia da legislação local em relação aos dois temas objeto da consulta.

Começemos em relação ao *licenciamento de atividades econômicas*. Os dispositivos que analisaremos por considerarmos pertinentes para o âmbito regulatório de atividades econômicas municipal, são os seguintes:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do [inciso IV do caput do art. 1º](#), do [parágrafo único do art. 170](#) e do [caput do art. 174 da Constituição Federal](#).

[...]

§ 5º O disposto no inciso IX do caput do art. 3º desta Lei não se aplica aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, exceto se:

I - o ato público de liberação da atividade econômica for derivado ou delegado por legislação ordinária federal; ou

II - o ente federativo ou o órgão responsável pelo ato decidir vincular-se ao disposto no inciso IX do caput do art. 3º desta Lei por meio de instrumento válido e próprio.

§ 6º Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação

de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

[...]

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do [art. 170 da Constituição Federal](#):

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;

[...]

*IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei;*

[...]

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo:

I - ato do Poder Executivo federal disporá sobre a classificação de atividades de baixo risco a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica;

II - na hipótese de ausência de ato do Poder Executivo federal de que trata o inciso I deste parágrafo, será aplicada resolução do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM), independentemente da aderência do ente federativo à Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim); e

III - na hipótese de existência de legislação estadual, distrital ou municipal sobre a classificação de atividades de baixo risco, o ente federativo que editar ou tiver editado norma específica encaminhará notificação ao Ministério da Economia sobre a edição de sua norma.

§ 2º A fiscalização do exercício do direito de que trata o inciso I do caput deste artigo será realizada posteriormente, de ofício ou como consequência de denúncia encaminhada à autoridade competente.

[...]

§ 6º O disposto no inciso IX do caput deste artigo não se aplica quando:

I - versar sobre questões tributárias de qualquer espécie ou de concessão de registro de marcas;

II - a decisão importar em compromisso financeiro da administração pública; e

III - houver objeção expressa em tratado em vigor no País.

§ 7º A aprovação tácita prevista no inciso IX do caput deste artigo não se aplica quando a titularidade da solicitação for de agente público ou de seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o 3º (terceiro) grau, dirigida a autoridade administrativa ou política do próprio órgão ou entidade da administração pública em que desenvolva suas atividades funcionais.

§ 8º O prazo a que se refere o inciso IX do caput deste artigo será definido pelo órgão ou pela entidade da administração pública solicitada, observados os princípios da impessoalidade e da eficiência e os limites máximos estabelecidos em regulamento. [...]

No essencial, afora as questões principiológicas e de hermenêutica, trata-se basicamente de duas regras primordiais em relação a licenças para atividades econômicas:

*1. No caso das atividades que não se enquadrem como de baixo risco para licenciamento: concessão tácita do licenciamento após prazo máximo fixado pela Administração Pública Municipal, dentro dos limites máximos do regulamento (art. 3º, IX e § 8º), salvo em matéria tributária (art. 3º, § 6º, I) ou se a solicitação for feita por agente público e outros indicados pela lei (art. 3º, § 7º), desde que, no caso dos Municípios, trate-se de ato de licenciamento delegado ou derivado por legislação federal ou haja expressa adesão às regras das normas gerais pelo meio normativo adequado.*

Nesse caso, parece-nos ter havido completo respeito do legislador federal em relação à autonomia legislativa dos demais entes federativos, sem que seja necessária muita polêmica. A regra de concessão tácita de licenciamentos após determinado prazo somente é aplicável em se tratando de atos delegados ou derivados da legislação federal (em que não haveria que se falar de autonomia legislativa municipal) ou se houver adesão do Município a tal sistemática. Vê-se, portanto, típica norma geral que se harmoniza perfeitamente com a autonomia federativa e as peculiaridades locais. Se a previsão é adequada ou não, sob o ponto de vista do mérito, se trará riscos ou não, é outro tipo de análise. Fato é que não se está a vincular a legislação local automaticamente, devendo haver a análise de conveniência e oportunidade, por parte das autoridades municipais competentes, sobre a viabilidade de aplicação de tais regras e sua incorporação ao ordenamento jurídico municipal.

O que desde já aclaramos é que a adesão a tais regras, a nosso ver, depende de previsão em lei municipal, não sendo o caso de veiculação por mero regulamento. Ora, se há todo um arcabouço legal municipal regulando a matéria de licenciamento e o seu procedimento, somente por lei municipal poderia haver a modificação de tal procedimento, ainda que de forma sucinta, determinando a aplicação integral das previsões da norma nacional. Esclarece-se, portanto, que ela não é auto aplicável sem ser mediada por previsão em lei municipal.

*2. No caso de atividades econômicas de baixo risco: inexistência de licenciamento prévio com total liberdade de atuação (art. 3º, I e § 1º) com fiscalização a posteriori sobre o efetivo enquadramento - no que importa para os Municípios - como atividade de baixo risco e sobre o cumprimento das normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público (art. 3º, II, "a"), urbanístico (art. 3º, V) e tributário (art. 1º, § 3º e art. 4º, IX).*

Quanto a esse ponto, é bastante discutível se tal previsão adéqua-se aos limites constitucionais, sem que seja possível, contudo, desconsiderar sua existência e seus possíveis efeitos, em especial a interpretação que o Poder Judiciário dará a essa rede normativa. Diante do quadro de insegurança hermenêutica, vislumbramos dois posicionamentos possíveis, que passaremos a expor e que poderão servir de instrumento de aprofundamento de reflexão da autoridade competente ao decidir o caminho a trilhar, inclusive com modificações no Decreto Municipal n. 1416/2019, caso assim se entenda necessário.

O primeiro posicionamento que consideramos possível (e, aparentemente, é o desejado pelo legislador federal pelo que já mencionamos) é o de que toda a legislação municipal e estadual referente ao licenciamento de atividades que sejam contrárias ao que consta da Lei de Liberdade Econômica *tiveram sua eficácia suspensa*. Se a interpretação for essa num sentido extremado, a legislação municipal de posturas em relação a atividades econômicas era eficaz pela inexistência de norma geral de âmbito nacional; dali adiante não possui mais eficácia, sem que haja a necessidade de qualquer modificação legal ou regulamentar no âmbito local. Caso a norma

nacional seja um dia revogada ou retirada do sistema, voltaria a legislação local a produzir efeitos normalmente.

Uma tal interpretação produziria efeitos profundos em todo o setor de regulação de atividades no âmbito municipal. Basicamente, no que interessa ao tema que analisamos de forma específica, aplicar-se-iam integralmente as previsões dos artigos 1º e 3º da lei pertinentes. Vale dizer: *para as atividades de baixo risco seria vedada a exigência de prévio licenciamento para o funcionamento*. As atividades de baixo risco devem ser definidas na legislação municipal e, caso essa seja omissa, aplicar-se-á a previsão do regulamento federal (e, na sua falta, resolução do CGSIM). A total liberdade de atividade econômica para tais atividades, a nosso ver, *não abrange a total liberdade de localização*, dependente da legislação de zoneamento municipal, mas tal verificação seria feita *a posteriori*, juntamente com a fiscalização de outros aspectos, como o efetivo enquadramento da atividade como de baixo risco ou questões ambientais.

Trata-se, sem dúvida, de uma grande mudança de paradigma no aspecto regulatório nacional. Mas, também, de uma modificação normativa centralizadora e abrupta, posto não ter levado em consideração as previsões legais municipais, peculiaridades locais e, portanto, não deixa de ser uma espécie de violência federativa, que só temos a lamentar num perceptível contexto de cada vez maior centralização e esquecimento dos compromissos federativos de 1988, isso sem que olvidemos que os reclamos da classe empresarial sobre as dificuldades burocráticas brasileiras é conhecida e reconhecida por estudos técnicos, sendo, portanto, um pleito meritório. O que aqui se critica, com caráter de opinião pessoal que consignamos, é a forma com a qual se impuseram modificações tão drásticas com desrespeito à autonomia legislativa dos demais entes federativos.

Os problemas que decorrem de uma interpretação extremada em prol da liberdade econômica centralizada em norma federal são de duas ordens: acerca de seu efetivo enquadramento aos limites da Constituição Federal e de *práxis*, como aplicar tais previsões diante de outros valores protegidos constitucional e legalmente.

Acerca de sua inconstitucionalidade, já existem algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs em trâmite junto ao Supremo Tribunal Federal - STF, dentre as quais a que nos interessa é a ADI 6.156, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT. Há desde questões formais (como a falta de urgência e relevância que permitisse a veiculação da matéria por medida provisória, eis que a lei sob análise é fruto de conversão da MP 881/2019) à questões de fundo, como o superdimensionamento da livre iniciativa em menoscabo de outros valores constitucionais de mesma hierarquia, vários dos quais fundamentam o exercício do poder de polícia municipal que se consubstancializa na tradicional expedição do "alvará de funcionamento", abolido para as atividades de baixo risco se aplicada a norma federal *ipsis litteris*. Com isso haveria afronta ao Princípio Federativo:

*[...] a MP 881 revela um acinte ao princípio da autonomia dos entes federativos, uma vez que invade a competência dos demais entes, não se podendo rotular essa disciplina sob o manto genérico de "norma geral de Direito Econômico", por não se enquadrar na previsão do artigo 24 da Constituição Federal de 1988. A União não pode impor sua política econômica aos demais componentes da República Federativa do Brasil. Os denominados "atos públicos de liberação da atividade econômica", consubstanciados na licença, autorização, no alvará e demais atos exigidos, são circunscritos à competência dos entes municipais, por exemplo, por se tratarem de tema de preponderante interesse local, a teor do artigo 30, inciso I, da Constituição.*

*A violação ao princípio da autonomia dos entes federativos se espraia para o artigo 3º, inciso I, da MP 881/2019, uma vez que, sob o argumento da necessidade de promover o crescimento do país, determinou-se que para desenvolver, para sustento próprio ou familiar, atividade econômica de baixo risco, não há mais*

*necessidade de atos públicos de liberação. Quem deve enquadrar se uma atividade é de baixo risco ou não é a administração pública. Inclusive, há várias exigências dispostas em normas estaduais e municipais que poderão ser revogadas diante dessa determinação. O Executivo Federal não pode se imiscuir em matérias atinentes à competência dos outros entes federados. Aqui, não se trata de competência concorrente. A classificação de atividades como de baixo risco incumbe ao legislador estadual e municipal, no que não caberia à autoridade administrativa federal fixar essas balizas de risco. [...]*

*(Walber de Moura Agra e Alisson Lucena, MP da "liberdade econômica" é panaceia para o desmonte do Estado Social. In: Consultor Jurídico, Acesso em: 11 Jul. 2019, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-11/opiniao-mp-881-panaceia-desmonte-estado-social>)*

Creemos que esse tipo de crítica é bastante adequada à previsão que analisamos na Lei da Liberdade Econômica: no mínimo, é bastante discutível se ela realmente se enquadra como "norma geral em matéria de direito econômico" ou se ultrapassou o "geral" para tornar-se o "específico", o "único", o "exauriente"; vale dizer, tudo o que contradiz a noção de "norma geral". Com isso, há chances de que seja ela declarada inconstitucional ou, quiçá, que tenha seu texto interpretado conforme à Constituição. Em especial, parece-nos, é problemática a previsão de aplicação de rol de atividades de baixo risco previstas em regulamento federal ou em ato subalterno de um comitê vinculado à Administração Federal, em inversão hierárquica que coloca uma "resolução infralegal de órgão federal" acima de uma lei municipal (sem que entremos na questão de ter sido ela colocada acima da Constituição Federal ao menosprezar o Princípio Federativo que é cláusula pétrea). Afinal:

*Sobre os temas de interesse local, os Municípios dispõem de competência privativa. Assim, é hostil à Constituição, por invadir competência municipal, a lei do Estado que venha a dispor sobre distância entre farmácias em cada cidade. (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 872)*

Mas tudo isso, por enquanto, é exercício de elucubração. Como cediço, não podemos, num parecer jurídico, declarar inconstitucional uma lei e opinar pelo seu não cumprimento por parte da autoridade consulente. O controle de constitucionalidade será feito, no caso, de forma concentrada difusa e abstrata no âmbito das ADIs mencionadas, pelo E. STF, e de forma difusa e concreta, em eventuais ações judiciais individuais em que o tema seja debatido. Até lá, ela é válida, vigente e eficaz e deve ser interpretada e aplicada.

*Acaso a autoridade administrativa entenda pela adoção dessa interpretação extrema, em que as normas municipais de licenciamento perderam sua eficácia no caso de atividades de baixo risco, o que não nos parece, pessoalmente, a posição que mais se coaduna de forma contextual com nosso ordenamento jurídico e cuja viabilidade de adoção pelo Poder Judiciário ainda é incerta pelas razões que acima expusemos, aclaramos que haveria fundamentação jurídica a alicerçar o posicionamento, decorrente da literalidade da própria Lei de Liberdade Econômica. Nessa hipótese, apontamos os seguintes aspectos a serem objeto de futura regulamentação e, inclusive, de futuras consultas jurídicas caso existam dúvidas:*

a) não haveria a necessidade de modificação de leis municipais, pois em tal interpretação a sua eficácia encontrar-se-ia suspensa no que contrariem a norma geral nacional;

b) seria possível a regulamentação direta por decreto da matéria, coadunando a norma nacional e as leis municipais pertinentes, conforme o caso (sobre o rol das atividades de baixo risco, veja-se a letra "e" abaixo);

c) haveria a necessidade de reflexão e regulamentação para harmonizar a aplicação da previsão nacional à questão urbanística (licenciamento de localização, regulado pela lei de uso e ocupação do solo) e as questões de cadastro tributário, exigido para toda e qualquer atividade municipal e que hoje tem seu procedimento vinculado ao da expedição de alvarás;

d) haveria a necessidade de implementação de fiscalização ostensiva adequada à nova realidade, em que atividades cujo agente se auto intitular como de baixo risco não necessitaria de nenhum licenciamento prévio, seja para verificação de seu efetivo enquadramento, seja para questões de localização conforme o zoneamento urbano ou ambientais, por exemplo, para aplicação das penalidades cabíveis nos casos de verificação de não adequação, sejam as pecuniárias, sejam a interdição e mesmo eventuais encaminhamentos para apuração de crime;

e) regulamentação clara de atividades de baixo risco de forma adequada ao interesse local com posterior encaminhamento de notificação ao Ministério da Economia, nos termos do art. 3º, § 1º, III, da Lei de Liberdade Econômica. Note-se que salvo a interpretação que coadune a previsão das atividades de baixo risco com aquelas enquadradas como de "baixo impacto" no revogado Decreto Municipal n. 836/2017 ([2870625](#)), que decorria de uma interpretação sistemática das previsões legais municipais do Código de Posturas ([Lei Municipal n. 11468/2011](#)), da Lei de Uso e Ocupação de Solo ([Lei Municipal n. 12.236/2015](#)) e do Código Tributário Municipal ([Lei Municipal n. 7.303/97](#)), haverá a necessidade de previsão do rol de tais atividades pelo veículo "lei", tendo em vista o princípio da Legalidade (art. 37, *caput*, da CF/88) e as previsões legais municipais antes mencionadas;

f) deverá ser avaliada oportunamente a questão da taxa municipal de localização e a de funcionamento (artigos 190 e 195 do [Código Tributário Municipal](#)), com regulamentação que coadune a matéria à nova realidade de exercício do poder de polícia municipal;

g) coadunar as previsões normativas locais com a da [Resolução CGSIM n. 51/2019](#) ou as que lhe sucederem, o que pode ensejar consultas específicas diante da miríade de temas potencialmente existentes.

Pois bem. Outra interpretação possível, mais, digamos, conservadora em relação à competência legislativa municipal - mas que também contém riscos de ser objeto de discussão no âmbito judicial - *é a que tentaria coadunar o quadro legislativo municipal atual e a previsão da Lei da Liberdade Econômica, e, diante do quadro de falta de previsão legal no âmbito local a regulamentar o exercício do poder de polícia em relação à questão urbanística (localização) e a previsões expressas em lei municipal acerca de questões sanitárias, ambientais, de segurança, etc., criaria um procedimento diferenciado para a expedição de tais licenciamentos por meio de um alvará que não vincularia a atividade em relação a seu "funcionamento", garantido de forma livre pela norma geral federal, mas em relação aos demais aspectos atinentes ao interesse local, em respeito ao Princípio Federativo, à competência legislativa municipal para tratar de temas de interesse local (art. 30, I, CF/88) e às leis municipais válidas, vigentes e eficazes que tratam de temas não abrangidos pela norma geral.* Ter-se-ia, então, uma espécie de alvará de localização e de cumprimento de requisitos específicos da legislação de polícia municipal, mas que já não seria um "alvará de funcionamento" para as atividades de baixo risco - que,

reiteramos, não precisam ser aquelas a que alude a longa lista da [Resolução CGSIM n. 51/2019](#), tendo em vista que pode o próprio Município indicar o seu rol - potencialmente muito mais restrito, conforme o entendam necessário as autoridades competentes.

Começemos pelo básico: ainda que a atividade econômica de baixo risco (conforme regulamentação local) seja livre, não pode ela ser exercida em qualquer ponto do território municipal, tendo em vista os limites da Lei Municipal de Uso e de Ocupação de Solo ([Lei Municipal n. 12.236/2015](#)); por isso a lei municipal exige a consulta prévia de localização e funcionamento (art. 4º do Código de Posturas - [Lei Municipal n. 11468/2011](#)); há, também, previsões de distanciamento mínimo por questões de segurança, proteção à infância, moralidade, sossego, educação e sanitárias (art. 8º do Código de Posturas - [Lei Municipal n. 11468/2011](#), como exemplo, tendo em vista outras previsões legais específicas). A lei municipal exige, expressamente, licenciamento ambiental, de vigilância sanitária, da secretaria municipal de educação, do núcleo regional de educação, da Companhia Municipal de Trânsito e Urbanização - CMTU e da Administração de Cemitérios e Serviços Funerários de Londrina - ACESF, além da análise de segurança pelo Corpo de Bombeiros estadual a depender da atividade e por diversas razões. Isso não foi tratado pela norma geral e não foi simplesmente apagado da legislação local.

Assim sendo, seria possível assumir a seguinte interpretação sistemática das previsões da norma nacional em conjunto com as previsões das leis municipais pertinentes: *somente podem ser consideradas de baixo risco no âmbito local as atividades que não necessitem de nenhum licenciamento específico como os acima mencionados*. Vale dizer, por exclusão, seria possível que o regulamento explicitasse essa implicitude legal, veiculando lista de todas as atividades de baixo risco que não exigiriam prévio alvará de funcionamento (algo muito próximo ao que vimos como atividade de baixo impacto no revogado Decreto Municipal n. 836/2017 - [2870625](#)). Ainda assim, haveria a necessidade de consulta prévia para localização (para atendimento aos limites do zoneamento municipal) e o cadastro para fins tributários - que até poderia ser simplificado caso existam meios eficientes de cadastramento automatizado de atividades conforme o cadastro fiscal federal, por exemplo, observada a restrição abaixo transcrita, prevista na Lei da Liberdade Econômica:

*Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:*

[...]

*LX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.*

Essa segunda opção hermenêutica poderá ser objeto de discussões judiciais por parte dos particulares que considerarem ter seu direito à liberdade econômica ofendido. Mas, além de também possuir fundamento normativo e decorrer de razoável interpretação dos diversos diplomas legais pertinentes, conserva adequadamente a autonomia legislativa municipal a permitir que o tema seja amadurecido pela doutrina e pela jurisprudência, sem modificações mais radicais cujas consequências para a população em geral sob diversas dimensões (como segurança, sossego, higiene, saúde, organização urbanística, etc) não seriam calculáveis nesse momento. Respeita-se a regulação do interesse local e observa-se a norma geral em direito econômico dentro do possível nesse quadro de incertezas normativas.

*Anotamos que numa leitura sumária, essa segunda opção parece ter sido a adotada pelo Executivo Municipal com a edição do Decreto Municipal n. 1.416, de 12 de novembro de 2019. Contudo, não analisaremos os detalhes de tal regulamento nem eventuais necessidades de modificação, por não fazerem parte da consulta. Tais pontos podem ser inicialmente objeto de reflexão pela autoridade competente e apontamento de dúvidas jurídicas específicas com base no que expressamos no presente parecer.*

Por fim, resta-nos analisar a questão da *flexibilização do horário de funcionamento do comércio*. O dispositivo que analisaremos por considerarmos pertinentes para o âmbito regulatório de atividades econômicas municipal, é o seguinte:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do [art. 170 da Constituição Federal](#):

[...]

II - desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, observadas:

- a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público;
- b) as restrições advindas de contrato, de regulamento condominial ou de outro negócio jurídico, bem como as decorrentes das normas de direito real, incluídas as de direito de vizinhança; e
- c) a legislação trabalhista;

Não se faz necessário muito esforço para perceber que a liberação de atividade em qualquer horário parece contrariar frontalmente o art. 16 do Código de Posturas - [Lei Municipal n. 11468/2011](#), que prevê os horários de funcionamento de todos os estabelecimentos localizados no Município de Londrina. Aqui, contudo, há dois aspectos a serem objeto de reflexão.

Em primeiro lugar, a própria norma nacional prevê na alínea "a" do inciso II do art. 3º que devem ser observadas as normas de proteção ao meio ambiente, poluição sonora e sossego público. Ora, a fixação de horários de funcionamento no Código de Posturas municipal não pode ter fundamento outro que a proteção em face da poluição sonora e ao sossego público, o que desde logo torna a previsão da lei municipal plenamente aplicável e de acordo com a norma geral. Elas seriam apenas aparentemente antitéticas.

Em segundo lugar, ainda que assim não fosse, o E. STF de há bastante tempo reconhece que a fixação de horário de funcionamento de estabelecimento comercial encontra-se dentro da competência legislativa municipal por tratar-se de tema de interesse local. E, como expressão maior da reincidente manifestação nesse sentido, houve a expedição da [Súmula Vinculante n. 38](#) ("É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial"), fundada nos seguintes precedentes representativos:

*No caso, verifico que a competência para disciplinar o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais é do município, tendo em vista o que dispõe o art. 30, I, da [CF/1988](#). Esta Corte já possui entendimento assentado nesse sentido, consolidado no enunciado da [Súmula 645/STF](#): "É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial". (...) deve-se entender como interesse local, no presente contexto, aquele inerente às necessidades imediatas do Município, mesmo que possua reflexos no interesse regional ou geral. Dessa forma, não compete aos Estados a disciplina do horário*

das atividades de estabelecimento comercial, pois se trata de interesse local. [[ADI 3.691](#), voto do rel. min. *Gilmar Mendes*, P, j. 29-8-2007, DJE 83 de 9-5-2008.]

Está claramente definido no art. 30, I, da [CF/1988](#) que o Município tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local. (...) 8. Entre as várias competências compreendidas na esfera legislativa do Município, sem dúvida estão aquelas que dizem respeito diretamente ao comércio, com a consequente liberação de alvarás de licença de instalação e a imposição de horário de funcionamento, daí parecer-me atual e em plena vigência, aplicável inclusive ao caso presente, a [Súmula 419](#) desta Corte, que já assentara que “os Municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas”. [[RE 189.170](#), voto do rel. min. *Marco Aurélio*, P, j. 1º-2-2001, DJ de 8-8-2003.]

Ora, em assim sendo, aplica-se a previsão do art. 103-A da CF/88:

*Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

Desse modo, tanto a Administração Pública Municipal quanto a própria União Federal e o Poder Judiciário encontram-se vinculados ao mandamento da referida Súmula Vinculante, razão pela qual, no atual contexto normativo e jurisprudencial, opinamos pela eficácia plena das previsões da legislação municipal que se refere à fixação do horário de funcionamento dos estabelecimentos até pela ausência de contrariedade ao art. 3º, II, "a", da Lei de Liberdade Econômica.

### *3. Conclusão*

São as considerações que devem ser remetidas à apreciação e à ratificação superior.

Reiteramos que o presente parecer somente terá validade após as ratificações das autoridades superiores da PGM.

Londrina (PR), 18 de dezembro de 2019.

**CARLOS RENATO CUNHA**

Procurador do Município de Londrina

Matrícula 14157-7 - OAB/PR 35.367

Ratifico-o. Tendo em vista o contido na Portaria nº 20/2014-PGM, encaminhado ao Gabinete para ratificação.

**FÁBIO CÉSAR TEIXEIRA**

Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos

RATIFICO-O.

*JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES*

Procurador-Geral do Município de Londrina